

Fernando Parra Aranguren • Armando Rodríguez García
Editores



LIBRO HOMENAJE
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

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

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

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. I

Estudios de Derecho Administrativo

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

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

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

TOMO I

Serie Libros Homenaje • Número 2
Director: Fernando Parra Aranguren

© Tribunal Supremo de Justicia

Hecho Depósito de Ley
Depósito legal lf 51820013401656
ISBN 980-6487-06-0

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

Fernando Parra Aranguren • Armando Rodríguez García
Editores

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. I



LIBRO HOMENAJE
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

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

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

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

AUTORIDADES

SALA CONSTITUCIONAL

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

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

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

SALA ELECTORAL

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

SALA DE CASACIÓN CIVIL

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

SALA DE CASACIÓN PENAL

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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

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

Contenido Tomo I

Palabras preliminares, IVÁN RINCÓN URDANETA	IX
Veinte años, ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA	XI
Presentación, FERNANDO PARRA ARANGUREN	XIII
Colaboradores de este tomo	XXXIII



MARÍA LUISA ACUÑA LÓPEZ Algunas notas relacionadas con los principios constitucionales que regulan el sistema de justicia venezolano y su alcance en la jurisdicción contencioso-administrativa	1
LUBÍN AGUIRRE Garantías procesales frente a la inacción administrativa	35
RICARDO ALONSO GARCÍA Hacia un ius publicum commune europeo	43
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública	53
ELOÍSA AVELLANEDA SISTO El régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999	69
ALLAN R. BREWER-CARÍAS Consideraciones sobre el régimen de distribución de Competencias del Poder Público en la Constitución de 1999	107
JESÚS CABALLERO ORTIZ Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999	139
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ La Sala Constitucional y su competencia en los procesos de amparo	157

ORLANDO CÁRDENAS PERDOMO El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la Constitución de 1999	177
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES El derecho de petición y la oportuna y adecuada respuesta en la Constitución de 1999	219
JORGE CASTRO DERNIERI La legislación aplicable en los procedimientos administrativos para la imposición de medidas de alivio comercial (salvaguardias, medidas antidumping y medidas compensatorias)	253
ANTONIO DE PEDRO FERNÁNDEZ Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	275
PELAYO DE PEDRO ROBLES El principio de la libertad de admisión de pruebas en los procedimientos administrativos contradictorios como garantía del derecho a la defensa de los administrados (Enfoque doctrinal y jurisprudencial)	309
JUAN DE STEFANO Las designaciones, peticiones y propuestas	321
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN La indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos	329
ROMÁN J. DUQUE CORREDOR El constitucionalismo de un Estado de derechos y el proceso contencioso administrativo	341
ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR Y BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ Competencias y tributación en el régimen legal de los hidrocarburos gaseosos	349
ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS La Administración Pública Nacional y su organización administrativa en la Constitución de 1999	XXX

Palabras preliminares

LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA se han encontrado en la necesidad de asumir una posición tendente a acelerar programas y actividades esenciales al buen funcionamiento del Poder Judicial, por una parte, y, por la otra, a desarrollar planes y actividades académicas destinadas a incrementar el bagaje de conocimientos de quienes conforman el poder judicial en sentido amplio. En otras palabras, de los abogados que laboran con las disciplinas jurídicas en sus vertientes prácticas (judicatura, asesoramiento y litigio) o teóricas (docencia e investigación) y, obviamente, de quienes transitan por las aulas universitarias para obtener su grado académico.

Con miras a satisfacer estos objetivos, parte de la función encomendada a la Gaceta Forense se ha materializado en la publicación de obras jurídicas de diversa naturaleza: la *Revista de Derecho*, la *Colección de Estudios Jurídicos*, la *Serie Libros Homenaje*, la *Serie Normativa* y la *Colección Eventos*, por ahora.

Hoy entregamos a la comunidad jurídica el N° 2 de la Serie Libros Homenaje, dedicado a la Universidad Central de Venezuela, en la oportunidad del vigésimo aniversario del funcionamiento de la Especialización en Derecho Administrativo, obra que materializa una idea —que hicimos nuestra— del Coordinador del Curso, Armando Rodríguez García.

Es, sin embargo, el resultado de un esfuerzo conjunto donde se compilan treinta y seis trabajos cuyos autores laboran a lo largo de la geografía nacional e internacional y ejercen funciones pedagógicas en diversos Centros de Educación Superior. Así hay ensayos elaborados por docentes de las Universidades, en orden alfabético, Católica Andrés Bello, Católica del Táchira, Central de Venezuela, Complutense, de Carabobo, de La Coruña, de Los Andes, del Zulia, Monteávila, Santa María y José María Vargas y por quienes, siendo o no profesores activos, prestan sus servicios en este Tribunal Supremo de Justicia.

Esperamos que su publicación —como la de las obras anteriores— constituya un nuevo aporte al conocimiento de este campo del derecho en nuestro país y que, al mismo tiempo, fomente la preparación de otros libros semejantes en distintos campos del quehacer jurídico.

Caracas 16 de abril de 2001

Iván Rincón Urdaneta

Veinte años

EN LA VIDA de una institución puede parecer un tiempo breve si consideramos su vocación de permanencia indefinida. Pero cuando nos colocamos en el momento que marca sus primeros veinte años de vida, estamos en presencia de un período que encierra la totalidad de su historia, y eso puede tener entonces un significado de especial importancia.

En 1979, época en la cual me desempeñaba como Director Adjunto del Centro de Postgrado, tuve la oportunidad tanto de diseñar el Plan de Estudios como de tramitar su aplicación. Dos años después —hace ahora veinte años— se realizó el proceso de ingreso de los primeros alumnos, y se dio inicio al Curso de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, que desde entonces se ha dictado ininterrumpidamente con una demanda de ingresos creciente.

El presente Libro obedece a ese acontecimiento. En él se recoge la colaboración de estudiosos del Derecho Administrativo, de diferentes escuelas y latitudes, que han respondido generosa y amablemente a la idea de celebrar este momento con un ejercicio intelectual y académico colectivo, guardando simetría con lo que ha sido la experiencia de la Especialización: una obra colectiva, marcada por la participación de quienes nos hemos desempeñado en las tareas de administración académica y la docencia, al igual que los alumnos, pieza clave del programa.

Su programación responde a la necesidad de ofrecer la posibilidad de estudios de cuarto nivel en el campo del Derecho Administrativo, de una manera sistemática y sostenida, como respuesta al interés que comenzaba a despertar la materia en aquel momento. De sus aulas han surgido brillantes especialistas en los múltiples ámbitos del quehacer profesional y, fundamentalmente, nuevos docentes e investigadores en el campo del Derecho Administrativo, que han reforzado los cuadros académicos de diferentes Universidades, e incluso, dentro del mismo Curso, aportando así, una vivencia integral, que lo enriquece.

Debemos expresar, además, nuestro sincero y profundo agradecimiento a todos quienes han colaborado con esta obra, y también a aquellos que por una u otra razón no pudieron presentar sus trabajos.

Finalmente, una palabra de agradecimiento a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a su Junta Directiva y al Director de la Gaceta Forense quien acogió, con verdadero entusiasmo académico la idea que le esboqué de manera preliminar en una conversación informal y la hizo suya, asumiendo con afecto, responsabilidad y rigor, la ardua tarea que ha comportado el diseño conceptual de la Obra, su edición y, junto a ello, la “persecución” de las colaboraciones.

Es innegable la profunda satisfacción que produce una respuesta de esta magnitud, que se suma a la atención e interés constante que percibimos de los cursantes, de los docentes, de los aspirantes a ingresar, y en fin, de las diversas instancias vinculadas con la materia. Ello impone un renovado compromiso.

Caracas, 16 de abril de 2001

Armando Rodríguez García

Presentación

ESTE LIBRO, Estudios de Derecho Administrativo, Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con motivo del Vigésimo Aniversario de la Especialización en Derecho Administrativo surgió —conforme indican en las páginas anteriores el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia y el Coordinador del Curso— por una idea de éste acogida por aquél y hoy convertida en realidad.

Con miras a actualizarlo solicitamos la cooperación de diversas Universidades y otras instituciones. El resultado —conforme se desprende de la lectura del sumario y de la lista de colaboradores— es satisfactorio no sólo por la calidad de los autores sino también por el número de establecimientos participantes.

Presentamos al público, en dos tomos, la colaboración de treinta y nueve participantes, en representación de quince organismos nacionales y extranjeros, identificados tanto en la lista de colaboradores como en los créditos propios de cada autor. Varios estudios, sin embargo, no pudieron ser incluidos por haber sido recibidos luego del cierre de la edición.

En orden alfabético, presentamos los trabajos que difundimos:

1. María Luisa ACUÑA LÓPEZ (**Algunas notas relacionadas con los principios constitucionales que regulan el sistema de justicia venezolano y su alcance en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**), luego de afirmar que la aplicación —de los cambios introducidos por la Constitución de 1999 en el sistema judicial— a la jurisdicción contencioso-administrativa «redundarán (...) en significativo avance en ese sector de la justicia», explana los principios constitucionales, por una parte, y, por la otra, su alcance en el campo centro de su meditación.

De este modo destaca la nueva distribución de la jurisdicción constitucional y su efecto en la contencioso-administrativa; la legitimidad para acceder a ésta; la extensión del poder cautelar; la exhortación constitucional para erradicar —como requisito de admisibilidad— el agotamiento de la vía administrativa y la referida a que las acciones de nulidad contra los actos administrativos no caducarán, si contienen vicios de nulidad

absoluta; la utilización de mecanismos de resolución alternativa de conflictos; el principio de la doble instancia; y la ejecución de sentencias.

De su exposición concluye destacando la necesidad de elaborar un nuevo texto legal regulador de la jurisdicción especial que analiza y que desarrolle los principios mencionados a lo largo de su estudio. Estos, conjuntamente con otros temas adaptados a la cultura administrativa del país le servirán de soporte material y formal a la legislación por elaborar.

2. Basado en la afirmación «las normas valen en tanto valen los sistemas de garantías para hacerlas valer», Lubín AGUIRRE (**Garantías procesales frente a la inacción administrativa**) examina «cómo operan los distintos medios procesales que los ciudadanos tienen para hacer frente a la no muy infrecuente conducta de los funcionarios de hacer caso omiso de las peticiones que aquéllos hacen, como de las obligaciones y deberes que les impone el Ordenamiento a favor de un administrado con quien la Administración ha trabado una relación jurídica administrativa, o bien a favor de una pluralidad indeterminada de sujetos».

De este modo analiza la inactividad —formal y material— de la administración a la luz de la normativa vigente y de la doctrina. En el primer tipo, destaca, «el efecto negativo del silencio es la regla, mientras que el efecto positivo es la excepción» en tanto que, en otros ordenamientos, el del Reino de España, por ejemplo, tiene un efecto exclusivamente positivo. En cuanto al segundo, asevera, «disponemos de medios suficientes para garantizar la celeridad y efectividad de las reclamaciones judiciales frente a la inactividad de la Administración empleando adecuadamente la vía del recurso contencioso administrativo contra las conductas omisivas, conjuntamente con la acción de amparo para obtener un rápido pronunciamiento a favor de nuestra pretensión y una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas, como manda la Constitución».

3. A juicio de Ricardo ALONSO GARCÍA (**Hacia un *ius publicum commune* europeo**), con fundamento en diversas decisiones del Tribunal de la Comunidad Europea, tanto ésta como «el Derecho producido en el seno constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*, distinto tanto del Derecho Internacional como de los Derechos de los Estados miembros en los que, no obstante, se integra». Esta afirmación es válida no sólo desde una perspectiva estructural o institucional, sino también sustantiva.

Como secuela, debe ser objeto de un estudio especializado, pero requiere «la base sólida de una sólida formación en Derecho Público interno y, en la medida de lo posible, una aproximación al (...) de los demás Estados miembros» para «no caer en una visión sesgada de la integración». En otras palabras, «aun siendo un ordenamiento jurídico “autónomo” (...)

está) en permanente interacción con los (...) nacionales, en un proceso dialéctico de mutua influencia» cuyo objetivo final es la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos».

4. Como base de su meditación José ARAUJO-JUÁREZ (*La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública*) explana, primero, una referencia breve a la importancia de la forma para el Derecho y, segundo, la noción de formalidad «a fin de evitar equívocos frecuentes (...) provocados por la distinta significación jurídica que se le atribuye». Seguidamente plantea una cuestión terminológica para destacar, además de la noción de forma, su trascendencia en el Derecho Administrativo que es «donde las consecuencias prácticas se ponen de relieve con más evidencia». Luego analiza la relación entre la forma y el derecho fundamental de defensa y finaliza con el vicio de indefensión y la nulidad absoluta.

Concluye afirmando no tener inconveniente en defender la forma aun cuando no pretende volver al formalismo: «la Forma —afirma— es la vestidura del Derecho y no debe ser eliminada radicalmente. Lo que hay que evitar es que (...) ahogue, (...) entorpezca, (...) predomine sobre el fondo, en suma, impedir que se sacrifique el fin en el altar de la Forma». En otras palabras, «una cosa es que las exigencias del tráfico jurídico impidan una concepción rigurosamente formalista del procedimiento administrativo, y otra muy distinta, que el (... mismo) haya renunciado a la Forma, pues ésta sigue siendo necesaria», lo cual «no significa que en la actualidad el procedimiento administrativo pueda ser calificado como informalista».

5. El estudio de Eloísa AVELLANEDA SISTO (*El régimen de los Decretos-Leyes con especial referencia a la Constitución de 1999*) constituye, a su juicio, «una primera aproximación a la materia» y tiene por objeto analizar el régimen de los Decretos-Leyes, su noción y, particularmente, su regulación en la Constitución vigente. En el instituto estudiado distingue tres clases: los dictados con fundamento en una habilitación previa del Poder Legislativo; los basados en casos de urgencia o necesidad inminente; y los emanados de un Gobierno de facto en uso de potestades legislativas.

Con miras a satisfacer el fin perseguido, divide su trabajo en tres partes: la primera versa sobre el principio de la separación de poderes el cual, en su interpretación rígida, no tiene aplicación en nuestro país; la segunda estudia tanto el concepto como los tipos de decretos incluidos en su estudio; y la tercera la dedica al caso venezolano: «sus antecedentes históricos y su regulación en la Constitución de 1999».

Finalmente, entre otras conclusiones destaca: que la existencia de los Decretos-Leyes no lesiona el principio de la separación de poderes pues la Constitución le otorga al Presidente de la República la facultad de dictar normas jurídicas de primer plano de legalidad —facultad que se encuentra también en otros países— mediante estos instrumentos y esta potestad es más amplia en la Constitución de 1999 que en la de 1961 en materia de los fundamentados en autorización legislativa, pero no en los dictados con ocasión de la suspensión o restricción de las garantías.

6. La meditación de Allan R. BREWER-CARÍAS (*Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999*) está dividida en cuatro partes.

La primera —referida a la forma federal del Estado y la distribución territorial de competencias— versa sobre la distribución vertical del Poder Público (nacional, estatal y municipal), la federación descentralizada, los principios del Estado Federal y las competencias (atribuciones y materias) de los órganos del Poder Público.

La segunda señala las materias de competencia exclusiva, esto es, «las atribuidas a cada uno de los niveles territoriales del Poder Público para ser ejercidas en forma exclusiva y excluyente por sus órganos constitucionales, respecto de otros órganos del Poder Público».

La siguiente indica las competencias concurrentes entre los diversos niveles mencionados. Luego de comentar los antecedentes, menciona cuáles, en su criterio, son las materias objeto de este tipo de competencia: los regímenes de la seguridad y la protección ciudadana, del desarrollo económico, del desarrollo social y de la infraestructura y de la ordenación del territorio.

La última está dedicada a las competencias residuales, esto es, aquellas que corresponden a los Estados por no estar atribuidas a la competencia nacional o a la municipal.

7. De conformidad con la normativa constitucional vigente —afirma Jesús CABALLERO ORTIZ (*Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999*)— «el contrato de interés nacional, o el contrato de interés público, no podía asimilarse al contrato administrativo» por lo cual distingue entre unos y otros a pesar de que parte de la doctrina nacional los asimila.

Su estudio se divide en dos partes. La primera narra los antecedentes del punto estudiado y la segunda la dedica a los contratos de interés público. En este orden de ideas, distingue entre los conceptos de «aprobación» y «autorización» y señala la forma que debe revestir ésta, por una parte,

y, por la otra, analiza la posición de estos contratos frente a la llamada «Cláusula Calvo».

8. Antonio CANOVA GONZÁLEZ (**La Sala Constitucional y su competencia en los procesos de amparo**) parte de la base de la urgente necesidad, sentida por la comunidad, de una especialización de la jurisdicción constitucional y, por ello, la Constitución de 1999 «contiene un grupo de normas ordenadas que hace pensar, al fin, en la instalación de un régimen efectivo, integral, claro y equilibrado de la protección de la constitucionalidad». De este modo, «incluyó una Sala Constitucional que (...) se erige (...) en el supremo intérprete de la Constitución, a la vez que se reconoce que sus criterios acerca del contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para todos los tribunales, inclusive las otras Salas del mismo Tribunal Supremo». Desde la sentencia N^o 1, de 20 de enero de 2000, la Sala fijó «su ámbito de competencia para conocer de amparo constitucional y asumió posturas que podrían ser reflexionadas en virtud de conseguir una mayor efectividad en su funcionamiento, así como en la protección de los derechos fundamentales».

Su estudio concluye afirmando «las expectativas (muchas y buenas) en torno a la novel Sala (...por la) función capital que (le corresponde) desempeñar», aun cuando, asevera, es necesario repensar su función pues la Constitución sólo atribuye a la Sala «competencia para revisar las sentencias de amparo constitucional, a la vez que deja a los tribunales en general (...) la protección en primera instancia de esos bienes supremos».

9. El objetivo del trabajo de Orlando CÁRDENAS PERDOMO (**El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la Constitución de 1999**) es destacar los aspectos más relevantes del derecho de acceso aparecido, en el ordenamiento jurídico venezolano conjuntamente con la noción de transparencia administrativa, a través de la Constitución de 1999.

El autor analiza, en primer término, el principio de transparencia administrativa en la Carta Fundamental vigente y el derecho constitucional de acceso a los archivos y registros administrativos. Luego se refiere a su eficacia y a sus vínculos con otras instituciones jurídicas: el derecho a la información, a la participación y a la actividad administrativa venezolana. Continúa explanando los elementos del derecho (los sujetos activos y pasivos, el objeto), sus límites (tanto los constitucionales como los de otra naturaleza) y sus garantías.

10. En la actualidad, el particular ha dejado de ser un sujeto pasivo en la relación jurídica administrativa —afirma Carlos Luis CARRILLO ARTILES

(El derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta en la Constitución de 1999)— gracias a la facultad de elevar opiniones, quejas o demandas al conocimiento de un órgano del Poder Público que le otorga la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Seguidamente se refiere a los antecedentes históricos del derecho, la dialéctica en torno a su naturaleza jurídica (donde explana las diversas posiciones), los tipos de peticiones, los límites del derecho y sus correlativos en el derecho comparado. Luego analiza el derecho nacional: su devenir constitucional, su fundamentación legal y las consecuencias formales que de ella derivan. Explica, asimismo, el por qué del cambio constitucional, los mecanismos procesales para atacar su inobservancia, los criterios jurisprudenciales sobre la interpretación de la oportuna y la adecuada respuesta y termina refiriéndose a la sanción funcional constitucional por quebrantar el deber de respuesta.

11. En estos supuestos —afirma Jorge CASTRO BERNIERI: *La legislación aplicable en los procedimientos administrativos para la imposición de medidas de alivio comercial (salvaguardias, medidas antidumping y medidas compensatorias)*— «corresponde tener en cuenta y aplicar simultáneamente normas de distinta fuente» pues la legislación aplicable está constituida por las reglas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por las leyes nacionales y por normas reglamentarias nacionales, amén de los tratados multilaterales y regionales de libre comercio.

Su ensayo —que pretende «explicar las reglas que permiten determinar cuál es la legislación aplicable en diversos supuestos de procedimientos para la aplicación medidas de alivio comercial» en estos países— está dividido en tres partes: la primera determina el objeto del estudio; la segunda se refiere a la legislación aplicable; y la última a los compromisos internacionales.

12. El ensayo de Lourdes CORTÉS DE ARAGÓN (*El acceso de los administrados al sistema jurídico: ¿Un derecho vivo?*) está dividido en ocho partes. La primera versa sobre la actualización del orden jurídico en una sociedad determinada la cual la lleva a considerar el por qué del Estado, por una parte, y, por la otra, los elementos constitutivos del mismo, la democracia como la forma más perfecta de gobierno y sus peligros y, finalmente, las características del Estado Nacional Moderno. Seguidamente se refiere a las diversas nociones contemporáneas del Estado y delinea las ideas del Estado Liberal de Derecho, el Social de Derecho y el de Bienestar.

Posteriormente se plantea el por qué de una Constitución, el problema de la burocracia y el rol social de los abogados y de los jueces, por un

lado, y, por el otro, el de las Facultades de Derecho existentes en el país. Concluye su estudio destacando la necesidad de los operadores jurídicos para la vigencia del Estado de Derecho.

13. El estudio de Antonio DE PEDRO FERNÁNDEZ (*Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*) está dividido en tres partes. La primera presenta, *à vol d'oiseau*, un recorrido a los diversos textos constitucionales del país, anteriores al vigente, con miras a «conocer el rol asignado —y su tratamiento— a los funcionarios o empleados públicos»; la segunda comenta la Constitución de 1999 y el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, de 22 de diciembre de 1999, mediante el cual se creó el régimen regulador de la reestructuración del Poder Público, que tiene carácter presupuesto y supraconstitucional; y la última formula algunas consideraciones en torno al futuro del Estatuto de la Función Pública,

14. «El derecho a la defensa, como garantía constitucional, afirma Pelayo DE PEDRO ROBLES: **El principio de la libertad de admisión de pruebas en los procedimientos administrativos contradictorios como garantía del derecho a la defensa de los administrados (Enfoque doctrinal y jurisprudencial)**, requiere ser conceptualizado de una manera amplia y, por ello, «abarca la más amplia posibilidad de garantía y protección de los derechos de los administrados, a los fines de impedir la arbitrariedad de la Administración y la consecuente indefensión de las personas con intereses en la misma, a través del ejercicio probatorio y argumental permanente de los sujetos involucrados y durante todas las etapas de la actuación».

Luego de analizar doctrina y fallos nacionales y extranjeros, afirma que la «Administración está obligada a comprobar adecuadamente los hechos y a calificarlos para subsumirlos en el presupuesto de derecho que autoriza su actuación; y ello, sólo se puede lograr si se le permite al administrado el ejercicio de una libertad plena, sin limitaciones y transgresiones a sus derechos y garantías constitucionales, como las anteriormente reseñadas». Como consecuencia, «el contenido del artículo 58 de la LOPA encuentra una doble finalidad: asegurar el derecho a la defensa y demás derechos conexos que amparan al administrado, y, permitir a la Administración dictar actos fundados en hechos comprobados, no sólo por sus propias investigaciones, sino por los elementos, que en ejercicio del principio de la libertad probatoria, el administrado ha suministrado o aportado y que la Administración, ha considerado o desvirtuado»

15. En su trabajo, Juan DE STEFANO (*Las designaciones, peticiones y propuestas*) afirma que estos actos administrativos se «insieren en el proce-

dimiento y condicionan la expedición del acto principal» y forman, además, «“un *trait d'union*” entre los meros actos administrativos y los proveimientos».

Luego de analizar diversas fuentes doctrinarias, señala que «la designación es la indicación a un órgano de tres o más personas para que expida un proveimiento que les concierne»; «la petición de un órgano a otro se hace, para que el segundo emane un acto normativo o bien un acto administrativo especial»; y «la propuesta consiste en la presentación de una persona, o del esquema de un acto normativo o administrativo, de un órgano a otro, para que éste previa evaluación del caso, nombre a dicha persona para un cargo, o bien expida el acto normativo, o el proveimiento, que se ha propuesto».

16. El estudio de María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN (*La indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos*) plantea el problema relacionado con la indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos. La autora hace previamente una breve referencia a la corrección monetaria y a su fundamento en la materia laboral e indica que la misma implica la actualización de la cantidad debida al momento de su pago y que se presenta particularmente importante y necesaria en materia laboral en virtud de la vital función que cumple el trabajo.

Su estudio concluye afirmando: «El hecho de que el Estado sea el patrono en modo alguno configura un eximente de la indexación porque el régimen especial de carrera administrativa, no excluye la necesidad de un pago completo. Las prerrogativas de la Administración no pueden en modo alguno desconocer el fundamento mismo de la indexación y su trascendencia a los efectos de lograr un pago integral como contrapartida al esfuerzo producto del trabajo. Si la corrección monetaria ha sido sostenida respecto de la materia pública en general, con mayor razón ha de proceder cuando estemos en presencia del pago de las prestaciones laborales. La inflación no distingue entre el patrono privado y el público, sus efectos atacan por igual a todos los trabajadores y, desconocer tal realidad, se traduce en una absurda y cómoda interpretación de las ideas que inspiran la corrección monetaria».

17. Román J. DUQUE CORREDOR (*El constitucionalismo de un estado de derechos y el proceso contencioso administrativo*) pretende «examinar los avances del proceso contencioso administrativo en Venezuela, para destacar (... su) importancia (...) en el establecimiento de un nuevo orden constitucional» pues, en el Estado constitucional de derechos, la jurisdicción es la garantía de la autonomía de los individuos, frente a la mayoría política y frente al Poder Público, en el plano normativo y en el de la efectividad de las normas».

Desde la posición que defiende, señala, «es posible (...) afirmar que si la división de poderes constituye el presupuesto político de la existencia del Derecho Administrativo y el Estado de Derecho su presupuesto jurídico (...), el Estado de derechos (...) es una justificación principal de la jurisdicción contencioso administrativa».

18. Román José DUQUE CORREDOR y Beatrice SANSÓ DE RAMÍREZ (Competencias y tributación en el régimen legal de los hidrocarburos gaseosos) colocan «el acento en la determinación del régimen competencial y tributario de los hidrocarburos gaseosos» debido a la «variedad normativa» existente sobre la materia que consagra un «aparente choque» entre los Poderes Nacional y Municipal.

Luego de plantear el problema, los autores destacan «el carácter de *bien del dominio público de los hidrocarburos gaseosos*» partiendo de la definición de Hauriou, los intereses y las limitaciones de la potestad tributaria municipal en el caso de competencias concurrentes, la noción de soberanía de los municipios y su potestad tributaria orgánica, las limitaciones constitucionales al poder tributario del municipio, la territorialidad como límite de la potestad tributaria municipal y sus diferentes posiciones, la jurisprudencia sobre la materia dictada por la Corte Suprema de Justicia y el Poder tributario de los Estados. La parte final del trabajo la dedican a enunciar, sistemáticamente, las conclusiones a que arriban.

19. A juicio de Antonieta GARRIDO DE CÁRDENAS (La administración pública nacional y su organización administrativa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), «la Constitución Bolivariana en su parte orgánica introduce profundos cambios en la estructura de la Organización Administrativa de la Administración Pública. Específicamente, en el ámbito de la Administración Pública Nacional: se crean nuevos órganos que conforman el Poder Ejecutivo; se establecen inéditos órganos Consultivos; y se les otorga Autonomía Funcional a órganos que, hasta este momento se apreciaban como órganos de rango constitucional pero de difícil ubicación en la estructura general organizacional de la Administración Pública. Se configura también una Administración Nacional Descentralizada, que desde el punto de vista funcional, luce novedosa, ya que permite la descentralización de órganos tan centralizados como los que integran el Poder Judicial».

«Paralelamente —continúa— se deroga la Ley Orgánica de la Administración Central del 20 de Diciembre de 1.995, y se dicta el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, y el Decreto con rango y fuerza de Ley sobre adscripciones de Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado el 30 de agosto de 1999, modificado el primero de ellos a su vez por el Decre-

to con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central el 14 de Octubre de 1.999. Todo ello de acuerdo a lo previsto en el Artículo 1º, Ordinal 1º, Letra A, de la ley orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público del 17 de febrero de 1999. A lo que debe añadirse el Decreto de Régimen de Transición del Poder Público de 22 de diciembre de 1999, supuestamente vigente hasta la elección e instalación definitiva de la Asamblea Nacional. Sin embargo a la fecha, aún estamos en proceso de “transición”, sin que con respecto a las instituciones que analizaremos exista una ley definitiva que los regule. En consecuencia todo está sujeto a lo que la Constitución establece».

«El objetivo general de la investigación propuesta, concluye, se encuentra dirigido a analizar y definir la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional, en el curso de la historia constitucional venezolana y el marco regulador de los novísimos instrumentos jurídicos mencionados».

20. Aun cuando, a juicio de Fortunato GONZÁLEZ CRUZ (*Las instituciones políticas locales en América prehispánica*), «no son abundantes los documentos que dan testimonio de la organización política local de los pueblos americanos (...) existen suficientes como para afirmar (...) que la vida política local americana prehispánica (... era) rica y bien estructurada». Su trabajo sigue los lineamientos de Sergio QUEZADA «en su obra clave (*El Colegio de México*, 1993) para la comprensión de la organización político territorial del mundo maya yucateco y la superposición de las estructuras borbónicas hasta alcanzar pleno desarrollo en los siglos XVII y XVIII».

21. El fin perseguido por Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE [*El derecho administrativo en la sociedad de la información (Reflexiones sobre el impacto de las Telecomunicaciones y la Informática)*] «es plantear algunas reflexiones, desde nuestra experiencia, como asesor jurídico de los órganos del Poder Público, en aspectos vinculados con las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, en aras de una futura reforma legislativa.

Además de la Introducción y las Consideraciones Finales, el autor divide el tema objeto de su meditación en varios puntos. De este modo se refiere al Derecho Administrativo en los siglos XIX y XX; a la sociedad de la información; al vínculo existente entre el Derecho en general y los derechos constitucionales, en particular, y la Informática; a la libertad informática en concreto y los medios constitucionales de protección; a la utilización de la informática, las telecomunicaciones, la red de internet,

el webcasting o netcasting; al gobierno electrónico y al paso del *homo sapiens* al ciberciudadano.

Del estudio de Víctor Rafael HENÁNDEZ-MENDIBLE se desprende, entre otras conclusiones, que «el Poder Público no puede estar a la zaga de los particulares en la utilización de la informática y las telecomunicaciones, por una parte, y, por la otra, que el Derecho Administrativo «debe afrontar los retos del desafío tecnológico con la finalidad de brindar soluciones (...) que se pueden comenzar a materializar respondiendo» las preguntas que se formula.

22. El derecho al trabajo y los derivados de la relación laboral —a juicio de Yolanda JAIMES GUERRERO [El derecho a la jubilación de los jueces (Reinterpretación del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial de 23 de enero de 1999)]— «gozan de una protección reforzada dentro del esquema del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia» consagrado en la Constitución de 1999 (artículo 2).

Luego de introducir al lector en el tema, la autora analiza el artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial vigente. De su análisis, se desprende que, en determinados supuestos, el legislador niega a los jueces el derecho a la jubilación (cuando han sido destituidos *secundum legem* o cuando han renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra) lo cual transgrede los contenidos esenciales del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Como consecuencia predica la inaplicabilidad, por inconstitucional, del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial en su parte pertinente.

23. Salvador LEAL W. (El régimen de concesiones públicas) centra su estudio en la figura de la concesión, objeto de regulación jurídica en 1982 con dos reformas, la última de ellas en 1999. Poco utilizada en el país debido a la gestión directa que imperó hasta 1988 aproximadamente, ha resurgido en los dos últimos gobiernos con lo cual se han cambiado los «monopolios públicos por monopolios privados».

El trabajo se divide en varias partes, en las cuales analiza el concepto, naturaleza jurídica y objeto de la concesión, la formación del contrato (licitación, pliego de condiciones, selección del contratista y garantías), las obligaciones del concesionario, las potestades de la administración concedente, los derechos tanto del concesionario como de los usuarios y terceros y, finalmente, los supuestos de suspensión (i.e. conmoción interna, destrucción parcial de la obra), extinción (el más importante, el vencimiento del plazo) y reversión (cese del derecho de uso y goce de los bienes del dominio público destinados a la ejecución de la concesión).

A juicio del autor, esta figura ha reaparecido en la práctica nacional con miras a «evitar una abierta privatización». No ha funcionado como se esperaba pues, siendo «un monopolio, el gestor no tiene ningún incentivo para prestar un servicio adecuado». En muchos casos, además, «la norma se ha hecho inaplicable por una supuesta desregulación». Por estas razones, considera que la legislación estudiada «es una más de las leyes copiadas de otros países, sólo que esta vez es una fórmula fallida en su lugar de origen y en el receptor».

24. En opinión de Gustavo José LINARES BENZO (**La educación en el texto constitucional**) tanto la Carta Fundamental de 1999 como «las normas dictadas por la actual Administración, significan (...) cambios de bulto en el régimen de la educación básica y diversificada en Venezuela. (...). Éste se mantiene prácticamente igual al anterior a aquellos cambios normativos. La Constitución de 1999 mantiene la educación como un derecho doble: a recibirla y a impartirla (... y) la reglamentación de la Ley Orgánica de Educación (LOE), para ser compatible con la regulación constitucional, tampoco se aparta de la disciplina anterior».

De este modo, afirma, «los grandes desórdenes de la legislación educativa han permanecido a pesar del cambio constitucional. Se trata de un régimen cuasitotalitario, que hace depender todo acto educativo de los funcionarios del Ministerio (... del ramo), asfixiando las potestades estatales y municipales y cancelando los derechos a educarse y educar garantizados por la Constitución de 1999».

En consecuencia, señala, «la esperanza está en las regiones. Sólo un proceso audaz de legislación estatal en materia educativa, que ignore las estrechísimas e inconstitucionales medidas de LOE y sus disposiciones complementarias, puede dar a la educación, pública y privada, la libertad que es su *humus*».

25. La hipótesis de José MENDOZA ANGULO (**Democracia, descentralización y participación ciudadana**) «es que, por una parte, la legitimación del sistema democrático en nuestro tiempo, además de un origen legítimo y de ejecutorias que lo legitimen, depende de la medida en que se faciliten y amplíen las fronteras de la participación ciudadana en el manejo, seguimiento y control de los asuntos públicos y, por la otra, que la suerte del proceso de descentralización se juega, en buena medida, en la capacidad que tengan las entes descentralizados para asegurar a las organizaciones de la sociedad civil y a los individuos el sentimiento de ser agentes del progreso y del destino de las comunidades a que pertenecen».

La primera parte la dedica al marco conceptual donde se refiere a los ámbitos de participación, a las formas de participación ciudadana y los

espacios para su desarrollo, particularmente a la luz de la legislación patria y a los obstáculos a esta participación en el proceso de descentralización. La última parte la dedica a las conclusiones, entre las cuales destaca la necesidad de «desmontar la tupida red de intereses tejida alrededor del centralismo» lo cual «no es cuestión de leyes (... sino de) un laborioso proceso cultural que hay que comenzar a trajinar cuanto antes para que gobernantes y gobernadores podamos substituir en el camino lo malo de lo viejo por lo bueno de lo nuevo, síntesis que, en definitiva, representará a la nueva cultura política»

26. Para Hadel José MOSTAFÁ PAOLINI (**Los recursos administrativos y la vía administrativa como garantía del administrado**) «la discusión sobre la obligatoriedad o no del agotamiento de la vía administrativa a través del ejercicio de los recursos administrativos, es de vieja data tanto en Venezuela como en la doctrina extranjera». Los recursos administrativos, de este modo, constituyen un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Comenta seguidamente la sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 489, de 27 de marzo de 2001, donde se analizó «lo relativo al agotamiento de la vía administrativa, con motivo de las distintas concepciones que han surgido en cuanto a este tema con la promulgación de la Constitución (...) y se determinó la razón de ser de los recursos administrativos, como paso previa a la vía jurisdiccional, concluyéndose en que los recursos en sede administrativa están concebidos como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares y no como una carga al administrado». Como conclusión, señala, «cualquier análisis que pueda hacerse sobre la obligatoriedad del ejercicio de los recursos administrativos, debe atender a la realidad administrativa y al marco legal que dé soporte a la misma».

27. La Carta Magna vigente —señala Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ (**La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999**)— «ha dedicado (...) un lugar especial al tema de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, estableciendo (...) un amplio sistema resarcitorio a favor de los particulares para la reparación integral de los daños y perjuicios imputables al funcionamiento de los servicios públicos o a cualquier actividad de los poderes públicos».

Además de la Introducción y las Reflexiones Finales, el autor divide su trabajo en dos partes: la primera dedicada a la consagración general y amplia de la responsabilidad patrimonial del Estado en la nueva Constitución y la otra específica las consagraciones particulares o complementarias de la general.

Su estudio concluye afirmando que la Carta Fundamental vigente «ha establecido un sistema completo de responsabilidad del Estado, el cual, tal como las normas y la naturaleza del sistema lo imponen, deberá ser articulado a fondo por la jurisprudencia desde una perspectiva moderna de Derecho Público». De este modo, los particulares podrán «demandar y obtener (...) la reparación integral de todo tipo de daños que sufran como consecuencia del funcionamiento (...) de los servicios públicos o de cualquier actividad de los entes públicos o, incluso, de particulares en ejercicio de funciones públicas o administrativas». En consecuencia, termina, «es de esperar que Venezuela quede alineada con las mejores tendencias del Derecho comparado (...) todo ello con el efecto inmediato de un mejor funcionamiento de los servicios públicos y de una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos e inversionistas».

28. «Los abogados y los juristas iberoamericanos —afirma Rafael ORTIZ-ORTIZ: *La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia*— rendimos culto a los «dogmas». Uno de ellos «es justamente el llamado “agotamiento de la fase administrativa” como necesaria condición para hacer valer su pretensión por ante los órganos jurisdiccionales competentes». Esta regulación preconstitucional —como todas las otras de su especie— debe ser revaluada frente a los dispositivos de la Carta Fundamental vigente.

A juicio del autor, «el acceso a la jurisdicción (derecho a la jurisdicción o derecho de accionar) recibe en la nueva Constitución venezolana un carácter que siempre tuvo, el de derecho fundamental», razón por la cual «la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como “condición” para acceder ante los órganos jurisdiccionales constituye una “limitación” al derecho fundamental aludido» y, por ello, es indebida.

Para llegar a esta conclusión analiza, primero, la interpretación axiológica de la Carta Magna, luego algunos de los «dogmas» del contencioso administrativo a la luz de la teoría general de la acción y la jurisdicción en el derecho procesal contemporáneo y, finalmente, concluye con el tema central de su investigación: «el agotamiento de la vía administrativa como condición excluyente del control jurisdiccional y su eventual inconstitucionalidad.

29. Luciano PAREJO ALFONSO (*Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional*) considera que la propiedad resuelve «la organización de la asignación, distribución, uso y disposición de las cosas, los bienes» y esto justifica «su capital importancia en la economía de todo orden constitucional». Esto, sin embargo, no impide que «la situación de las ideas sobre la propiedad no sea precisamente clara y, mucho menos aún, pacífica».

Su ensayo alude, en primer lugar, a los términos de su reconocimiento y protección, por una parte, y, por la otra, a la interpretación establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seguidamente se refiere a las vertientes objetiva (garantía institucional) y subjetiva de la protección constitucional de la propiedad sobre los bienes de uso personal, de la vivienda y del suelo e inmobiliaria en general.

30. El trabajo de José PEÑA SOLÍS [El régimen de las personas jurídicas públicas (entes públicos) en Venezuela] versa sobre un tema poco estudiado en la bibliografía nacional, probablemente por la inexistencia de previsiones normativas en la Constitución de 1961: ésta menciona en un solo artículo —y de manera casi telegráfica— los institutos autónomos «sin que durante de la misma, pese a los múltiples proyectos presentados al Parlamento, lograrse ser sancionada la tan necesaria Ley Orgánica de la Administración Descentralizada». Esta situación fue totalmente modificada por la Constitución de 1999 «en virtud que en el texto de la misma se alude directa o indirectamente bajo veintitrés distintas denominaciones, en más de cuarenta artículos, a la noción de *ente público*, lo que razonablemente permite suponer que los escenarios legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales también se modificarán».

Su estudio, por consiguiente, «con las reservas del caso», pretende «elaborar unos lineamientos generales sobre los entes públicos, tomando como base la Constitución, las previsiones puntuales de rango legal y el poco desarrollo teórico que existía hasta que cesó su vigencia la Constitución de 1961» por lo que debe asumirse el carácter provisional de los mismos.

31. Existen —afirma María Gabriela PIMENTEL HENRÍQUEZ (El documento administrativo, medio probatorio y forma de reargüirlo)— medios probatorios propios del Derecho Administrativo con los cuales se persigue demostrar hechos que sólo tienen relevancia en el ámbito de las relaciones entre administrador y administrado —los documentos administrativos, entre ellos— que no han sido detalladamente analizados.

Su regulación imprecisa e insuficiente, aunada a la poca atención puesta en el estudio de este tipo de documentos, «ha dado lugar a la existencia de posiciones contradictorias en cuanto a su naturaleza y alcance, y consecuentemente a la determinación de la vía idónea para su impugnación como medio probatorio». En esto —asevera— radica la importancia de este estudio: no se pretende desconocer lo se haya investigado sobre el tema. Al contrario, sirven de fundamento a las conclusiones obtenidas. Por lo anterior, «intentaremos (...) aproximarnos a una noción de documento administrativo, establecer su contenido y alcance, refiriéndonos a su constante asimilación con el documento público; determinar

las condiciones de su validez probatoria, para finalizar con las formas para impugnarlo o redargüirlo».

32. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ [Sobre el libro blanco del Reino Unido: «Modernizar la administración» (Marzo, 1999)] glosa el libro publicado por el Gobierno inglés con el fin de formular lo que ese «Gobierno piensa que es gobernar, Gobernar no para quienes trabajan en la Administración, sino gobernar para la gente de a pie: para el consumidor, para el ciudadano».

El objetivo de la obra comentada, afirma, «es hacer una Administración mejor para hacer mejor la vida a los ciudadanos. Pues bien, al servicio de esta gran aspiración (...), plantea cinco compromisos esenciales: diseño de una política de futuro, servicios públicos para la gente, servicios públicos de calidad, uso de las nuevas tecnologías y potenciación de los servicios públicos». El autor finaliza afirmando: «el tiempo nos dirá si las medidas propuestas se llevaron a buen fin y contribuyeron a una mejor Administración pública para mejorar la vida de la gente».

33. En su estudio, Armando RODRÍGUEZ GARCÍA (La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la simplificación de trámites administrativos), se propone «pasar revista sobre algunos aspectos del mencionado Decreto-Ley (Nº 368 de 5 de octubre de 1999), con el objeto de conocer su alcance efectivo en el ámbito del régimen jurídico aplicable a los procedimientos administrativos, a través de la evaluación de sus puntos de contacto con la normativa legal básica o fundamental en la materia (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), su aplicabilidad directa a las relaciones jurídicas de los administrados con la Administración y, finalmente, su propia esencia y efectos sobre la estructura y comportamiento del aparato burocrático del Estado».

Dicho de otro modo, intenta «realizar un ejercicio de evaluación sobre la coherencia interna y la plausibilidad del Decreto Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, en el escenario que dibuja un conjunto de complejas manifestaciones de carácter político y social presentes en el país en los últimos años».

34. En su ensayo María Eugenia SOTO HERNÁNDEZ (El contencioso de la responsabilidad extracontractual de la administración pública) analiza, como se desprende de su título, «la institución del contencioso de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolanas. La estrategia utilizada es la investigación documental y el método es de carácter analítico descriptivo».

Primero «emite un concepto del proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública y se enuncian sus respectivas bases». Luego «examina la jurisdicción contencioso administrativa por constituir ésta la que predominantemente conoce de estas pretensiones accionadas por particulares lesionados en contra de las conductas lícitas o ilícitas de la Administración Pública, productoras de daños materiales o morales que atentan contra la integridad patrimonial».

35. A juicio de Jorge Luis SUÁREZ (*La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional*) uno de los aspectos de más importancia en la Carta Fundamental vigente «y que paradójicamente ha sido uno de los menos destacados, es el artículo 153 que prevé la posibilidad de que Venezuela se incorpore a procesos de integración de carácter supranacional, esto es, en los que sea necesaria la atribución del ejercicio de ciertas competencias nacionales a favor de organismos internacionales».

El estudio analiza la situación de la integración en la Constitución de 1961 y en la de 1999. Luego se refiere a la integración y soberanía, a la integración latinoamericana y a la participación ciudadana y la integración en el último texto mencionado. Su estudio concluye afirmando «está en manos de nosotros mismos, como ciudadanos, ilustrarnos sobre este tema de una manera más adaptada al siglo XXI para así poder exigir más y está, por parte de nuestros líderes, superar una concepción de soberanía que nos hace daño porque nos impide afrontar la integración, y aun la misma cooperación, con actitud positiva (...): frente a efectos negativos debemos unirnos para contrarrestarlos y así crear un medio más favorable a nuestros intereses, sin egoísmos, con sinceridad y transparencia».

36. La meditación de Fabiola del Valle TAVARES DUARTE (*Teoría de la separación entre los actos administrativos y los contratos de la administración pública en Venezuela*) «persigue precisar el origen, la evolución y la aplicabilidad de la teoría de la separación entre los actos administrativos y los contratos de la Administración Pública en Venezuela».

Con este fin, «delimita el concepto, la naturaleza jurídica, la clasificación, la competencia judicial y el procedimiento de impugnación, tanto en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa, de los actos autónomos, desprendibles, independientes o separables». Aborda, además, el objeto de su estudio «con arreglo a la estrategia de investigación documental, sustentada en el método analítico» y «las fuentes para la recolección de información atienden a los niveles de profundidad jurisprudencial, doctrinal y legal».

De su estudio se concluye «que la recepción en el derecho público venezolano de la teoría de la separación se aprecia, de forma esencial, en diversas decisiones pronunciadas, durante el período comprendido entre los años 1965 y 2000, por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa y, su equivalente, el actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, pues la misma presenta un precario desarrollo doctrinal y carece de consagración expresa en la legislación». Igualmente, «los atributos de la teoría de la separación permiten: apreciarla como una solución acertada a los fines de explicar la naturaleza de la relación jurídica existente entre los actos administrativos anteriores y posteriores a la celebración de los contratos de la Administración Pública y tales contratos y, sugerir su consagración en una Ley de Contratos de la Administración Pública».

37. Con miras a satisfacer los objetivos perseguidos en su trabajo, Enrique URDANETA FONTIVEROS [El sentido del vocablo *empresa* utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley de Servicio Eléctrico], se debe, primero y aun cuando sea sumariamente, «abordar el tema de la existencia jurídica independiente de las empresas matriz y filial o subsidiaria así como determinar la relevancia que debe asignarse en esta materia a las interrelaciones entre las empresas que conforman un grupo económico. En segundo lugar, se impone poner de relieve las correspondencias y correlaciones que existen entre el dispositivo contenido en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley sobre el Servicio Eléctrico y las disposiciones legales y normativas que conforman el régimen legal de la libre competencia, a los efectos de la correlación y aplicación concordada de la precitada Ley con las disposiciones contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y sus Reglamentos, para postular de esta forma una correcta y adecuada interpretación de los textos legales.

Planteado el tema de este modo, el trabajo tiene dos parte además de las conclusiones. En la primera explana el principio general: las compañías constituyen personas jurídicas distintas de los socios y, en la otra, la incidencia de la pertenencia a un grupo de personas vinculadas (grupo económico o de empresas) en la determinación del concepto de empresa, de conformidad con el precepto analizado.

De su estudio, entre otras conclusiones señala, que el vocablo debe ser entendido en sentido económico «para incluir (...) no sólo a la entidad jurídica dotada de personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio e independiente, sino también a las empresas vinculadas entre sí conforme» a las disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia», con las implicaciones que de ello se desprenden.

38. A juicio de Gustavo URDANETA TROCONIS (El Poder Judicial en la Constitución de 1999) uno de las materias más importantes tratadas por la Asamblea Nacional Constituyente fue la relacionada con la reforma del Poder Judicial que dio lugar a las disposiciones contenidas en el Título V, capítulo III.

Sus consideraciones sobre el tema «intentan poner de relieve los cambios (...) más notables introducidos por el nuevo texto constitucional en relación con este tema. Nuestras reflexiones serán estructuradas en torno a los cuatro aspectos más resaltantes abordados en el referido Capítulo III: en primer lugar, la diferenciación hecha por el constituyente entre Poder Judicial y «sistema de justicia»; luego las disposiciones sobre el órgano supremo del Poder Judicial: el Tribunal Supremo de Justicia; en tercer lugar, la previsión constitucional de variadas jurisdicciones especiales que integran el Poder Judicial, lo cual constituye ciertamente una novedad; y, por último, la nueva fórmula de gobierno y administración del Poder Judicial».

39. José Luis VILLEGAS MORENO (El derecho de propiedad en la Constitución de 1999) comienza su estudio afirmando que «la profunda trascendencia política y social que se encierra en el derecho de propiedad podría hacer pensar que nos encontramos ante un tema suficientemente estudiado e, incluso, casi agotado», lo cual no es cierto pues el debate sobre la materia continúa particularmente en torno a la interrogante «cómo se ha de repartir la escasa, y por tanto valiosa, propiedad existente?»

Luego de referirse a la historia del tema, alude a la propiedad privada en tanto elemento de la Constitución económica, a su utilidad pública, al rol del Estado frente a este instituto y al análisis de la garantía expropiatoria en el texto constitucional en vigencia. En sus conclusiones, entre otras, destaca el reto que se plantea para dar el salto de la idea del derecho de propiedad a la concepción del derecho a la propiedad para lo cual es imprescindible la intervención legislativa con miras a «articular los deberes de los propietarios y para posibilitar el acceso a la propiedad de los no propietarios» y precisar que la noción de propietario contiene, más que una serie de facultades, un conjunto de deberes. Finaliza transcribiendo el texto del artículo 299 de la Constitución vigente donde, a su juicio, «de manera generosa, ingenua y/o utópica», el constituyente se refiere «a los principios orientadores y valores fundamentales del régimen socio-económico del país».

Quien suscribe, en su carácter de Director de la Serie Libros Homenaje que publica la Fundación Gaceta Forense del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su gratitud tanto a quienes materializaron sus trabajos como

a las instituciones a las cuales pertenecen. Agradecemos, igualmente, a quienes, por cualesquiera sea la causa, no pudieron hacerlo en tiempo oportuno. Unos y otros coadyuvaron en la actualización de esta publicación que busca honrar a la Universidad Central de Venezuela en la oportunidad —como se ha indicado en varias ocasiones— del vigésimo aniversario de su Curso de Especialización en Derecho Administrativo. Espera, asimismo, que el material presentado sea del interés de la comunidad jurídica.

Caracas, 16 de abril de 2001.

Fernando Parra Aranguren

Algunas notas relacionadas con los principios constitucionales que regulan el sistema de justicia venezolano y su alcance en la jurisdicción contencioso-administrativa

MARÍA LUISA ACUÑA LÓPEZ*

I. INTRODUCCIÓN

EL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL, que pasa a ser el veintiséis¹ de nuestra historia republicana, aprobado por referéndum celebrado el día 15 de diciembre de 1999 y publicado definitivamente en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, recoge una serie de principios y postulados destinados a regular la actividad judicial del país.

Por una parte, se pronuncia sobre aquellos principios propios de la justicia que se imparte a través de los órganos jurisdiccionales, disponiendo en sus artículos 26 y 257, lo siguiente:

Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Artículo 257: El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedi-

* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Juez de Sustanciación. Universidad Central de Venezuela, Abogada Egresada del Postgrado de Contencioso-Administrativo.

¹ Ver Allan BREWER CARIAS. *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 9.

miento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Por otro lado, la nueva Constitución, en su artículo 253,² determina los componentes del sistema judicial; y hace especial referencia a las jurisdicciones constitucional, electoral, militar y contencioso-administrativa, al expresar en su articulado, en cuanto la jurisdicción constitucional:

Artículo 266: Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.

Artículo 334: [Omisión...] Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla.

Por lo que a la jurisdicción electoral se refiere, expone:

Artículo 262: El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica.

En cuanto a la jurisdicción militar, determina:

Artículo 261: La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.

La ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución.

² *Artículo 253:* «La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio».

Al referirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, expresa:

Artículo 259: La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Apenas se inicia el articulado del nuevo Texto Constitucional (artículo 2°) se declara a Venezuela constituida «en un Estado Democrático y social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y, en general, preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político».

El Estado de Justicia, definido por el Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en 1962 en su obra *Lucha contra las inmunidades del poder* que él cita en *Democracia, jueces y control de la administración*³, es «esa ambiciosa, alta, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho, que es la de instrumentarse como un Estado de Justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente, como justicia judicial plenaria».

No es posible inferir de lo anterior, que el autor al referirse que el Estado de Derecho debe instrumentarse como un Estado de Justicia o de *justicia judicial plenaria*, pretendiera institucionalizar lo que posteriormente se ha venido llamando la «Judicialización de la Democracia», pues no es a ello a lo que alude en sus reflexiones. Sin embargo, sí parece dejar claro en su reflexión, lo que, no solamente no podía desconocer nuestro novísimo Texto Constitucional sino que prefirió testimoniarlo literalmente, es decir, que impera la obligatoriedad de someterse a ley y a la Constitución, esto es, al ordenamiento jurídico patrio, y a todo aquél que aunque trascienda nuestras fronteras, haya sido suscrito por nuestro país. Un ordenamiento jurídico que obliga al respeto a la justicia, como fórmula para asegurar el respeto al sistema de libertades que lo sostiene.

³ Ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en la «Lucha contra las inmunidades del poder» en *Democracia, jueces y control de la administración*, editorial Civitas, p. 315. Tercera edición, Madrid, 1997.

Este actuar regido por un Estado de Justicia, o de Derecho, propugna lo que ha sido tan difícil de construir en el último siglo, y es: la observancia suprema —dentro de ese Estado Derecho y Justicia— a la actividad jurisdiccional.

Para que el imperio de la ley fuese tal, han debido transcurrir más de doscientos años, desplazando el imperio de la voz del Monarca. Para que el imperio de la Justicia sea una realidad, tendremos que seguir construyendo espacios cada vez más anchos, espacios en donde TODO derecho tenga cabida.

En la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estos espacios en donde debe imperar un Estado de Justicia, obligan al juez a fortalecerse ante una premisa impostergable y que, por lo demás, es de muy vieja data: *legem patere quam ipse fecisti*: El Derecho se impone también a quienes lo han hecho. Este es el reto, especialmente del juez contencioso administrativo, que no puede ceder ni ante la tentación de respaldar la actividad administrativa ilegal, ni ante la de enfrentarla observando sólo el interés particular, soslayando el general o colectivo.

La nueva Carta Fundamental, introduce en el sistema judicial algunos cambios que, aplicados a la jurisdicción contencioso-administrativa, y bien desarrollados por la ley orgánica que deba regular esta jurisdicción en nuestro país, redundarán, sin duda, en significativo avance en este sector de la justicia venezolana, el cual con motivo de este nuevo orden constitucional, tendrá que realizar su labor de control de la actividad administrativa enfrentando nuevos retos, derivados de novedosas instituciones y de su interrelación.

Como muchos lo han señalado en innumerables reflexiones que se han hecho en los últimos años, acerca del valor de la justicia en los sistemas democráticos de gobierno: no se trata de judicializar la democracia, pero sí de democratizar la justicia, y ésta es la labor que el juez contencioso administrativo no debe eludir, incorporando en su quehacer todos los principios democráticos a los cuales alude el Texto Fundamental.

No basta sin embargo, un decidido propósito de los jueces —aunque resulte vital en esta tarea—. Es menester que los preceptos constitucionales cobren vigor en los textos legales, específicamente en esta materia, en la ley que deberá regular definitivamente la jurisdicción contencioso-administrativa.

II. PRINCIPIOS Y POSTULADOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 REGULADORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA

En relación con toda la actividad jurisdiccional, lo primero que se observa en el Texto Fundamental, en el Título III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías, es el artículo 26. Esta previsión constitucional, otorga el derecho ciudadano al *acceso a la justicia*, a fin de ejercer derechos propios y los colectivos o difusos y a una tutela judicial efectiva de los derechos que se invoquen y a obtener una decisión rápida.

Este derecho a obtener *tutela judicial efectiva*, el Constituyente pretende que el Estado los garantice, proporcionando al ciudadano una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En cuanto al *acceso a la justicia* para hacer valer sus derechos o intereses, incluso los colectivos o difusos, resulta tajante el Texto Constitucional en la amplitud que debe otorgarse al justiciable para que los órganos de administración de justicia se abran ante él, para que cada vez se reduzcan más los obstáculos que impiden ese acceso. Esos obstáculos o barreras son de variada índole, van desde una oficina de un tribunal sin capacidad para atenderle (por falta de personal, de equipos de trabajo, por ignorancia de los funcionarios encargados) o un juez corrupto que no arbitra sino que cede a los intereses de una de las partes, hasta la dificultad aparentemente más elemental de un proceso: la imposibilidad de citar al demandado.

Muchas son las formas que pueden alcanzar los impedimentos para el acceso a los órganos de administración de justicia, lo que nos obliga a plantearnos las muchas fórmulas que debemos atender para que ese acceso se haga efectivo: profesionalizar la actividad de los jueces así como la de todo funcionario judicial, preparándolos, supervisándolos, disciplinándolos, diseñando procesos breves, exigiendo a todo aquél que se involucre en un proceso judicial la ética que requiere esa participación, que va desde la lealtad que se deben los abogados entre sí hasta la que le deben al órgano jurisdiccional, y pasa por la responsabilidad del ciudadano de respetar el proceso, como la que corresponde a los funcionarios públicos cuando es la administración la que deba enfrentarlo, quienes se exceden en muchos casos, en las prerrogativas que la ley le otorga a aquélla.

Otros obstáculos que impiden el acceso a la justicia, se encuentran en el diseño que actualmente tienen los procedimientos judiciales, los cuales deben adaptarse a la nueva dinámica social, para satisfacer las expectativas ciudadanas; por lo que su *simplificación y uniformidad*, son inminentes,

y es por ello que el Constituyente exige que las leyes adopten un procedimiento breve, oral y público.

Por lo que a la *gratuidad* de la justicia se refiere, debe recordarse que en Venezuela más del 60% de la Justicia se dispensaba gratuitamente. Porcentaje que incluye la justicia de menores, laboral, penal. De tal manera que, el nuevo Texto Fundamental lo que hizo fue extender esta gratuidad a las jurisdicciones civil, mercantil y contencioso-administrativa.

La gratuidad conforme lo establece el artículo 254⁴ es la prestación del servicio sin que se exijan tasas, aranceles ni ningún otro pago por éste. En relación con esta norma, tanto el Tribunal Supremo de Justicia como la mayoría de los tribunales de la República han aplicado el precepto constitucional de forma inmediata, que exonera la cancelación de tasas o aranceles.

El señalamiento de «ni exigir pago alguno por sus servicios» debe interpretarse como el impedimento para exigir pago de naturaleza arancelaria, no la exoneración del costo del papel (por ejemplo) que se utiliza para la expedición de copias solicitadas en los juicios que cursan en los tribunales, pues ha de entenderse que el Constituyente ha pretendido eximir al usuario del costo por concepto de tasas, aranceles u otro de esta naturaleza, lo que no sugiere que el Estado soporte el peso de las necesidades particulares de los usuarios que requieran el servicio.

Las otras características que otorga el Constituyente a la Justicia (*accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*) son aquellas que por antonomasia la identifican. Debe entenderse, sin embargo, que el Constituyente ha preferido declararlo expresamente, haciendo hincapié en estos atributos, seguramente con la intención de reforzar los principios que la informan.

El Profesor BREWER CARÍAS refiere que, en cuanto al señalamiento de la Constitución atinente a que se garantizará una justicia equitativa, «quedan por determinar los alcances por ejemplo de la “equidad” como criterio de justicia».⁵

⁴ Artículo 254: «El Poder Judicial es independiente y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios».

⁵ Ver Allan BREWER CARÍAS. *La Constitución de 1999*, ob. cit., p. 128.

Especial atención merece la garantía de que se imparta una justicia «sin dilaciones indebidas o reposiciones inútiles», pues la Constitución eleva hasta su alto rango, el contenido del artículo 206 del Código de Procedimiento Civil que, otorga al Juez esta potestad (obligación) al prescribir «Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez. En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado».

El artículo 257 otorga al proceso el rango de «instrumento fundamental para la realización de la justicia» indicando que las leyes establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público.

El proceso ha constituido siempre el instrumento más idóneo para el logro de la justicia, pues es él, conducido por el juez, el que permite el ejercicio del derecho a la defensa. Ahora bien, ciertamente que el proceso no es un valor por sí mismo, ni es un fin en sí mismo⁶, es el mecanismo por medio del cual las pretensiones se hacen valer bajo la dirección del juez, conforme a las pautas legales de que se trate.

Con esto debe tenerse sumo cuidado, por cuanto el postulado constitucional referido a que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalismos no esenciales, no debe verse como un relajamiento de las formas, sino que alude a la prescindencia de aquellas no esenciales al debate procesal. Ya el artículo 206 señalado, ordenaba al Juez no declarar reposiciones inútiles, con lo cual se restaba importancia a los formalismos no esenciales; sin embargo, esta potestad legal conferida a los jueces no siempre se ha usado con la fuerza que en sí misma contiene, y es ello lo que posiblemente ha obligado al Constituyente a declararlo en el nuevo Texto.

En el artículo 257 del Texto Constitucional, expresamente se atribuye a las leyes la facultad para establecer procesos simples y uniformidad y eficacia en los trámites, así como procedimientos orales y públicos.

No le es dado por tanto al Juez, desconocer fases del procedimiento ni las garantías que éste impone, pues ello permitiría una discrecionalidad jurisdiccional absoluta, que ni la señala el Constituyente ni es propia de la potestad jurisdiccional. Debemos admitir que el proceso es también garantía de la justicia.

⁶ Ver Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *Ad imis fundamentis, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Parte Orgánica y Sistemas, Edit. EX Libris, p. 188.

Toda esta reflexión nos devuelve al punto de partida de los discursos y debates relacionados con *la independencia del Poder Judicial* —un atributo esencial de éste—, pues esta independencia auspicia el que al Poder Judicial, efectivamente se le debe rodear de garantías, pero también de límites, porque el Juez puede igualmente convertirse en un déspota. Estos límites y garantías del Poder Judicial son los que, precisamente materializan el proceso. Entra aquí en juego el principio de la legalidad, al cual también el Juez debe someterse. El Juez está para lograr que todos se ajusten a ese principio, mas sin embargo, ello no lo convierte en mero espectador de aquél, pues él es asimismo su subordinado.

Desde luego que la independencia judicial juega un papel preponderante en este tema, en el entendido de que ella no es un valor en sí mismo, como ha quedado establecido, sino una garantía funcional de Poder Judicial, que va dirigida al proceso, a su limpieza, a su transparencia.

No es sencilla la labor para lograr esta asepsia del proceso, sobre todo porque este apego a la legalidad (que no a las meras formas) por parte del Juez, no siempre se obtiene fácilmente, porque hay penumbras en la ley y el juez debe trabajar con ellas; y, es allí, donde entra en juego la discrecionalidad.

Es el proceso un instrumento fundamental para la realización de la justicia, no obstante observar sus reglas es indispensable, salvo que se trate de meros formalismos, pues ante ellos debe el proceso permanecer incólume. Las pautas procesales o formas esenciales, antes bien, garantizan la idoneidad del trámite judicial, pues con éstas pretende el ordenamiento jurídico que se respete la igualdad procesal y se mantenga la estabilidad de los juicios, con lo cual se obtiene la *transparencia* que es una de sus características esenciales.

Si bien es cierto que se ha constitucionalizado con el nuevo Texto Fundamental, la potestad jurisdiccional para obtener justicia sin que se le sacrifique por formalismos, no es menos cierto que, ello no es una invitación a relegar el proceso como garantía, y mucho menos a dar rienda suelta a una discrecionalidad absoluta, de la cual no dispone el juez.

Todos los principios constitucionales que, en general, informan la actividad jurisdiccional, recogidos en la nueva Carta Fundamental, también alcanzan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, el Texto Constitucional, en su Exposición de Motivos, dio un tratamiento muy especial a algunas materias que atañen exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, tales como la necesidad de extender el poder cautelar del juez contencioso-administrativo, la revisión legislativa que debe hacerse en lo que se refiere al agotamiento de la vía administrativa, así como el

examen que debe efectuarse del acto impugnado, con el objeto de relevar al accionante del cumplimiento del lapso de caducidad, si los vicios de impugnación son de inconstitucionalidad o nulidad absoluta.

Por otra parte, los temas referidos al uso de los medios de resolución alternativa de conflictos, cuya aplicación en el contencioso-administrativo parece cada vez más cercana, son aspectos que serán abordados de seguidas, haciendo especial énfasis en el mensaje que el Texto Constitucional envía al Legislador, para que en la ley que deberá regular el contencioso-administrativo, se incorporen estas nuevas facetas de esta jurisdicción, permitiendo con ello un verdadero acceso a la justicia y con el fin de otorgar la tutela judicial efectiva consagrada en nuestro ordenamiento constitucional.

III. ALCANCE DE LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La nueva distribución de la jurisdicción constitucional y sus efectos en la jurisdicción Contencioso-Administrativa

El artículo 266 de la Constitución de 1999, al establecer la competencia del Máximo Tribunal, señala en su ordinal 1° que corresponde a éste «Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.»

Ahora bien, el Título VIII del Texto Fundamental, que diseña su sistema de protección, dispone en el artículo 335, que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia garantizar la supremacía de esta Constitución; ser su máximo y último intérprete, y, finalmente, velar por su uniforme interpretación y aplicación.

Este sistema de protección constitucional, incorpora, por un lado, el *control difuso* de la constitucionalidad que ya lo consagraba nuestro ordenamiento jurídico procesal, en el artículo 20⁷ del Código de Procedimiento Civil; estas normas, obligan a todo juez de la República, circunscrito naturalmente al ámbito de su competencia, a asegurar la integridad de la Constitución; y por otra parte, en forma genérica, también en el artículo 334 y el 336⁸, (más específicamente), se señalan las atribuciones del

⁷ *Artículo 20:* «Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia».

⁸ *Artículo 334:* «Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.»

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Máximo Tribunal, en la Sala Constitucional, que refiere al *control concentrado* de la Constitución.

Este nuevo esquema de protección constitucional, ha influido en el ámbito competencial que anteriormente tenía la jurisdicción contencioso-administrativa. Corresponde a ella, como siempre, el control de la constitucionalidad de los actos administrativos, conforme lo establece el artículo 259⁹ del Texto Fundamental, en el cual se agrega expresamente

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla».

Artículo 336: «Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.
11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley».

⁹ *Artículo 259:* «La Jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servi-

el conocimiento de los reclamos por la prestación de los servicios públicos, así como la competencia para conocer las solicitudes de nulidad de los Reglamentos, «cuando sea procedente» (debe entenderse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad), en atención al contenido del artículo 266, en su ordinal 5°.

Por lo que al amparo específicamente se refiere, el Constituyente, en su Exposición de Motivos, exhortó al Legislador a eliminar de la ley orgánica correspondiente, la acción conjunta de amparo y nulidad, prevista en el artículo 5° de la vigente Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En este sentido expresó:

Además, con motivo de su creación, de la entrada en vigencia de la Constitución, y de la naturaleza esencialmente constitucional de los derechos humanos y de la acción de amparo, la Sala Constitucional podrá asumir las competencias que en materia de amparo constitucional tenían las diferentes Salas de la extinta Corte Suprema de Justicia, en los casos de amparo autónomo contra altas autoridades de rango constitucional, amparo contra decisiones judiciales y apelaciones o consultas en amparo, dado que la Sala Constitucional pasa a ser la Sala del Tribunal Supremo de Justicia con la competencia afín para conocer y decidir tales asuntos. Por su parte, como consecuencia de lo anterior y dado que sólo la Sala Constitucional será competente para resolver las acciones de amparo en el Tribunal Supremo de Justicia, la Ley Orgánica respectiva deberá eliminar la acción cautelar de amparo que se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de nulidad. Para ello, la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso concreto.

En sentencia de fecha 20 de enero de 2000¹⁰, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció los criterios interpretativos relacionados con los amparos, al decir textualmente:

Reconoce esta Sala que todos los Tribunales del país, incluyendo las otras Salas de este Supremo Tribunal, les corresponde asegurar la integridad de la Constitución, mediante el control difuso de la misma, en la forma establecida en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero ello no les permite conocer mediante la

cios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa».

¹⁰ Caso: Emery Mata Millán contra el Ministro del Interior y Justicia, Ignacio Luis Arcaya, Vice-Ministro del Interior de Justicia y otros, Sent. de fecha 20 de enero de 2000, Sala Constitucional.

acción de amparo las infracciones que se les denuncian, salvo los Tribunales competentes para ello que se señalan en este fallo, a los que hay que agregar los previstos en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

[...omissis...] Consecuente con la doctrina sobre la competencia que la Sala desarrolla en este fallo, así como con el principio antes expuesto que las leyes cuyos artículos no colidan con la Constitución, continúan vigentes, pasa la Sala a interpretar la competencia de los Tribunales que deban conocer los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Dicho artículo, a juicio de esta Sala, no colide con la Constitución y por lo tanto, tiene plena vigencia, y según él, las acciones de amparo pueden ejercerse con el recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos o contra las conductas omisivas.

Al estar vigente el citado artículo 5°, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la Administración, mediante recursos contenciosos administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución, y siempre que la acción de amparo no se encuentre caduca.

Resultado de la doctrina que se expone, es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia, que conocen amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contenciosos administrativos, remitirán a esta Sala las acciones de amparo que venían tramitando, mientras que la Sala Político-Administrativa y la Sala Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas.

De esta forma la Sala Constitucional, al interpretar el Texto Constitucional, extrajo de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los amparos autónomos interpuestos contra la actividad administrativa o las conductas omisivas; manteniéndose la competencia en la jurisdicción contencioso administrativa (así como en la electoral), para conocer de la acción conjunta de amparo y nulidad de los actos administrativos, conforme lo indica el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

2. La legitimación para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Criterios jurisprudenciales

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el artículo 124, dispone las causales de inadmisibilidad en los juicios de nulidad de actos de efectos particulares. Así, en su ordinal 1º, prescribe textualmente:

El Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso de nulidad:

[...omissis...] ordinal 1º. Cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente.

No obstante la clara expresión de la Ley, las dudas acerca de si en el contencioso administrativo la legitimación es un aspecto que debe estudiarse en la etapa de admisibilidad, siguen existiendo.

La legitimación en el contencioso administrativo, no es que sea un requisito meramente formal¹¹ sino que su análisis debe circunscribirse, en esta fase preliminar, a establecer que sea manifiesta, de bulto, que salte a la vista para que, sólo así, pueda impedirse el acceso al accionante, pues, el estudio profundo de este aspecto, entre otros, es un tema que queda reservado exclusivamente a la decisión definitiva del asunto.

Con esta disposición, el legislador contencioso administrativo, fue más allá que el legislador del procedimiento ordinario, en el cual no se sentó tan claramente (aunque la doctrina y, la jurisprudencia han establecido, casi en forma pacífica, que su examen debe hacerse como punto previo a la definitiva) esta exigencia que tiene el Juzgador para revisar inicialmente *in extenso*, la legitimación del accionante.

No significa lo anterior, que el juez contencioso administrativo debe soslayar *in limine*, este análisis acerca de la legitimación del actor, antes bien, esta revisión es obligatoria, sino ningún sentido tendría haberla incorporado en el elenco de las causales de inadmisibilidad. La diferencia estriba en que el juez, debe ceñirse a observar que, sólo la «manifiesta», evidente o clarísima falta de cualidad o interés del actor, le obliga a desechar, de plano o de entrada, la acción propuesta. Algún asomo de duda acerca de este aspecto, obliga al juez a recibir la solicitud de impugnación y dejar al fondo la solución, como un punto previo a la definitiva.

De tal manera que, podemos concluir en que, en esta *primera oportunidad procesal*, de revisión inicial de la cualidad o interés para acceder al contencioso administrativo, la legislación concibió un sistema flexible para entrar a esta jurisdicción.

¹¹ Ver Antonio CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano*, Edit. Sherwood, Caracas 1998; p. 166.

En una *segunda oportunidad procesal*, la de la revisión más profunda, la del examen del fondo del asunto, el *acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, tiene sus reglas específicas. Se trata de un tema que, indudablemente fue muy bien elaborado por la ley orgánica que provisionalmente ha regulado esta jurisdicción en nuestro país, entendiéndolo el legislador de entonces, que el control de la legalidad de la actuación administrativa no corresponde exclusivamente a los afectados directamente por ella, sino también a quienes puedan verse afectados indirectamente.

De allí que, han surgido innumerables reflexiones doctrinarias y posiciones jurisprudenciales que han fortalecido el acceso a esta especial jurisdicción. A este respecto, la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal y en algunos casos la Sala Plena, en reiterada jurisprudencia¹², al pronunciarse acerca del contenido de los artículos 121 y 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ha ratificado la intención legislativa de otorgar mayor acceso, al precisar que la legitimación exigida para acceder al contencioso administrativo es, para la nulidad de los actos de efectos particulares, la calificada, que se refiere al interés personal, legítimo y directo; y, para la impugnación de actos de efectos generales, la exigencia es de un interés simple, por tanto, no calificado, pues en él subyace el interés de la protección y salvaguarda del ordenamiento jurídico, confiada, a través de este mecanismo legal, a cualquier ciudadano.

En el primero de los casos, en cuanto a la legitimación calificada requerida para la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, la doctrina y también la jurisprudencia, han estimado que, a través de él, se diseñó un *sistema subjetivo*, aunque con un matiz que lo degrada ante el absolutamente subjetivo del Derecho Privado, como lo expresó la sentencia del caso Iván Pulido Mora, ya citada, pues en él se aceptan los interesados legítimos y no sólo titulares de algún derecho subjetivo lesionado. Y, en el segundo de los casos, la simple legitimación o simple interés, dispuesto en la acción contra los actos administrativos de efectos generales, se estructuró un *sistema objetivo* de control.

No pretenden estas notas, hacer precisa referencia a la tradicionalmente conocida como *acción de inconstitucionalidad*, la ejercida contra leyes u otros actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, o que tenga rango de ley, cuyo tratamiento corresponde a la jurisdicción constitucional, siendo en ella en donde se dilucide si el interés «particularizado» del cual se ha acusado la

¹² Casos: Fiscal General de la República, Sent. del 24.04.80, S.P.A.; Luis Daniel Ortiz, Sent. del 1°.07.80, CP; Iván Pulido Mora vs. Contraloría General de la República, Sent. del 3.10.85, S.P.A.; Burgos Romero, Sent. del 12.02.87; Rómulo Villavicencio, Sent. del 26.09.91, S.P.A.

norma que la regula, esto es, el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, restringe el acceso a la jurisdicción constitucional, y niega la existencia de la «acción popular» en nuestro país. Corresponderá a la nueva legislación que regulará la jurisdicción constitucional establecer si disponemos o no de una acción popular, o si dispondremos de ella, sin ningún calificativo que limite el acceso a esta jurisdicción.

No obstante, no se ha dejado de advertir que, también el análisis de la legitimación exigida en los juicios de nulidad de actos de efectos generales o contra la actividad reglamentaria, referido a la acción tradicionalmente conocida *como recurso contencioso administrativo de anulación*, sí compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto que en ella se tramitan estos juicios por el procedimiento indicado en el artículo 112 y siguientes de la referida ley orgánica. Por tanto, en el diseño que corresponda hacer al legislador contencioso-administrativo, en esta materia, también tendrá que observar y establecer, los efectos y alcances de la expresión contenida en el artículo 26 del nuevo texto constitucional, referida al acceso a la justicia de toda persona «para hacer valer sus derechos o intereses *incluso los colectivos o difusos*».

Ahora bien, al margen de las disquisiciones doctrinarias, la utilidad que represente un avance del contencioso administrativo, debe centrarse en el mayor o menor acceso que se tenga en esta especial jurisdicción, cuando se escinda el derecho a entrar a ella por la afectación directa de la actividad administrativa o cuando se le utilice como instrumento para coadyuvar en el «resguardo y vigilancia de la juridicidad y el logro de la justicia», como así lo expuso textualmente la Sala Político Administrativa en decisión de fecha 11 de mayo del año 2000 (Caso: Agremiados del Colegio de Nutricionistas y Dietistas de Venezuela).

Ya en la sentencia de Iván Pulido Mora citada, la Sala al pronunciarse por la existencia de un sistema subjetivo de control, expresó al referirse al acceso al contencioso administrativo, a través de la solicitud de nulidad de actos de efectos particulares, que:

Pero, además, detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los interesados legítimos —concepto diferente en Derecho Público del anteriormente expuesto—, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos *se encuentran en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley*. Mas, aun permitiendo el acceso de los interesados legítimos —*quienes aparecen en el proceso como defensores del interés general vulnerado por una actuación administrativa*— se trata sin embargo, todavía de un sistema de recursos «subjetivos», pues se

protege la integridad de la norma sólo en función de las situaciones jurídicas subjetivas igualmente alteradas. (Resaltado nuestro).

En este aspecto, la reciente jurisprudencia citada del Máximo Tribunal, de fecha 11 de mayo del año 2000, acerca esta posición al nuevo Texto Constitucional, que en el artículo 26 al referirse al *acceso a la justicia* dispone que «Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos», al exponer, al referirse a una solicitud de nulidad de un acto de efectos particulares:

Para esta Sala, el interés particular de los accionantes deriva de la especial situación de hecho en que se encuentra el ente gremial frente al perjuicio que pueda causar el acto administrativo que se dice ilegal y que, en el caso, es concordante con el interés general de que la autoridad administrativa mantenga su conducta dentro del orden legal establecido. El propio texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela así lo confirma, cuando establece en los artículos 25, 26 y 259 lo siguiente:

[...omissis...] Las normas anteriormente transcritas exponen, a juicio de esta Sala, una clara voluntad del constituyente hacia el respeto absoluto del ordenamiento jurídico existente por parte de la Administración Pública. De modo que todo acto del Poder Público debe ceñirse a los parámetros de la legalidad y constitucionalidad vigentes, so pena de ser revocado por la propia Administración en ejercicio de su poder de autotutela o de *ser declarado nulo por las autoridades judiciales competentes, mediante el ejercicio de acciones judiciales previstas por el propio ordenamiento jurídico como instrumentos de colaboración ciudadana para el resguardo y vigilancia de la juridicidad y el logro de la justicia.*

No indica el texto constitucional, requisito alguno que condicione a los sujetos interesados en la legalidad y constitucionalidad de la actividad administrativa; por el contrario, otorga la posibilidad de acudir a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos o intereses a toda persona, *lo que conduce a esta Sala a colegir en que la intención del constituyente fue la de flexibilizar el acceso del colectivo a la justicia de manera de garantizar el estado de derecho dentro de una sociedad contralora y participativa.* (Resaltado nuestro).

Se trata de un criterio interpretativo del Texto Constitucional que, de alguna manera sugiere una mayor amplitud —aunque se perciba someramente— del acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, no por el efecto que produce esta decisión, que en definitiva es el mismo de la jurisprudencia anterior —el de aceptar como legitimados a quienes demuestren alguna afectación— sino por el criterio adoptado para fundamentarla, esto es, la mayor flexibilidad que señala ha introducido en esta materia, el nuevo Texto Constitucional, lo que, sin duda, debe ser evaluado —como ya se ha expuesto— por el legislador que habrá de reco-

ger estas interpretaciones y otros aportes que seguramente proporcionará la doctrina, para diseñar nuestro sistema contencioso-administrativo.

3. Extensión del Poder Cautelar en el Contencioso-Administrativo

En la Exposición de Motivos del nuevo Texto Constitucional se expresa, que el legislador de la ley orgánica que corresponda organizar la jurisdicción contencioso-administrativa, debe dotar al juez de

...todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el establecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero que se impongan a la administración dependiendo del caso concreto.

En ella se recoge de esta forma, la necesidad de otorgarle al juez contencioso-administrativo, un poder cautelar auténtico, ya no limitado a la suspensión de efectos, y sólo en los casos de actos administrativos de efectos particulares, tradicional medida cautelar de nuestro sistema, recogida en el artículo 136 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La jurisprudencia venezolana ya había venido abonando el terreno para que este poder cautelar del juez contencioso administrativo saliera de la camisa de fuerza que colocó el legislador en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por sentencia dictada el 10.07.91¹³, se estableció el carácter meramente cautelar que tiene la acción conjunta de amparo y nulidad, expresando:

En cualesquiera de estos supuestos de acumulación la acción de amparo reviste una característica o naturaleza totalmente diferente a la anteriormente analizada (autónoma) pues en estos casos no se trata de una acción principal, sino subordinada, accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal.

[...omissis...] en tanto que, en el amparo conjunto, se trata de una medida cautelar que sólo requiere como fundamento un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación (artículo 22), así como la consideración, por parte del tribunal de que la suspensión de los efectos del acto recurrido resulta procedente como garantía del derecho constitucional violado, mientras dure el juicio (artículo 5°).

¹³ Caso: Tarjetas Banvenez S.A., Sent. del 10.07.91, S.P.A.

El poder cautelar del juez contencioso-administrativo, se amplió con la acción conjunta de amparo y nulidad, pues no sólo era posible acordar la suspensión de los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, sino que aquellos de carácter general o de contenido normativo también eran susceptibles de ser suspendidos por esta vía (de acuerdo al contenido del artículo 3° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), lo que no permite el procedimiento de los actos de efectos generales.

Un segundo momento que marca el avance jurisprudencial venezolano, en materia de poder cautelar en el contencioso administrativo, lo ubicamos con la decisión dictada en fecha 12 de mayo de 1992¹⁴, en la cual la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, procedió a suspender los efectos de un acto administrativo que consideró de efectos generales, aplicando el contenido del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 88 de la citada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que aun sigue regulando la jurisdicción contencioso administrativa.

Fue a partir de la citada decisión, cuando se institucionalizó en el contencioso-administrativo el uso del poder cautelar concedido al juez ordinario, referido al decreto de medidas cautelares innominadas, ficción a través de la cual el juez contencioso administrativo dispuso —y dispone— de un poder cautelar extraordinario, que le ha permitido no solamente suspender los efectos de un acto administrativo de efectos generales (no autorizado en el procedimiento que lo regula en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), sino decretar cualquier medida necesaria, distinta a la suspensión de efectos, para prevenir que quede ilusoria la ejecución del fallo.

Otras decisiones, como la recaída en el expediente N° 511, dictada el 22 de junio de 1994, por la Sala Político Administrativa, revelan que el poder cautelar del juez contencioso administrativo se ha interpretado ampliamente, al declarar la suspensión de efectos reflejos¹⁵, esto es, no del

¹⁴ Caso: Jesús Alberto Soto Luzardo vs. Consejo de la Judicatura, Sent. del 12.05.92, S.P.A. Se trata de una decisión mediante la cual la Sala Político-Administrativa, utilizando por la vía del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, previsto para regular la tramitación de las medidas cautelares innominadas, procedió a decretar la suspensión de un acto de efectos generales —como lo determinó en este caso, lo era una convocaoria a concurso para acceder al cargo de juez—. Suspensión de efectos que, por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no era posible, pues éste no es aplicable a los juicios intentados contra actos de efectos generales.

¹⁵ Caso: Revista Hola, S.A., Sent. de fecha 22.06.94, Sala Político-Administrativa.

acto recurrido sino de efectos de otros actos que se han producido en forma indirecta por virtud de aquél.

También la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo¹⁶, dictaminó al respecto que:

Ciertamente, la existencia de un proceso no implica a priori la necesidad de que sean dictadas medidas preventivas; pero no cabe duda de que si presupone una potestad cautelar general por parte del juez para asegurar la ejecutividad de aquél. En efecto, de nada serviría disponer de facultades para componer la litis al final del proceso, si durante el proceso no se tuvieren adicionalmente las facultades necesarias para hacer posible esta definitiva composición procesal. Entonces, si el juez contencioso-administrativo puede disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, debe incluirse dentro de ello el poder cautelar general, establecido además de manera explícita en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

Esta reacción de la jurisprudencia patria que abrió el camino, ante un poder cautelar limitado a la mera suspensión de efectos de un acto particular, que evidentemente resultaba ineficaz frente a denegaciones, inactividad de la administración y abusos constantes de ésta, dan cuenta de la extensión que se ha dado al poder cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa, aún sin contar con la normativa apropiada a su naturaleza.

No cabría por tanto, acusar a la jurisprudencia venezolana de conservadora, como así lo ha hecho la doctrina francesa frente a decisiones del Consejo de Estado Francés que, a decir de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷, «reprocha abiertamente ya al Consejo de Estado no haber extendido a los procesos administrativos las técnicas ordinarias de référé del Derecho Privado». Por el contrario, en lo que a este respecto se refiere, los pasos de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa revelan el resuelto deseo por superar los anacronismos (en esta materia) de la normativa provisional que la ha regulado durante más de veintitrés años, muy a pesar de la opinión de muchos doctrinarios que niegan esta evolución e insisten en restarle el mérito que tiene.

En lo que debe tener mucho cuidado entonces el legislador, es en diseñar un procedimiento expedito que pueda darle cauce al poder cautelar en el contencioso administrativo, pues las confusiones o desaciertos se

¹⁶ Caso: Pepsi-Cola, Sent. de fecha 5.5.97, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

¹⁷ Ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Segunda Edición ampliada, Editorial Civitas S.A., 1992, p. 66.

han concentrado fundamentalmente en la forma o manera de conceder las cautelas.

Ilustrativa resulta al respecto, la polémica que se produjo con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por parte del Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia¹⁸. En este fallo de la jurisdicción constitucional, a pesar de anular la forma más breve y eficaz para dar rienda suelta al poder cautelar del juez contencioso la acción de amparo se interpusiere en forma conjunta con la de nulidad; así, en aplicación administrativo, también se reconoció que se disponían de tres maneras de ejercer su poder cautelar, cuando del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁹, que le otorga la potestad de aplicar el procedimiento que estima más conveniente dependiendo de la naturaleza del caso, la Sala Plena estableció que interpuesta la acción de amparo, podía optarse por:

- a. Tramitar la solicitud de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que obligan a un trámite más largo.
- b. Si la solicitud de amparo ha tenido por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, otorgarle el trámite del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la clásica medida cautelar del contencioso-administrativo venezolana.
- c. Si el amparo persigue la obtención de una medida cautelar de las previstas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarlo de conformidad con lo previsto en el Título II del Libro Tercero de dicho código.

Ante la prescripción de la sentencia, las alternativas señaladas no fueron acogidas del todo, por cuanto, a pesar de que al principio prefirieron algunos órganos de la jurisdicción, otorgar la cautela de acuerdo a lo previsto en el artículo 136 citado, pues que con la mayoría de las solicitudes de amparo conjunto se perseguía —y persigue—, la suspensión inmediata de los efectos del acto recurrido; sin embargo, se dio prefe-

¹⁸ Sentencia del 16.04.96 de la Sala Plena que anuló el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

¹⁹ *Artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*: «Cuando ni en esta Ley, ni en los códigos y otras leyes nacionales se prevea un procedimiento especial a seguir, la Corte podrá aplicar el que juzgue más conveniente, de acuerdo con la naturaleza del caso».

rencia al primer supuesto de la sentencia, esto es, a tramitar el amparo conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la referida ley de amparo.

Sin embargo, la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa siguió encaminada a darle cauce al poder cautelar, ratificando la tesis más ampliamente desarrollada por los españoles, y comenzó a interpretar que, precisamente activar plenamente el poder cautelar del juez contencioso administrativo, es una de las maneras como mejor se manifiesta o materializa el derecho a la tutela judicial efectiva.

Así lo afirmó la Sala Político-Administrativa en decisión de fecha 15.11.95²⁰. En esta decisión la Sala estimó que, no obstante que el amparo solicitado como medida cautelar no resultó el medio idóneo para el caso concreto, tanto el derecho a la defensa como a la tutela judicial efectiva, imponían al juez la obligación del pronunciamiento, para lo cual decretó la medida, como de seguidas, queda transcrito:

En consecuencia, a pesar de que el amparo cautelar solicitado por los actores —como antes lo ha señalado la Sala vrg. Sentencia del 28-04-94, caso Jairo Nixon Manzano—no resulta en principio el medio idóneo legalmente para ser ejercido en este tipo de juicios contra actos de efectos generales no normativos, considera la Sala, sin embargo, que ello no puede repercutir, de plano en la negación absoluta de la medida cautelar solicitada sino que, —en defensa del derecho constitucional a la defensa— debe acudirse al poder cautelar general que a todo juez, por el hecho de tener la atribución de decidir ejecutar lo juzgado le es inherente. Lo anterior, por cuanto una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada.

[...omissis...] En conclusión, de acuerdo a los artículos 68 de la Constitución, 588 del Código de Procedimiento Civil, y con lo señalado en las líneas anteriores, se dicta providencia cautelar en el presente proceso, por lo que, mientras se resuelve el juicio, se pida la provisión por el Consejo de la Judicatura de jueces titulares, en los cargos que ocupan los recurrentes...

La evolución jurisprudencial, ha seguido exhibiendo un resuelto empeño por dar sentido y vigor al desideratum de la justicia administrativa, al prescribir que ella queda satisfecha sólo tutelándola judicialmente en forma efectiva. Es así como esta efectividad que debe tener la tutela otorgada en sede jurisdiccional, vuelve a cobrar aliento con la sentencia dic-

²⁰ Caso: Lucía Hernández y Arnoldo Echeagaray Sentencia, Sent. del 15.11.95, Sala Político Administrativa.

tada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20.3.01, en la cual se ha establecido un nuevo criterio para el tratamiento de la acción de amparo conjunta con la de nulidad, a través de la cual, sólo se pretendía el decreto de una medida cautelar, usualmente la de suspensión de los efectos del acto impugnado. Dice textualmente:

La institución del amparo constitucional en Venezuela a partir de la publicación de la Constitución de 1961, consagra, por una parte, el derecho de todas las personas a ser amparadas en el goce y ejercicio de los derechos y garantías ahí previstos, incluso de aquéllos que no figuren expresamente en ella, y por otra, el deber que tiene el Estado a través de su función jurisdiccional, de otorgar amparo cuando ello sea procedente.

Concebida inicialmente esta institución como un derecho, que de conformidad con el artículo 50 de la Constitución de 1961, no debía ser menoscabado ni siquiera por falta de ley reglamentaria, por tratarse de una norma de carácter operativo y no programático (ver sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de octubre de 1993, caso: Andrés Velásquez), se habló entonces, de la necesidad de identificar esta figura con una acción o recurso, pues resultaba indudable que al encontrar consagración en el texto constitucional y habiendo sido establecido en conformidad con la Ley, su verdadera efectividad dependería de un instrumento normativo que impusiera la aplicación de un procedimiento breve, sumario e idóneo para el restablecimiento, de forma inmediata, de la situación jurídica infringida. Sobre esa base, tiene su origen la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales publicada el 22 de enero de 1988, la cual constituye, todavía después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el instrumento procesal fundamental para la satisfacción del derecho constitucional al amparo.

[...omissis...] Así, invariablemente ha entendido la doctrina del Alto Tribunal que en el caso de la interposición de un recurso contencioso-administrativo o de una acción popular de inconstitucionalidad de leyes y demás actos normativos, ejercidos de manera conjunta con el amparo constitucional, este último reviste un carácter accesorio de la acción principal, al punto de que la competencia para conocer de la medida de tutela viene determinada por la competencia de la acción principal.

Dentro de ese contexto, luce adecuado destacar el carácter cautelar que distingue al amparo ejercido de manera conjunta y en virtud del cual se persigue otorgar a la parte afectada en su esfera de derechos constitucionales, una protección temporal, pero inmediata dada la naturaleza de la lesión, permitiendo así la restitución de la situación jurídica infringida al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, mientras se dicta decisión definitiva en el juicio principal.

[...omissis...] En razón del análisis efectuado, se ve esta Sala en la necesidad de reinterpretar los criterios expuestos en la materia, particularmente en lo que concierne a la acción de amparo ejercida conjuntamente con la acción de nulidad, sin menoscabo del aporte jurisprudencial que

precede a los nuevos tiempos. Así, se considera que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial Nro. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, resulta de inmediata exigencia adaptar la institución del amparo cautelar a la luz del nuevo Texto Fundamental.

[...omissis...] En definitiva, que el examen de los principios constitucionales comentados, lleva implícito el reforzamiento del poder cautelar del juez contencioso-administrativo, particularmente, cuando actúa como árbitro dentro de un procedimiento en el cual se ventilan violaciones a derechos y garantías constitucionales.

Como consecuencia de este planteamiento, *resulta de obligada revisión el trámite que se le ha venido otorgando a la acción de amparo ejercida de forma conjunta, pues si bien con ella se persigue la protección de derechos fundamentales, ocurre que el procedimiento seguido al efecto se muestra incompatible con la intención del constituyente, el cual se encuentra orientado a la idea de lograr el restablecimiento de derechos de rango constitucional en la forma más expedita posible.*

Por ello, a juicio de la Sala, al afirmarse el carácter accesorio e instrumental que tiene el amparo cautelar respecto de la pretensión principal debatida en juicio, se considera posible asumir la solicitud de amparo en idénticos términos que una medida cautelar, con la diferencia de que la primera alude exclusivamente a la violación de derechos y garantías de rango constitucional, circunstancia ésta que por su trascendencia, hace aún más apremiante el pronunciamiento sobre la procedencia de la medida solicitada.

En tal sentido, nada obsta a que en virtud del poder cautelar que tiene el juez contencioso-administrativo, le sea posible decretar una medida precautelativa a propósito de la violación de derechos y garantías constitucionales, vista la celeridad e inmediatez necesarias para atacar la transgresión de un derecho de naturaleza constitucional.

Con tal objeto, y en tanto se sancione la nueva ley que regule lo relacionado con la interposición y tramitación de esta especial figura, *la Sala Político-Administrativa estima necesaria la inaplicación del procedimiento previsto en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por considerar que el mismo es contrario a los principios que informan la institución del amparo, lo cual no es óbice para que la Ley continúe aplicándose en todo aquello que no resulte incongruente a la inmediatez y celeridad requerida en todo decreto de amparo. En su lugar, es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares.*

Se justifica, entonces, que una vez admitida la causa principal por la Sala, se emita al mismo tiempo un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto, cumpliéndose así con el propósito constitucional antes acotado.

[...omissis...] En conclusión, propuesta la solicitud de amparo constitucional conjuntamente con una acción contencioso-administrativa de

nulidad, pasará la Sala, una vez revisada la admisibilidad de la acción principal, a resolver de inmediato sobre la medida cautelar requerida; debiendo abrirse cuaderno separado en el caso de acordarse la misma, para la tramitación de la oposición respectiva, el cual se remitirá junto con la pieza principal, contentiva del recurso de nulidad, al Juzgado de Sustanciación, a fin de que se continúe la tramitación correspondiente. Así se decide. (Resaltado nuestro).

Procedió de esta forma la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, a desaplicar los artículos 23, 24 y 26 de la Ley que regula el Amparo, prescindiendo del trámite allí previsto; y disponiendo que se otorgue el del Código de Procedimiento Civil, —después de acordada la medida— para continuar, en cuaderno separado, la eventual oposición a la misma o proceder a su revocatoria en los casos que corresponda.

Lo cierto es que ante los cambios jurisprudenciales y la falta de formulación normativa especial que rija la «jurisdicción cautelar»²¹ en el contencioso administrativo, los esfuerzos por brindar mayor espacio para que el poder cautelar se materialice, parecen en algunos casos no del todo útiles y, en otros, muy efectivos. Ello evidencia que, mientras no se cuente con una formulación legislativa apropiada, siempre se estará sometido al vaivén en el cual ha quedado circunscrita la tutela judicial, en materia de protección cautelar.

Ante este cambio legislativo inminente, deben tenerse en cuenta, además, otras circunstancias que rodean la potestad cautelar del juez contencioso, derivadas de la prudencia con la cual tiene que actuar en tales casos.

No debe soslayarse que, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha sido pacífica en considerar que la figura prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, (o las otras formas en que ejecuta el juez su poder cautelar) constituye una medida excepcional a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, derivados de la presunción de legalidad de la cual están investidas las actuaciones de la Administración.

Y en este sentido, ha destacado la jurisprudencia ²² lo siguiente:

²¹ Ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en la obra *Democracia, Jueces, y Control de la Administración*, ob. cit., p. 309. Recoge el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA lo expresado en un libro colectivo, dirigido por J. LENOBLE, *La crisi du jude*, Bruxelles, 1996, lo siguiente: «En menos de veinte años las medidas cautelares se han metamorfoseado. En primer lugar, cuantitativamente, la expansión ha sido considerable por no decir espectacular... Esta jurisdicción (cautelar), que en otro tiempo fue calificada de excepcional, puede preguntarse si no está a punto de suplantar a la jurisdicción ordinaria... Es sobre todo cualitativamente como las medidas cautelares se han transformado...».

²² Sentencia N° 63, del 6 de febrero de 2001, S.P.A. Expediente N° 930, caso: Aserca Airlines, C.A.

...por ello que su procedencia además de encontrarse sometida la apreciación prudente del juez, está supeditada a que se cumplan las condiciones exigidas por el legislador, a saber: que así lo permita la ley o que la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva, circunstancias éstas que deben ser alegadas y probadas por el solicitante.

En esta reciente decisión, que mantiene un pacífico criterio de la Sala Político Administrativa, se reitera la necesidad de revisar los requisitos de ley y deja a la «apreciación prudente del juez» el otorgamiento de la medida, con ello sólo se pretende insistir en la ponderación que debe usar el juez contencioso-administrativo a la hora de equilibrar el interés particular frente al colectivo.

Ello indica, que el poder cautelar del juez contencioso administrativo debe administrarse prudentemente. Toda potestad para otorgar cautela, tiene parámetros. Además de los propios de la prevención misma, esto es, evitar el perjuicio irreparable, prevenirlo, cumplidos como sean los requisitos que doctrinal y jurisprudencialmente se exigen, en el contencioso administrativo se tiene otra limitación: la de examinar exhaustivamente que ese riesgo manifiesto (*periculum in mora*) o la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) del accionante, que pueden estar claramente presentes en el proceso, no estén enfrentados, a la vez, con el interés colectivo.

El juez contencioso administrativo es un juez especial. Esta especialidad radica en la obligación que tiene de manejar claros criterios del alcance de sus decisiones. Y en aquéllas siempre va envuelta la noción de interés general, de conveniencia nacional, que no pueden quedar reducidas a meras evocaciones doctrinarias ni académicas, se trata de imperativos que debe atender la labor del juez contencioso-administrativo.

La salvaguarda del interés colectivo, que es el límite natural de esta jurisdicción, no puede seguirse viendo como la salvaguarda de los intereses de la administración de turno, es un principio rector de esta especial jurisdicción; de otra forma, ningún sentido tendría haberla confiado a jueces especializados, a jueces que sean capaces de establecer el equilibrio entre el interés del particular y el del general que se deposita en el resto del colectivo, a jueces que no permitan que esa administración de turno, enarbolando (sin fundamento jurídico) ese interés colectivo, aplaste al particular. No se postula, en estas notas, la idea de ceguera jurisdiccional frente al actuar (o no actuar de la administración), pues con ello tampoco tendría sentido un juez especializado, bastaría un juez con miedo en cualquier jurisdicción. Antes bien, el quehacer de esta «especial» jurisdicción deber tener por norte, circunscribir a la administración o

actividad administrativa, al marco de la legalidad, a un juez que, en uso prudente de ese poder, impida el autoritarismo.

Es por ello que, resulta conveniente e indispensable que, la extensión del poder cautelar del juez contencioso-administrativo, se perfile o diseñe bajo una normativa especializada, dentro del marco normativo que vendrá a regular esta jurisdicción, en el cual deben integrarse los criterios que le son apropiados, permitiendo la confección de un conjunto de disposiciones coherentes.

4. Exhortación constitucional para erradicar, como requisito de admisibilidad, el agotamiento de la vía administrativa en la jurisdicción contencioso administrativa y la de que las acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares no caducarán, si contienen vicios de nulidad absoluta

También la Exposición de Motivos del nuevo Texto Constitucional señala contundentemente:

De igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio. Aunado a ello la legislación deberá establecer expresamente que en caso de que un acto administrativo estuviere viciado de inconstitucionalidad o de algún vicio que acarree su nulidad absoluta, no operará en modo alguno, el plazo de caducidad para el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad...

Quedaría de esta forma como un derecho y no como un deber, el agotamiento de la vía administrativa antes del ejercicio de la acción jurisdiccional, permitiendo que el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa sea directo, si así lo prefiere el administrado. Se trata así, de una elección del administrado.

Esta potestad que el Constituyente propone en la Exposición de Motivos, no tiene otra justificación que no sea la de abrir aún más el acceso a la justicia. En efecto, el hecho de que quede en manos del administrado agotar los recursos administrativos o acceder directamente a los órganos jurisdiccionales, tiene, por un lado, la ventaja de instaurar el proceso judicial de inmediato; sin embargo, tiene la desventaja de no estimular el poder revisor que tiene la administración sobre sus propios actos. Ello, además, enfrenta a la administración a la posibilidad de ser «enjuiciada» sin permitirle la «dubitación» de si revoca o no su ilegal actuar o no ac-

tuar (ejerciendo su potestad de autotutela). La amenaza que penderá sobre sus hombros a partir de concretarse esta norma, debe tener un efecto, por lo menos, didáctico: la administración debe aprender a circunscribirse al marco de la legalidad en el cual se encuadra su actividad, pues ahora, ésta será revisada más temprano por el órgano jurisdiccional.

Se trata de una traba menos para acceder a la justicia, en busca de la tutela efectiva de los derechos de los administrados, que debe ser vista por la administración pública, como una respuesta a su inoperancia en cuanto al respeto de los derechos de los ciudadanos.

Al analizar esta expresión de «carga» que ya no tendrá el administrado, debemos referirnos a la reciente decisión dictada por la Sala Político Administrativa, en fecha 27.03.01, Caso:Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández, mediante la cual destacó:

2. *De la admisión del recurso de nulidad.* Siendo la oportunidad para pronunciarse sobre la admisión del presente recurso de nulidad, debe esta Sala en primer lugar, realizar unas consideraciones preliminares, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 124, ordinal 2, relativo al agotamiento de la vía administrativa, con motivo de las distintas concepciones que han surgido, en cuanto a este tema, con la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A estos efectos, se hace necesario determinar cuál es la razón para instituir los recursos administrativos como paso previo a la vía jurisdiccional. En ese sentido debe afirmarse que los recursos en sede administrativa no fueron concebidos por el legislador para imponer una carga al administrado, sino más bien, como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares.

De tal manera que, aun cuando en la práctica el ejercicio obligatorio de tales recursos, se ha considerado como una carga al administrado, debe señalar esta Sala, que tal concepción ha sido constreñida por la conducta irresponsable de funcionarios que, en sus quehaceres, lejos de enfrentar objetiva, imparcial y eficazmente el propósito del recurso, han desvirtuado la verdadera naturaleza del agotamiento de la vía administrativa.

En este orden de ideas, el administrado, al tener acceso a los recursos administrativos, puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, se busca con el ejercicio de estos recursos una pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración. En este sentido resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional.

[...omissis...] Por todos los razonamientos expuestos, considera esta Sala que el agotamiento de la vía administrativa exigido en el artículo 124 ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no vulnera en modo alguno el precepto constitucional establecido en el artículo 26 de la Carta fundamental. Así se declara.

Expone la Sala, la necesidad de no eliminar los recursos contencioso-administrativos, pues ellos constituyen vías para resolver las controversias e impedir que éstas invadan la sede jurisdiccional; sin embargo, los efectos prácticos de esta eximente, quedan circunscritos a la «liberación» que experimentará el administrado, al no exigírsele este requisito, cuya eliminación ciertamente no se propone ni se propugna, pero que constituido un gran peso en los hombros del administrado, sometido al quehacer administrativo de nuestro país, —y en la mayoría de los países que cuentan con un sistema similar de «poder revisor» de la administración pública sobre sus propios actos— cuya historia revela que en la jurisdicción administrativa, difícilmente la autoridad que la representa ve en los recursos administrativos una posibilidad de entenderse con el administrado.

Por el contrario, al resolver los recursos de reconsideración o jerárquico, actúan como si tramitaran un «perdón» administrativo (no nos referimos al recurso de gracia que pocas veces se utiliza), sin que nada nos induzca a pensar que efectivamente la administración está consciente que dispone de un Poder de Autotutela, que, además, no es sólo una potestad, es una de las obligaciones que tiene para salvaguardar la legalidad de su actuación, que, en principio, sólo ella conoce. Un poder de autotutela, que, a su vez, da vida al de revocación (con las limitaciones legales conocidas, por ejemplo, que no hayan creado derecho a favor de terceros), que la obliga entonces a volver sobre sus pasos, a revocar su actuación si observa que su motivación (o inmotivación) está reñida con la legalidad.

Por ello —se insiste—, aparte del efecto práctico de relevar al administrado de esta exigencia de agotar la vía administrativa, subyace un efecto didáctico, para que la administración cambie la cultura «autoritaria» que la ha identificado a lo largo de la historia, por una inspirada en la «ética pública» como «valor superior del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación», como textualmente lo propugna la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999. Una cultura inspirada, por tanto, en el respeto a la legalidad, y con ella, en el respeto ciudadano. Cultura administrativa que reconozca el carácter de ciudadano al administrado, y no de súbdito. En fin, una cultura basada en un «sistema de libertades» y no de sujeción o sumisión absolutas.

De otra parte, parece necesario que el legislador debe tomar todas las previsiones para que la distribución competencial en el contencioso administrativo se adapte a esta nueva realidad, pues la opción para impugnar directamente en sede jurisdiccional el acto administrativo de que se trate, de alguna forma afectará la actual distribución de competencias. En efecto, si a partir de que se concrete legislativamente esta novedad, el administrado podrá elegir entre ejercer los recursos administrativos o ir directamente ante el juez contencioso, podría ocurrir que las impugnaciones se produzcan sólo en el primer nivel, es decir, que se accionaría contra el primer acto, el cual al ser dictado por la primera autoridad de la pirámide jerárquica de la administración, determinará el tribunal competente para ello, que en estos casos lo serán los juzgados superiores de lo contencioso-administrativo, con lo cual se recargarían enormemente, por ello obliga a que la previsión legislativa para su nuevo diseño, también tenga en cuenta este aspecto.

En torno al tema de la caducidad, tal como lo plantea la Exposición de Motivos del nuevo Texto Constitucional, esto es, que ella no se produce si el acto impugnado contiene vicios de nulidad absoluta, conviene que el legislador considere la necesidad de establecer normas claras en esta materia, pues se corre el riesgo de confusiones que puedan producirse en la oportunidad de la admisión.

En efecto, si el accionante pretende que el acto cuya nulidad solicita no caducó es porque estima que contiene vicios de nulidad absoluta. Ante ello, surge una interrogante: ¿bastará con el solo alegato? Si es así, en la admisibilidad el juez no podrá revisar el lapso del cual se dispone para ejercer la acción. Se produciría una situación similar a la de la acción de amparo conjunta con nulidad, en la cual el artículo 5° exime de la constatación de la caducidad y de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, cuando se examinan las causales de inadmisibilidad de la nulidad.

Ahora bien, en el caso de la acción conjunta de amparo y nulidad, se dispone de una posibilidad: aquella que releva al juez de este examen sólo si el amparo ha prosperado. Frente a esta propuesta de la Exposición de Motivos del Texto Constitucional, para que la caducidad no se revise si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, debe entonces el legislador precisar en el procedimiento contencioso administrativo que se diseñe al efecto, cómo lograr la efectividad de tal mandato, teniendo en cuenta que le está vedado al órgano jurisdiccional correspondiente pronunciarse en la fase de admisibilidad, esto es, hacer pronunciamiento acerca de si efectivamente el acto cuya nulidad se solicita, contiene vicios de nulidad ab-

soluta, pues ello sería tanto como entrar a conocer por adelantado el fondo de la cuestión planteada.

Difícil tarea para el Legislador, que debe ponderar todos estos aspectos, pues se corre el riesgo de que se ejerzan acciones de nulidad de actos que encontrándose caducos y no conteniendo efectivamente vicios de nulidad absoluta, tan sólo al ser alegados estos vicios, deba otorgárseles el trámite procesal, ocasionando con ello más congestión en el Poder Judicial.

5. El uso de los medios de Resolución Alternativa de Conflictos en el Contencioso-Administrativo

El artículo 253 del Texto Constitucional de 1999, señala los elementos que integran el sistema de justicia venezolano, y al respecto dispone en su segundo aparte:

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, *los medios alternativos de justicia*, los ciudadanos o ciudadanas que participen en la administración de justicia, conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio. (Resaltado nuestro).

Por su parte, el artículo 258 de la Constitución, establece:

La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. (Resaltado nuestro).

Incorporar en el sistema de justicia los medios alternativos de resolución de conflictos, o los «medios alternativos de justicia», como prefirió calificarlos el Constituyente en el citado artículo 253, ha de interpretarse como una exigencia constitucional para que esta manera de resolver las controversias, prescindiendo de los tradicionales procedimientos judiciales, sea considerada en las nuevas legislaciones procesales y asumidas por quienes imparten justicia, como una obligación a ser propuesta a las partes en conflicto.

El uso de los medios alternativos de resolución de conflictos ha quedado reducido prácticamente a la voluntad de las partes, lo que justifica que su desarrollo legislativo se ha orientado fuera del proceso. Es así como puede observarse la proliferación de Centros de arbitraje o de concilia-

ción, que tienen por objeto tramitar fuera del poder judicial la solución de controversias.

Se les ha visto, por tanto, a los sistemas alternativos de solución de conflictos frente a los poderes judiciales, del otro lado de la acera; se les atribuye la bondad de llenar el vacío que han dejado aquellos poderes judiciales que no logran las expectativas de las partes para dar respuestas oportunas (no obstante no fueran adecuadas) a las controversias.

Ciertamente que el arbitraje, la conciliación y mediación se erigen como fórmulas modernas para descargar los poderes judiciales trabados por la lentitud, corrupción (como lo señala la Exposición de Motivos de la Constitución). Mas sin embargo, los sistemas de resolución de conflictos, han ido evolucionando ajenos a los poderes judiciales, con la excepción de que algunos de estos medios, desde antiguo, se diseñaron como forma de resolver controversias dentro de los procesos judiciales.

Es así como la conciliación o mediación en los ordenamientos jurídicos, han encontrado espacio, mejor desarrollado en nuestro país, en las jurisdicciones laboral y de familia (caso de la mediación del Juez en los juicios laborales, que es obligatoria; y la conciliación en los juicios de divorcio, que también tiene carácter obligatorio, como así lo disponen los artículos 117 de la Ley Orgánica del Trabajo y 756 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente).

De tal manera que esos medios de resolución alternativos de conflictos, o la justicia informal o comunitaria —como también se le ha denominado— tan útiles fuera de los juicios formales, pueden constituir una excelente herramienta para evitarle a la administración de justicia —y salvar a las parte— la tramitación de largos y tediosos procesos, cuyos resultados, en muchos casos, parecen evidentes desde su inicio, lo cual parece haber sido también la intención del Constituyente, al disponer que estos medios formen parte del sistema de justicia.

En la jurisdicción contencioso administrativa, acosada por el enorme y desproporcionado aumento de litigiosidad, debe verse con buena disposición la incorporación de estos medios alternativos de resolución de controversias, que en el caso concreto de esta especial materia, los adecuados serían: la conciliación o mediación, y sometidos obviamente, a la naturaleza del conflicto en cuestión, cuyo objeto es el control de la actividad administrativa.

Pocos son los países que han incorporado en sus legislaciones estos medios en los procedimientos contencioso-administrativos. En Colombia, encontramos el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución

de Conflictos, en cuyo Título VI, se dispone de un cuerpo normativo que regula la conciliación en materia contencioso administrativa.

Este Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos colombiano, contiene previsiones relativas a: las materias no susceptibles de conciliación, como por ejemplo la tributaria (parágrafo 2° del artículo 56); los efectos de la conciliación, las acciones por inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación, o la negativa a discutir.

Esta normativa otorga carácter de cosa juzgada al acuerdo conciliatorio y al auto aprobatorio del mismo. Regula también la obligatoriedad de la asistencia del Ministerio Público a las audiencias de conciliación; y diseña, en fin, el procedimiento conciliatorio y la competencia para su conocimiento en la Sala correspondiente.

En lo que a la conciliación judicial se refiere, en Colombia procede a solicitud de parte, ordenándose que la audiencia de conciliación se realice vencido el lapso probatorio, sin perjuicios de que las partes de común acuerdo soliciten su celebración en cualquier estado del proceso.

En nuestro país, no contamos con una previsión legislativa que oriente a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, en el uso de estos medios de resolución alternativa de conflictos; sin embargo, —tal y como se ha expuesto— constitucionalizados como se encuentran estos medios en la actualidad, bien vale la pena que el legislador examine las diferentes vías para concretarlos en el texto correspondiente, haciendo también de esta forma, efectiva la tutela judicial, a través de ellos.

Ya en nuestro ordenamiento jurídico contencioso administrativo podemos observar algunas fórmulas que se han diseñado precisamente para evitar el inicio de juicios inútiles. Y es así como, el antejuicio administrativo o procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, ha sido considerado²³ como un mecanismo procedimental cuya finalidad es la de precaver la instauración de litigios inútiles contra la Nación.

La jurisprudencia patria, no había dado al antejuicio administrativo esta connotación, esto es, como una forma de resolver alternativamente una controversia antes de demandar a la Nación; antes bien, se le relacionaba más con el principio de la decisión previa, el de firmeza de la decisión administrativa, en este caso, no propiamente de la firmeza de un acto

²³ Luis FRAGA PITTALUGGA. *El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos*. Cuartas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías, p. 156.

administrativo, sino la certeza de que la Administración se mantiene negada a reconocer aquello que sea objeto de la reclamación.

Sin embargo, por reciente decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia²⁴ ha ratificado a este procedimiento previo de instaurar demandas contra la República (so pena de su rechazo *in limine*, ordinal 5º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) su carácter de obligatorio, al expresar:

La indicada omisión del requisito del antejuicio administrativo, también puede ser alegada dentro de la cuestión previa en el ordinal 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, cuando la demanda es admitida sin percatarse el juzgador de su existencia. En este caso conviene precisar, que no se trata, propiamente, de que la ley prohíba admitir la acción propuesta, lo que la ley prohíbe es la demanda, mientras no se haya dado cumplimiento a tan importante requisito. La pretensión procesal tiene la correspondiente protección jurídica, no hay en verdad ausencia de acción ni prohibición de su ejecución, la cuestión procesal consiste en exigir el agotamiento previo de la reclamación administrativa, la cual puede evitar la vía jurisdiccional.

Con ello, parece claro que la jurisprudencia interpreta en este requisito, un deseo del legislador de que las reclamaciones contra la República se resuelvan en una instancia previa, una instancia de conciliación, que si bien no atiende a las características formales de la conciliación supone una oportunidad que tienen las partes de lograr un entendimiento.

V. CONCLUSIÓN

Los postulados o principios señalados en estas notas, ya elevados a rango constitucional, permiten confiar en una mejor y más apropiada legislación que regule nuestro contencioso-administrativo. Y así, tanto estos postulados como infinidad de temas, —difícilmente abordables en estas breves líneas— bien elaborados y estructurados, y adaptados a la idiosincrasia y cultura administrativa de nuestro país, darán soporte al nuevo texto legal.

La nueva ley orgánica, tendrá así la oportunidad, entre otras tareas, de:

- Diseñar una normativa apropiada para extender el poder cautelar del juez contencioso-administrativo.
- Eliminar el requisito de caducidad del elenco de causales de inadmisibilidad, de las solicitudes de nulidad de actos de efectos particulares, si los vicios de impugnación son de nulidad absoluta.
- Eliminar el requisito del agotamiento de la vía administrativa para acceder a la vía contencioso-administrativa, dejando éste como una opción del administrado.

²⁴ Sent. del 13.07.00, Nº 1648, S.P.A.

- Incorporar en el procedimiento contencioso-administrativo, los medios de resolución alternativa de conflictos.
- Tomar en consideración que sólo una nueva estructura organizativa, desconcentrará la labor de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que deberá expandir su radio de acción en todo el territorio nacional, advirtiendo las especificidades de cada región.
- Respetar el principio de la doble instancia en el diseño del procedimiento de los juicios contencioso-administrativos. Principio que, aunque no es de nueva data, cobró vigencia en esta jurisdicción, con motivo de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional el 14.03.00, caso ELECENRO y del 13.04.00 de la Sala Político-Administrativo, caso ELECENRO.
- Diseñar un procedimiento expedito para la ejecución de las sentencias en el contencioso-administrativo, fundamentalmente, el que se refiere a las condenatorias contra los entes del Estado, a través del cual, la tutela judicial se pueda hacer realmente efectiva.
- Proceder a la distribución de las competencias del contencioso general y especial, sirviéndose de la experiencia que en los últimos 23 años, han tenido los órganos de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, y de los indiscutibles aportes que ha proporcionado.

No parece haber más excusas para cambiarle el rostro a nuestro sistema contencioso administrativo. Es una tarea que no debe quedar reducida a la legislación, sino, y por encima de todo, apoyada por los jueces, a quienes les corresponde la inminente labor de entender los cambios y, desde luego, aplicarlos. A los jueces contencioso-administrativos, quienes deben responder al llamado de la enorme responsabilidad que tienen en el ejercicio de tan especial función.

Ojalá que efectivamente estos principios, que informan el sistema judicial, específicamente aplicados en el contencioso administrativo, ya más claramente acuñados en el nuevo Texto Constitucional, se conviertan en letra legislativa; ojalá que después de haberlos colocado en la cúspide de la pirámide de nuestro ordenamiento jurídico, los hacedores de la ley, no le teman al efecto práctico que esos postulados contienen; y, ojalá, que los jueces contencioso-administrativos, en la ejecución de aquellos principios, no duden en reconocer y sancionar las violaciones legales o constitucionales de la actividad administrativa y no teman, en definitiva, en constituirse —porque lo son—, en el mejor instrumento para hacer efectivo ese Estado de Justicia o de Derecho que diseña nuestra Carta Fundamental.

Garantías procesales frente a la inacción administrativa

LUBÍN AGUIRRE*

LA CONSTITUCIÓN de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante, CRBV) contempla entre los Derechos civiles de los ciudadanos el derecho de «petición, oportuna y adecuada respuesta». En su artículo 51 de la Carta Fundamental reza: «Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo».

Pretendemos examinar cómo operan los distintos medios procesales que los ciudadanos tienen para hacer frente a la no muy infrecuente conducta de los funcionarios de hacer caso omiso tanto de las peticiones que aquéllos hacen, como de las obligaciones y deberes que les impone el Ordenamiento en favor o de un administrado con quien la Administración ha trabado una relación jurídico administrativa, o bien en favor de una pluralidad indeterminada de sujetos.

Acertadamente se dice que las normas valen en tanto valen los sistemas de garantías para hacerlas valer. Así que no pasaría de ser superflua la disposición que garantiza a los ciudadanos una oportuna y adecuada respuesta de la Administración, si no contemplara el mismo Ordenamiento vías expeditas para reprimir el incumplimiento y dar una tutela judicial plena y efectiva a los ciudadanos respecto de sus derechos e intereses. No se olvide que la Constitución proclama que somos un «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia» en el que «toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses» y «a ser amparada por los tribunales en el

*Universidad de Carabobo, Profesor Titular, Contencioso Administrativo.

goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales» mediante un procedimiento «oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad».

INACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La denominada inactividad formal de la Administración alude al supuesto de no emisión de un acto administrativo por el que se responde a una petición o recurso incoado por un administrado, dentro de los lapsos legalmente previstos. Frente a esta situación, más frecuente cada día entre nosotros, tenemos que decir que los sistemas de control legalmente previstos en nuestro país, tienen inspiración en la vieja doctrina y jurisprudencia francesa que concibe al contencioso administrativo como un «proceso al acto», por lo que la técnica del silencio administrativo se adopta en análogo sentido al ideado por el legislador galo. Luego, al igual que en Francia, la ausencia de respuesta en tiempo legal por parte de la Administración a las solicitudes y recursos de los administrados, ocasiona la posibilidad de revisar judicialmente esa inactividad administrativa, dada la inexistencia de acto alguno que impugnar. Como nos dice PARADA: «si no existe un acto, se inventa uno desestimatorio de la pretensión o del recurso, para permitir el enjuiciamiento de la actividad que se oculta tras el silencio. De esta manera, se cumple con la regla de que el proceso contencioso necesita un acto: que es un proceso a un acto de la Administración».¹

En ese mismo sentido nuestro legislador (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículo 4, en lo sucesivo LOPA) ha presumido que presentada una solicitud o recurso y cumplidos determinados requisitos, fundamentalmente el transcurso de un plazo, sin que la Administración haya dictado un acto expreso, se produce como consecuencia un acto desestimatorio presunto para impedir que la inexistencia de una «acto previo» se erija en un obstáculo insalvable para la fiscalización judicial de la inactividad formal de la Administración.

Así que, en este supuesto de silencio frente a la petición de un acto, los remedios están a la elección del particular afectado, y son: impetrar la reclamación en vía administrativa mediante el empleo del recurso administrativo correspondiente para impugnar la ficción legal de acto tácito denegatorio en que consiste el silencio, o incoar la acción judicial contencioso-administrativa, vía procesal en la que tiene cabida, afirmándose la violación o amenaza de violación de algún derecho constitucional, la providencia cautelar de amparo constitucional que permitirá el resta-

¹ *Derecho Administrativo*, tomo I. Parte general. Octava edición. Editorial Marcial Pons.

blecimiento provisional de la situación jurídica infringida con el silencio. Igualmente podría adjuntarse la pretensión de una medida innominada, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) para impedir que la Administración con su conducta displicente cause una lesión grave o de difícil reparación al particular. En estos casos, en efecto, el auto del Tribunal, con los poderes constitucionales señalados en los artículos 27 y 259 de la Carta, puede arrogarse sin problemas las potestades de la Administración para «restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella...» (CRBV, artículo 27).

Sólo de esa manera, a nuestro criterio, pueden los Jueces y Tribunales cumplir la misión de otorgar al recurrente una «tutela judicial efectiva».

El eximio maestro Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, refiriéndose, por cierto, a los poderes de un juez contencioso administrativo, nos apunta lo siguiente respecto al viejo mito de que constituye usurpación de funciones el que un Tribunal contencioso-administrativo en su fallo asuma competencias propias de la Administración:

... Los viejos mitos siguen desempeñando un papel importante en este punto. Concretamente, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuya estricta y simplísima funcionalidad nunca se insistirá bastante, proyecta también su sombra en este aspecto contribuyendo a recortar las virtualidades que institucionalmente son inherentes al proceso como instrumento que es de satisfacción de pretensiones. En base a una interpretación mitificada del carácter revisor de la jurisdicción se tiende, en efecto, a afirmar que los Tribunales contencioso-administrativos no pueden sustituir a la Administración reformando los actos o disposiciones impugnadas... Esta actitud no está justificada técnicamente... y es además, gravemente equívoca. Es cierto, en efecto, que un juez no es quién para decidir por dónde debe ir una carretera... Pero para explicar esto, que es así, obviamente, y así debe seguir siendo, no hay necesidad de acudir a los viejos tópicos... de la prohibición de su plantar a la Administración, como se viene haciendo tradicionalmente. Basta atenerse a lo que constituyen los límites objetivos del proceso que al juez corresponde resolver dentro de los cuales entra el restablecimiento pleno de la situación jurídica anterior del recurrente...²

Ahora, ¿puede un particular intentar frente a un silencio administrativo una acción de amparo autónoma con la sola petición de que la Administración contumaz dicte el acto petitionado?... creemos que sí, ya que estaríamos frente a una violación directa de la Constitución, como lo es, la negativa a pronunciar un acto dentro del plazo que da la Ley. Por eso, podemos concluir que en nuestro país el «Derecho de petición y oportuna respuesta»,

² *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Cuarta edición, Editorial Civitas, p. 637.

elevado a rango constitucional, es un Derecho fundamental de los ciudadanos perfectamente restablecible por la vía del amparo constitucional.

Desde luego, la solución anterior se da en los casos en que el silencio tiene efecto denegatorio de la petición. Pero en ciertos casos excepcionales, como por ejemplo, en materia urbanística y de ordenación del territorio, por disposición expresa de la Ley, el silencio tiene atribuido efectos positivos. Vale decir, que la inactividad frente a la petición de un acto formal autoriza al peticionario a actuar según lo pretendido.

Una aberración que con frecuencia vemos en el comportamiento de los funcionarios es la de creer que el silencio viene instituido a favor de ellos y no como garantía de los administrados, y a menudo creen que esta figura del silencio administrativo es como una especie de patente de corso que les permite no decidir si no les da la gana.

Lo importante del enfoque hasta aquí expresado es el de que frente a un «no acto» el recurso contencioso-administrativo de jurisdicción plena lo que persigue es, no sólo que se declare la nulidad de ese acto tácito, sino que el Tribunal verdaderamente supla con el fallo la inactividad de la Administración y dé satisfacción a la pretensión del administrado.

Nos hemos preguntado qué pasa si el interesado no impugna judicialmente el acto tácito en el plazo de seis meses que da la Ley y después se produce la desestimación expresa. ¿Se reabre el plazo de seis meses para la impugnación de ese nuevo acto?. Nuestra jurisprudencia venezolana ha estimado que sí. Pero en la jurisprudencia española se ha hecho la salvedad de que, en caso de existir terceros con intereses opuestos, debe negarse toda eficacia a la resolución tardía dando por buena la situación consolidada a través de la técnica del silencio.

En resumen, podemos decir, que el silencio negativo, por el marcado carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tiene como fundamento el permitir a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente a la vía jurisdiccional, en virtud de que dicho carácter revisor exige la consumación de un acto previo para poder acceder a los tribunales.

Por su parte el fundamento del silencio positivo es sustancialmente distinto. El silencio positivo responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, evitando los perniciosos efectos que la desidia de la Administración pueda tener sobre la operatividad de dichos sectores o ámbitos. La aplicación del silencio positivo tiene un doble efecto inmediato, como nos recuerda Ernesto GARCÍA TREVIJANO³, por

³ *El silencio administrativo en la nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Editorial Civitas, Monografías, p. 23.

un lado incentiva a la Administración a resolver de manera expresa si quiere evitar que el administrado por el simple transcurso de un plazo, quede legitimado para actuar en el sentido pedido. Por el otro, permite que el interesado actúe de acuerdo con lo solicitado con la garantía de que se encuentra respaldado por un verdadero acto administrativo declarativo de derechos y por lo tanto irrevocable.

En nuestro país el efecto negativo del silencio es la regla (LOPA, artículo 4), mientras que el efecto positivo es la excepción. En otros Ordenamientos como en el español, hoy día, en la nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, el silencio administrativo tiene un efecto exclusivamente positivo.

INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Otro específico sector sometido a control jurisdiccional es la doctrinariamente denominada inactividad material de la Administración, la cual nos define GONZÁLEZ PÉREZ, citando a GÓMEZ PUENTE como la «omisión de actuaciones materiales, físicas o intelectuales, de carácter externo y su naturaleza jurídica que constituye la prestación de un servicio o realizar una función de atención de objetivos o satisfacción de intereses públicos».⁴

No es infrecuente este tipo de conductas en la Administración consistente en negarse tácita o expresamente a cumplir obligaciones o deberes que le han sido impuestos por la ley, o por los contratos suscritos por ella, o por actos administrativos firmes, causando tales omisiones la lesión a derechos e intereses de los administrados.

No se trata propiamente del deber genérico de decidir o de pronunciar un acto formal frente a una instancia o petición de un administrado, sino, como expresamos antes, se trata de realizar actuaciones materiales o intelectuales para satisfacer necesidades públicas, las cuales le son inquiridas por el particular menesteroso. Ejemplos: la petición de que sea removido un obstáculo que impide la circulación por una vía pública; la petición de que se ejecute la demolición de un inmueble construido ilegalmente, y lo cual ha sido ya establecido en acto definitivamente firme que puso fin al procedimiento de demolición.

Pero puede acontecer que la omisión de cumplir con su deber u obligación prestacional cause al administrado una lesión a un derecho funda-

⁴ *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Ley 29/1998, de 13 de julio. Tomo I, Tercera edición, Editorial Civitas, p. 716.

mental, caso en el cual no necesitará agotar ninguna vía administrativa para reclamar la satisfacción de su derecho, si acumula a su recurso contencioso administrativo de «carencia o abstención» previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, una acción de amparo cautelar, según lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ahora, la situación antes expuesta presupone, a nuestro juicio, que la obligación o el deber pretendidos por el particular a la Administración están en discusión. Es decir que, por una parte, el administrado alegue su existencia y virtualidad, y por la otra la Administración la niegue. Desde luego, en este caso se precisa de un juicio de cognición o declarativo para que el Tribunal sentencie si la susodicha obligación existe o no. Acotándose que en nuestro Ordenamiento no hay previsto un procedimiento específico para ventilar este tipo de asuntos, por lo que, los jueces, a su sano arbitrio pueden, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, escoger el procedimiento que consideren más adecuado a la satisfacción de la pretensión. Incluso, hay situaciones tan urgentes que pareciera que ningún procedimiento se ajusta a ellas. Pensemos por ejemplo el caso de un paciente a quien se ha diagnosticado la necesidad de una intervención quirúrgica, y la autoridad hospitalaria hace caso omiso a la petición de aquél.

Ahora, por otra parte tenemos el supuesto, no demasiado infrecuente tampoco, de que la obligación incumplida por la Administración es incuestionable porque, por ejemplo, dimana de un acto administrativo firme con fuerza de título ejecutivo, o de circunstancias objetivas incontesables. Dicho en otras palabras, ¿qué pasa cuando no está en discusión la existencia del deber u obligación de la Administración a favor del administrado?, como en el caso antes citado del paciente hospitalario. En tal caso, la doctrina es conteste en reclamar la necesidad de un procedimiento ejecutivo, como en el proceso civil, para que judicialmente se condene a la Administración a decidir.

Desde luego, no hay dudas de que si el incumplimiento de esa obligación o deber ostensible por parte de la Administración causa al particular el menoscabo de un derecho fundamental, la vía adecuada es la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, acción en la que, al igual que en el proceso ordinario caben también medidas cautelares innominadas sin que estén necesariamente llenos los requisitos del CPC, artículo 585, según lo estableció la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia 520 del 7 de junio de 2000, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, que dejó sentado que

el Juez puede dictar esas medidas innominadas «utilizando para ello las reglas de la lógica y las máximas de experiencia».

GONZÁLEZ PÉREZ, el insigne procesalista español, siguiendo el esquema antes explanado nos hace la siguiente distinción: 1) *Que la obligación de realizar la actividad por parte de la Administración no sea objeto de litigio, por ser incuestionable, o estar decidido por acto firme y ejecutivo*, supuesto en el cual —dice— no tiene sentido tener que seguir un proceso administrativo declarativo para decidir acerca de la obligatoriedad de la Administración a dar o a hacer. En tal caso —sugiere el autor— lo que procedería sería estructurar un proceso administrativo ejecutivo, *o entender aplicables —extendiendo su ámbito— las normas sobre ejecución de sentencias*, y 2) *Que no esté definida previamente la obligatoriedad*, caso en que pueden darse dos supuestos:

- a. Que, por la naturaleza de la prestación, no se requiera acto formal previo para reconocer el derecho a ella. Así la utilización de un servicio público por quien reúne las condiciones estimatorias para ello; y
- b. Que el conflicto se plantee precisamente sobre el derecho del administrado a la prestación (v. gr., si reúne las condiciones para una prestación de la Seguridad Social).

Nos apunta GONZÁLEZ PÉREZ que la estructuración de un proceso administrativo especial para decidir si efectivamente existe la obligación de realizar la actividad dependerá de la naturaleza de ésta y de la urgencia. En nuestro Ordenamiento disponemos de medios suficientes para garantizar la celeridad y efectividad de las reclamaciones judiciales frente a la inactividad de la Administración, empleando adecuadamente la vía del recurso contencioso administrativo contra las conductas omisivas, conjuntamente con la acción de amparo para obtener un rápido pronunciamiento a favor de nuestra pretensión y una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas, como manda la Constitución.

Hacia un *ius publicum commune* europeo

RICARDO ALONSO GARCÍA*

«La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también los ciudadanos», de manera que «independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su ordenamiento jurídico».

Son palabras bien conocidas del Tribunal de Justicia en el Caso 26/62, Van Gend en Loos.

Un año más tarde, en el Caso 6/64, Flaminio Costa, el Tribunal profundizaría en la idea del Derecho Comunitario como un nuevo ordenamiento jurídico al destacar que

...a diferencia de los tratados ordinarios, el Tratado CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. Creando una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o de una transferencia de poderes de los Estados miembros a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, creando así un cuerpo de Derecho aplicable a sus ciudadanos y a ellos mismos.

En definitiva, la Comunidad Europea y el Derecho producido en su seno constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*, distinto tanto del Derecho Internacional como de los Derechos de los Estados miembros en los que, no obstante, se integra.

* Universidad Complutense de Madrid, Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario.

Visión ésta del Derecho Comunitario en cuanto ordenamiento jurídico autónomo proclamada a comienzos de la década de los sesenta que ha encontrado respaldo en las más altas jurisdicciones de los Estados miembros, dato éste de extrema importancia pues no debe olvidarse que es en los ordenamientos jurídicos nacionales donde encuentra no sólo su origen a través de las correspondientes cesiones de soberanía, sino también su propio destino por cuanto es en ellos donde está llamado a integrarse.

Desde una perspectiva estructural o institucional, la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario se traduce en que la Comunidad, dotada de personalidad jurídica, cuenta con sus propias instituciones y órganos, habilitados para generar su propio Derecho conforme a sus propias reglas, todo ello bajo el control último de sus propios órganos jurisdiccionales, a saber, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

Y, desde una perspectiva sustantiva, hay que tener en cuenta que el alcance de ese Derecho en los Estados miembros se rige por principios también propios del sistema, básicamente por los de primacía y eficacia directa, completados en los últimos tiempos por los de seguridad jurídica y responsabilidad de los Estados frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de sus infracciones del Derecho Comunitario, cuyo efecto último es modular e incluso desplazar las categorías jurídicas nacionales a través de categorías comunes europeas.

Al mismo tiempo, no obstante, las referidas perspectivas deben completarse con una visión del ordenamiento jurídico comunitario como sistema de integración, también desde una doble perspectiva.

Desde una perspectiva estructural o institucional, el ordenamiento comunitario requiere, verticalmente, el complemento de los Estados miembros, asociados al proceso normativo comunitario a través de la intervención de las autoridades públicas nacionales, ejecutoras del Derecho generado por las instituciones comunitarias, tanto en su vertiente de depuración del Derecho nacional con él incompatible, como de desarrollo de sus disposiciones que no sean *self-executing*; asociación que adquiere caracteres de papel estelar en la fase aplicativa de las disposiciones comunitarias, en la que las Administraciones nacionales actúan, como regla general, como brazo ejecutor bajo el control de los jueces nacionales, en su caso en estrecha colaboración con el Tribunal de Justicia a través de esa pieza angular de todo el sistema que es la cuestión prejudicial regulada en el artículo 177 del Tratado, actual artículo 234 tras la reforma de Amsterdam.

Desde una perspectiva sustantiva, los Derechos nacionales también se presentan como elemento esencial en la configuración del ordenamien-

to jurídico comunitario, en especial en la configuración de los principios generales del Derecho que el Tribunal de Justicia va elaborando vía jurisprudencial, sentencia a sentencia.

El origen del recurso por el Tribunal a los Derechos de los Estados miembros se encuentra en el antiguo artículo 215 TCE, 288 tras Amsterdam, conforme al cual, «en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

Adviértase, pues, que el actual artículo 288 proclama el principio de responsabilidad extracontractual de la Comunidad (subrayo de la Comunidad, que no de los Estados miembros), pero renuncia a establecer su régimen jurídico, limitándose a apuntar la metodología a seguir para establecer dicho régimen: el recurso al Derecho Comparado, esto es, el análisis de los respectivos regímenes jurídicos de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros para, a partir de los problemas planteados en esos regímenes nacionales y de las soluciones en ellos propuestas, ir elaborando a golpe de sentencia del Tribunal de Justicia el propio régimen comunitario de responsabilidad.

Sucede que esta metodología del recurso al Derecho de los Estados miembros, prevista en principio para la responsabilidad extracontractual, se generalizó tempranamente como herramienta habitual de trabajo del Tribunal de Justicia, de manera que cada vez que el Tribunal se encuentra ante un problema sobre el que el Derecho positivo Comunitario guarda silencio o resulta insuficiente a los efectos de su solución, recurre a los Derechos nacionales, analizando el tratamiento que éstos dan al problema planteado de manera similar en el ámbito estrictamente interno, pues debe tenerse en cuenta que, en última instancia, tanto el Derecho Público comunitario como los Derechos públicos nacionales se inspiran en la misma filosofía, que no es otra que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre las prerrogativas de las autoridades públicas y la esfera jurídica inviolable de los individuos, o lo que es igual, la consecución del eficaz servicio del interés general con la menor mengua posible de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos. A partir de ese análisis de los Derechos nacionales, el Tribunal procede a la construcción de la síntesis europea, a la luz de la especial naturaleza del ordenamiento jurídico comunitario.

Esta metodología seguida en la configuración de los principios generales del Derecho Comunitario se sigue igualmente, por lo demás, en la configuración de esos principios de especial relevancia que son los derechos fundamentales y las libertades básicas de los individuos: «la Unión», es-

tablece el artículo 6 TUE (ex artículo F), «respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (firmado en Roma en 1950 en el marco del Consejo de Europa), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario».

Así pues, incidencia esencial de los Derechos nacionales en la configuración del Derecho Comunitario el cual, muestra de la interacción jurídica permanente en que consiste la integración europea, revierte a su vez sobre esos mismos Derechos nacionales en un efecto que podríamos denominar *boomerang*, pues no hay que olvidar que los principios generales del Derecho Comunitario así elaborados vinculan no sólo a las Instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros en la medida en que actúen como brazo ejecutor del Derecho Comunitario.

Todo ello, en un clima en el que encontramos manifestaciones de una cierta uniformización jurídica, máximo exponente de la interacción entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales, en un doble plano: por un lado, uniformización, en el marco comunitario —esto es, de los sectores de la vida jurídica cubiertos por el Derecho Comunitario—, del *modus operandi* tanto de las instituciones comunitarias como de los poderes públicos nacionales en su faceta de ejecutores del Derecho Comunitario, sometidos tanto aquéllas como éstos a unas mismas reglas de juego; por otro lado, fuera del marco comunitario —esto es, en los sectores de la vida jurídica nacional que no entran en el radio de acción comunitario—, formación de un *ius commune* de naturaleza jurídico-pública, cuya funcionalidad consistiría no tanto en desplazar, suplantándolos, a los Derechos nacionales (como sucede en los sectores cubiertos por el Derecho Comunitario), como en actuar como un molde al que éstos se irían acomodando progresiva y asistemáticamente, de manera que los Estados miembros seguirían elaborando y aplicando su *ius publicum proprium*, pero ya no de forma aislada o autónoma, sino a la luz de ese *mos europaeus*.

De estas reflexiones puede deducirse mi firme convencimiento de que si bien la Comunidad Europea y el Derecho por ella producido deben ser objeto de un estudio especializado, en la medida en que constituyen un ordenamiento *sui generis*, dicho estudio exige la base de una sólida formación en Derecho Público interno, y, en la medida de lo posible, una aproximación al Derecho Público de los demás Estados miembros, si no se quiere caer en una visión sesgada de la integración en que consiste el fenómeno comunitario al limitarla al escalón europeo, omitiendo el imprescindible escalón nacional.

Pero veamos en concreto cómo se articula este fenómeno de interacción permanente de ordenamientos en que consiste la integración europea cuya máxima expresión es la progresiva homogeneización de las reglas de juego que presiden el comportamiento de los poderes públicos, sean éstos comunitarios o nacionales, y en el caso de éstos, a través de la mencionada faceta del Derecho Comunitario en cuanto *ius publicum commune*, ya actúen en sectores conectados con el ordenamiento jurídico comunitario, ya lo hagan en sectores ajenos al mismo.

Ya vimos cómo el Tratado, en el actual artículo 288, proclama el principio de responsabilidad por los daños y perjuicios que la actividad de la Comunidad pueda generar a los particulares. Nada dice, en cambio, acerca de la responsabilidad de los Estados miembros por los daños y perjuicios que sus infracciones del Derecho Comunitario puedan generar a los particulares. El silencio del Tratado a este respecto no impidió, sin embargo, su proclamación por el Tribunal de Justicia en 1991. Este principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, proclamado en términos muy generales, tuvo no obstante que esperar hasta 1996 para verse consolidado y detallado en su funcionamiento mediante cinco nuevos pronunciamientos a través de los cuales el Tribunal, no exento de dudas y vaivenes, perfiló su régimen jurídico.

Entrar en el análisis pormenorizado de dicho régimen nos alejaría en exceso del objetivo más global aquí y ahora perseguido de reflexionar acerca de la progresiva configuración de un Derecho Común Europeo, en origen Comunitario, pero destinado a armonizar, con carácter general, los Derechos Públicos nacionales.

Y centrados en dicho propósito, destacaré, por lo pronto, que son los propios Derechos nacionales los que, ante el silencio del Tratado, sirvieron de fundamento al Tribunal para la proclamación misma del principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, principio que, señaló el Tribunal, no era sino «la expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado», obligación que alcanzaría a las autoridades públicas por «los daños causados en el ejercicio de sus funciones».

Y al pasar al terreno de las concretas reglas que conformarían el régimen de responsabilidad de los Estados, el Tribunal desembocó en la homogeneización antes mencionada, asumiendo como premisa que dichas reglas serían de aplicación ante situaciones similares con independencia del origen, comunitario o nacional, de la autoridad pública infractora.

También hay que destacar, en segundo lugar, que los regímenes nacionales de responsabilidad pública, además de seguir jugando un papel esencial, en cuanto fuente de inspiración, en la configuración de las reglas de responsabilidad de la Comunidad y, en virtud del principio de homogeneización, de las reglas de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho Comunitario (lo que exige un permanente seguimiento de las evoluciones de aquéllos a los efectos del desenvolvimiento de éstas), son una herramienta de primer orden en cuanto Derecho directamente aplicable.

Me explico. El régimen de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario elaborado vía jurisprudencial por el Tribunal de Justicia, no deja de ser un estándar mínimo de protección a favor de los particulares. Así pues, dicho régimen, que es un régimen comunitario, desplaza a los regímenes nacionales de responsabilidad pública en la medida en que éstos resulten más restrictivos para el particular. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos regímenes nacionales que excluyan la responsabilidad del legislador, el cual, según el régimen comunitario, es tan responsable frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de las infracciones del Derecho Comunitario como el resto de los poderes públicos nacionales. Ahora bien, si la legislación nacional establece, en un contexto puramente interno, condiciones más favorables en orden al reconocimiento de la responsabilidad de los poderes públicos, existe no ya la posibilidad, sino la obligación, de aplicarlas en el marco de la actividad de los poderes públicos nacionales en ejecución del Derecho Comunitario. Tal sería, por ejemplo, el caso de las indemnizaciones «ejemplares» previstas en Derecho anglosajón frente a comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de las autoridades públicas (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*), habiendo sostenido el Tribunal de Justicia al respecto que «en la medida en que estos comportamientos pueden ser constitutivos de una violación del Derecho Comunitario o agravarla, no cabe excluir la concesión de una indemnización por daños y perjuicios de dicha clase en el marco de una reclamación o acción fundada en el Derecho Comunitario cuando el derecho a la referida indemnización pueda ser reconocido en el marco de una reclamación o acción similar basada en el Derecho interno».

Ello implica, en definitiva, que al tiempo que se profundiza en la incidencia que el régimen comunitario de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario tiene en los sistemas jurídicos nacionales, no debe descuidarse el estudio de los propios regímenes nacionales de responsabilidad, en cuanto fuente inspiradora en la configuración y evolución de aquél y, en su caso y en los términos ex-

puestos, regímenes directamente aplicables si resultan más protectores para el individuo que el comunitario.

Pasando del terreno de la responsabilidad pública al terreno de la protección de los derechos y libertades fundamentales, sabido es que la Comunidad carece de un *Bill of Rights*, esto es, de un catálogo escrito a tales efectos.

Distintas teorías se han barajado acerca de los motivos de tal carencia. Por encima de ellas, destaca la realidad de que difícilmente podía imaginarse en los años cincuenta que el nivel de incidencia del Derecho Comunitario en la vida jurídica de los ciudadanos fuera a alcanzar tal intensidad como para que el Tribunal tuviera que enfrentarse, como ha sucedido en la década de los noventa, por citar ejemplos significativos, con la compatibilidad de la libre prestación de servicios con el derecho a la vida del *nasciturus* consagrado constitucionalmente en un Estado miembro y la correlativa prohibición de difundir información acerca de clínicas donde el aborto es legalmente practicado en otro Estado miembro, o la compatibilidad del respeto a la vida privada con la realización de pruebas aptas para la detección del *AIDS* sin consentimiento del afectado, o, en fin, la compatibilidad del despido laboral de un transexual con la discriminación por razón del sexo.

Esta ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales no podía implicar, como es lógico, ausencia de limitaciones de los poderes comunitarios frente a la esfera jurídica de los ciudadanos; por otro lado, las garantías ofrecidas a éstos por sus respectivos textos constitucionales, hacían peligrar la primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos internos.

En tal contexto, surge en la década de los sesenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proclamando el respeto por la Comunidad de los derechos fundamentales, elaborados por el propio Tribunal a partir de los convenios internacionales sobre la materia, en especial el ya mencionado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, y de los textos constitucionales de los Estados miembros.

Con estos instrumentos de trabajo como fuente de inspiración (que, más allá del terreno jurisprudencial, han impulsado la elaboración de la recientemente proclamada en Niza *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, nueva fuente también de inspiración, al no vincular por el momento jurídicamente ni a la Unión ni a los Estados miembros), el Tribunal debe llevar a cabo una cuidadosa política judicial tendente, en primer lugar, a superar el estándar mínimo de protección que deriva

del Convenio Europeo, el cual, no debe olvidarse, en ningún caso excluye estándares superiores de protección de los Estados Parte.

Salvado el escalón del Convenio, el Tribunal debe asumir que son los hipotéticos estándares superiores de protección ofrecidos por los ordenamientos jurídicos nacionales los llamados a presidir su política judicial en este terreno.

Ello porque resulta necesario asumir que es la protección del individuo la cuestión crucial en el ámbito de los derechos humanos, lo que implica la necesidad de un discurso no tanto desde una perspectiva de imposición uniforme del Derecho Comunitario a costa de niveles elevados de protección de los derechos y libertades de los individuos en su caso establecidos en los textos constitucionales de los Estados miembros, como desde una perspectiva impulsora de la integración de un Derecho europeo social y jurídicamente más avanzado, en el sentido de dirigido hacia la consecución de las necesidades sociales que reclama el interés general, a través de una intervención efectiva y eficiente de las autoridades públicas utilizando los medios menos onerosos para el igualmente respetable estatuto jurídico del individuo, especialmente de su más íntimo y sagrado núcleo que los derechos fundamentales y las libertades básicas buscan proteger.

Más aún, asumiendo esa política judicial, resultará consolidado el principio mismo de primacía del Derecho Comunitario. En efecto, teniendo en cuenta que, una vez que un derecho fundamental es asumido por el Tribunal de Justicia como inherente al ordenamiento jurídico comunitario, debe ser respetado no sólo por las Instituciones comunitarias, sino también por los poderes públicos nacionales en su faceta de ejecutores del Derecho Comunitario, parece evidente que en la medida en que se vaya configurando un *corpus* europeo de derechos y libertades con un nivel de protección más elevado que el ofrecido por los ordenamientos jurídicos nacionales, difícilmente podrán éstos reaccionar contra un Derecho que garantiza más que su propio Derecho los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es más, en la medida en que los propios ciudadanos adviertan un mayor nivel de protección de sus derechos y libertades que el ofrecido por su propio ordenamiento jurídico, difícilmente estarán dispuestos a renunciar a tal nivel de protección frente a la actividad de los poderes públicos nacionales desconectados del Derecho Comunitario. Con otras palabras, manejadas en el seno del propio Tribunal de Justicia: «en la medida en que el Derecho Comunitario es directamente aplicable en la esfera interna, parece poco probable que los Tribunales nacionales vayan a operar por debajo de los estándares comunitarios al aplicar los derechos funda-

mentales, incluso en materias que nada tengan que ver con el Derecho Comunitario».

En el caso español, por lo demás, esta tendencia está rodeada incluso de un tono imperativo, al establecer el artículo 10.2 de la Constitución que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», lo que incluye, según jurisprudencia constitucional, el catálogo de derechos y libertades construidos vía jurisprudencial en el marco jurídico comunitario.

Extensión, pues, del Derecho Comunitario, a modo de *ius commune*, más allá de los sectores jurídicos de la vida interna por él cubiertos, que, de manera progresiva y asistemática, va haciéndose realidad, como demuestra, por ejemplo, el principio general de confianza legítima.

Dicho principio, bien conocido en los ordenamientos jurídicos alemán y holandés, fue en un determinado momento asumido por el Tribunal de Justicia como propio del ordenamiento jurídico comunitario, lo que implicaba obligación de su respeto no sólo por las Instituciones comunitarias, sino también por los Estados miembros no familiarizados con el mismo, en su faceta de ejecutores del Derecho Comunitario.

Tal fue el caso de España, donde el principio de confianza legítima fue poco a poco impregnando la mente de los operadores jurídicos, incluidos abogados y jueces, hasta el punto de comenzar a ser invocado ante y aplicado por los tribunales en sectores por completo ajenos al Derecho Comunitario. Y de la jurisprudencia, ha pasado finalmente al terreno del Derecho positivo, habiéndose incorporado en la reciente Ley de 1999 de reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya Exposición de Motivos destaca la consagración del principio de confianza legítima, «bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo», entre los principios generales que deben presidir, con carácter general (esto es, con independencia de su conexión con ámbitos cubiertos por el Derecho Comunitario), la actividad de las Administraciones Públicas.

En definitiva, y con ello concluyo, el ordenamiento jurídico comunitario, aun siendo un ordenamiento jurídico «autónomo» tal y como fue calificado por el Tribunal de Justicia hace casi cuatro décadas, sigue en permanente interacción con los ordenamientos jurídicos nacionales, en un proceso dialéctico de mutua influencia que incluso excede de los límites marcados por las competencias cedidas por los Estados a la Comu-

nidad, añadiendo a la libre circulación de mercancías, servicios, capital y trabajo, esencia del mercado interior, una enriquecedora libre circulación de principios y técnicas jurídicas sobre la que debe asentarse, en última instancia, una *conciencia europea*, imprescindible para avanzar, como preveía ya el Tratado de la Comunidad en 1957, en la primera frase de su Preámbulo, hacia «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos».

La Teoría de la Forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ*

I. CUESTION PREVIA

PARA ABORDAR EL TEMA anunciado es menester, primero, hacer una breve referencia a la importancia de la forma para el Derecho y, segundo, a la noción de formalidad, a fin de evitar los equívocos frecuentes en esta materia, provocados por la distinta significación jurídica que se le atribuye.

En las Sociedades evolucionadas es necesario que el Ordenamiento Jurídico provea al tratamiento preventivo de la Seguridad Jurídica, no sólo sin recurrir para ello a la institución del proceso, sino procurando que el entramado normativo e institucional que se despliega a tal fin sirva, además, por su propia eficacia, para ahorrarse la conflictividad procesal, cuya inflación es muy inconveniente para la Sociedad.

Pues bien: ¿cuál es a tal efecto el recurso alternativo? Sencillamente la Forma. Esta es la noción-nuclear del Derecho administración formal, como la noción de proceso lo es para el Derecho procesal; o la de acto administrativo lo es para el Derecho administrativo material.

En efecto, al preguntarse Francois GENY qué es lo que produce en las institucionales sociales su transformación en jurídicas, decía que ese «algo» es la Forma (en el sentido de regulación identificadora), de la cual la «solemnidad» sólo es un ejemplo aislado y concreto (*Science et technique en Droit privé positif*, París, Tomo III, pp. 16-17).

* Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Católica del Táchira, Profesor en los cursos de Post-grado.

Así, para el autor GENY, Forma

es todo elemento sensible que reviste exteriormente un fenómeno natural y de cuya concurrencia depende en alguna medida, según las exigencias de la organización jurídica del tiempo y lugar, la efectividad de la creación, modificación, extinción o transferencia de un derecho socialmente sancionado como subjetivo. La Materia es el elemento «dado» por la sociedad; la Forma, lo elaborado o aportado «artificialmente» por la técnica del Derecho, lo cual no significa en absoluto que esté sustraída a la razón natural de las cosas. (ob. y vol. cit., p. 96).

Y cuando más adelante GENY aborda el tema del formalismo y la publicidad, se aparta explícitamente de la generalizada reacción que sólo ve en tales recursos, el residuo de un instinto primitivo y considera su marginación síntoma de progreso. Por el contrario, GENY calibra en el formalismo lo que tiene de recurso técnico, reconociéndole gran relevancia para un mejor ejercicio de la jurisprudencia natural, al potenciar la reflexión y la adecuación, y reforzar por tanto la libertad civil (ob. y vol. cit., p. 96).

Por último, al efectuar el autor GENY el análisis de la evolución histórica del «sentido de las formas», en el que sigue claramente a IHERING, concluye en que la función moderna de la Forma es la corrección de los riesgos de los excesos del espiritualismo, y con ello revela su naturaleza de artificio técnico jurídico, reforzado a veces de simulaciones y ficciones con las que potencia su efecto. La Forma no es, por ende, un recurso arcaico; sino moderno, imprescindible al Derecho, y cuyo objetivo real es «asegurar la seguridad» (certeza y firmeza) que es uno de los fines esenciales del Derecho (ob. cit., p. 116).

Con esta concepción, el autor GENY enlaza claramente la de la «función de la forma como instrumento de los procesos institucionalizadores u organizadores de lo jurídico», que percibió netamente un tiempo después otro pensador del Derecho Santi ROMANO. Este autor, tras indicar que las instituciones desempeñan la misión de «reducir a sistema y unificar» una serie de elementos (posiciones subjetivas, cosas y energías), destinándolos a fines pertinentes y generales en un contexto de garantías, poderes, sujeciones, libertades y frenos, añade que el hecho sólo de su organización implica por sí el fenómeno de la juridicidad, igual que, a la inversa, nada que carezca de organización es Derecho; y seguidamente vincula esa idea con la de Forma al sostener: «De ahí el acierto de la doctrina que sostiene que es la Forma —y no el contenido material, indiferente— la esencia estructural del Derecho; pues sólo es ajurídico o antijurídico lo que permanece individual, antisocial, no plasmado en su Forma, y a través de ella, estructurado y ordenado en una institución». *El Ordenamiento Jurídico*, Madrid, I.E.P., 1963, p. 131.

Por su parte, IHERING en una obra que es uno de los monumentos del pensamiento jurídico de todos los tiempos, sostiene que las formalidades de los actos jurídicos son instrumentos para potenciar la facilidad y la certeza en la aplicación de los derechos. La Forma facilita y asegura los «diagnósticos jurídicos» y, además, generan autocontrol, que es el antídoto a la irreflexión, peligro que según IHERING, la Forma despeja gracias a que presenta las ventajas siguientes: en primer lugar, constituye una prueba clara de la existencia de la voluntad; en segundo lugar, evita decisiones precipitadas; y, por último, la formalidad hace posible extender los efectos, al llevar a todos el conocimiento de los actos formales. No obstante, el propio IHERING es consciente de que la Forma presenta desventajas consistentes, tanto en el peligro en que se pueda incurrir en un vicio de forma, con las perjudiciales consecuencias; como la incomodidad, porque no siempre resulta fácil observar las formalidades prescritas. (R. VON IHERING, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, París, 1877, 3^a. Ed., Tomo III, p. 55).

Así las cosas, sería muy difícil superar la defensa que IHERING, GENY y ROMANO hicieron de la Forma institucional. Esta rememoración de tan ilustres juristas es traída a colación porque por fuerza, este tema de la relación entre la Libertad y la Forma, es central en un análisis estimativo del efecto de la *formalidad* y la *informalidad* dentro de un contexto como el del procedimiento administrativo y el de las relaciones jurídico-administrativas, dinámico hasta más no poder.

Dinamismo éste que está llevando al procedimiento administrativo y, por consiguiente, a las garantías inherentes al mismo, por una senda equivocada y peligrosa para las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados. En efecto, el talante de «falsa modernidad» del informalismo ha llevado en plenos tiempos actuales a nuestra jurisprudencia, a propuestas del siguiente orden: la denominada *teoría de la pérdida de los efectos invalidantes de los vicios formales*, que analizaremos más adelante.

II. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Se nos ha dicho que la clásica contraposición entre la Forma y el fondo constituye la traslación al mundo del Derecho de la discusión filosófica entre forma y materia, distinción que en el Derecho administrativo tiene una particular relevancia. De ahí la necesidad de analizar lo que es la Forma, para luego hablar sobre la trascendencia en este campo, donde las consecuencias prácticas se ponen de relieve con más evidencia.

En efecto, la diversa utilización de vocablos aconseja una previa precisión terminológica, ya que la pluralidad de sentidos con que es utilizada

la palabra *formalidad* repercute dañinamente al ser empleada en el Derecho. Para evitar fáciles confusiones, conviene distinguirlos conforme al hecho a que se refiere la formalidad y a la eficacia que se le atribuye, de manera muy breve.

- i. En primer lugar, la expresión formalidad sirve para designar la importancia que concede el Ordenamiento positivo a la apariencia exterior de los actos jurídicos. Por extensión, se habla de Derechos formalistas para referirse a los Ordenamientos donde esos aspectos externos tienen una importancia muy considerable para determinar la validez de los actos jurídicos.

En este sentido se habla de formalidad o formalismo de los Derechos antiguos o primitivos, en los cuales la observancia de ciertos ritos o formalidades, tales como el pronunciar palabras determinadas, el número exacto de testigos, etc., condiciona la validez de los actos jurídicos.

- ii. En segundo lugar, tenemos la acepción de formalidad o informalidad como falta de conexión entre el mundo de las reglas, normas y conceptos que parecen constituir el Derecho, y la vida social que el Derecho pretende regular. Es, pues, el desfase entre lo establecido y la conducta social efectiva.
- iii. Por último, señalamos una acepción que se refiere a una limitación del Poder Público, en su manifestación del Poder Ejecutivo. En efecto, el Poder Ejecutivo debe actuar con sometimiento pleno al Derecho y garantizar la posición de los particulares frente a la Administración Pública. Generalmente esto se conoce en el Derecho administrativo como *principio de legalidad administrativa*, y el Estado que actúe conforme a ese principio se le denomina Estado de Derecho.

Esta última acepción es la que nos interesa especialmente, ya que la formación de la voluntad de los órganos de la Administración Pública no se produce en el orden interno, ni por lo tanto, de la misma manera en que opera en el individuo o persona física, sino que de ordinario requiere de un «*iter*» procedimental, es decir, de una serie de ritos-forma, sin los cuales aquélla no puede producirse.

En ese sentido, las disposiciones que sobre la Forma contiene la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) pueden referirse, de dos maneras: en abstracto, como garantía genérica de la legalidad de la actuación administrativa (forma como *institución jurídica*); y en concreto, en cuanto elemento formal que integra junto con otros la estructura

del acto administrativo (forma como *elemento*). En el último sentido, la Forma se definiría contraponiéndola al fondo del acto administrativo.

Por tanto, en el primer caso, la Forma juega como garantía de la *legalidad externa*, global y abstractamente considerada, mientras que en el segundo caso es necesaria, en cuanto forma parte de la *legalidad interna* del acto administrativo.

Por todo cuanto se acaba de exponer, todas las consideraciones que de ahora en adelante se efectúen, deberán entenderse referidas a la Forma como cauce formal o proceso de formación de la voluntad administrativa (*formalidad adjetiva*) excluyendo, por tanto, su forma de expresión una vez creada (*formalidad sustantiva*).

Pues bien, la única garantía que con carácter previo se puede establecer para tratar de asegurar el respeto del *principio de legalidad* consagrado en el artículo 137 de la Constitución vigente, es definir *a priori* los distintos «pasos» que han de seguirse en el proceso de formación de la voluntad, esto es, exigir que los actos jurídicos de la Administración Pública se adopten conforme a un procedimiento administrativo formalizado.

La señalada extensión de la Forma al campo del Derecho administrativo sirve, por sí sola, para justificar cómo en este orden aquélla adquiere mayor trascendencia y especiales matices, y cuyo análisis abordamos de seguidas.

III. LA FORMA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El imperio de la Forma, afirma JELLINEK, es más intenso en el Derecho administrativo por la especial naturaleza del sujeto, del ente que no crea ni manifiesta la voluntad, ni desarrolla la acción, sino por medio de formas; ni actúa, ni afirma su existencia, ni es capaz sino por la representación y en la forma establecida por la Ley (cit. por GARCÍA-OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, Madrid, Vol. II, p. 60).

Al mismo tiempo, la más estricta exigencia de la Forma en el campo del Derecho administrativo, tiene su razón de ser en la función de *garantía* que las formalidades están llamadas a ejercer en las modernas organizaciones estatales, pues como señala ALESSI, es una función de garantía que arraiga en los orígenes mismos de la ciencia jurídica administrativa, porque ésta nace como producto de un Estado que desconfía del Poder Público (*Instituciones de Derecho Administrativo*, 1970, Barcelona, p. 273).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a esta noción de «procedimiento-garantía» en los siguientes términos:

La necesaria observancia del procedimiento *ad hoc* administrativo, en cualquiera de sus fases, o judicial, ha sido justamente puesta de relieve por la teoría jurídico-pública en atención a su carácter de «garantía» para los particulares y, que observa la Corte, aún para la propia Administración autora del acto ocurrido. De ahí que la doctrina acostumbre a referirse al procedimiento, utilizando la expresión procedimiento-garantía. (Sentencia adoptada en Corte Plena, de fecha 25-07-84, caso «Société Maritime Shell» en Gaceta Forense N° 125, Vol. 1, 3ª. Etapa, pp. 57 a 69).

Sentencia de la Sala de Casación Civil del 7 de Julio de 1993, JCSJ/EPT, 1993, N° 7-9; CSJ/SPA: 10-03-87, RDP; N° 30-151; 23-05-88, RDP, N° 35-109; 10-08-89, RDP, N° 39-117

Sobre la base de esta función de garantía —de los derechos del administrado y de la eficacia de la Administración— se ha planteado incluso, desde la vertiente procedimental, la cuestión de si en este campo debería o podría aplicarse la regla de la Libertad de Forma, en el sentido de que donde una norma especial no establezca lo contrario, el procedimiento no necesita de Forma, o bien si debería regir el principio contrario.

En efecto, la distinción entre, por un lado, la Libertad de Forma y, por el otro, la sujeción a formas, da lugar a la distinción entre *procedimiento administrativo formalizado* y *procedimiento administrativo no formalizado*, donde es el elemento de libertad el que decide la cuestión.

En todo caso, la idea que interesa retener es la de que hay casos en que el fin que persigue la actuación administrativa ha de lograrse siguiendo un cauce ritual diseñado por el Legislador, el cual ha indicado en qué momento han de realizarse todas y cada una de las formalidades que integran el procedimiento de que se trate (*procedimiento formalizado*), mientras que hay otros casos —los menos— en que no está legalmente señalado el «*iter*», sino que éste lo fija en cada caso el instructor atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía (*procedimiento no formalizado*), de lo cual es una muestra una sentencia del Alto Tribunal que citamos a continuación:

Cuando la Ley crea formas especiales para el cumplimiento del acto administrativo, quiere decir que el acto debe estar rodeado de todas aquellas garantías necesarias para que pueda producir su efecto. Mas, es necesario que la misma Ley establezca de manera categórica, las formas en que ha de cumplirse, y sólo así es, cuando el acto cumplido fuera de esas formalidades legales llega a estar viciado de nulidad. Pero, cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más convenientes y racional el

funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración...

CFC-SPA: 07-12-37, M. 1938. p. 374; CFC:07-12-37, M. 1938, p. 374.

Ahora bien, en el Derecho administrativo, la evolución del *valor* de la Forma se caracteriza por pasar, de una concepción rigurosamente formalista que lleva a calificar a los vicios de forma como vicios de orden público, a otra concepción claramente informalista en la que la regla general va a ser, no ya la nulidad sino la anulabilidad.

El carácter marcadamente formalista de los orígenes del Derecho administrativo tiene su razón de ser en que para ese momento, la Forma constituye una garantía de legalidad de la actuación administrativa, la cual siendo ésta limitada, va a tener escasa influencia en el tráfico jurídico; empero, esto va a cambiar a medida que la Administración Pública extiende sus poderes de intervención prácticamente a todos los sectores de la vida social, que de exigir las formas con el rigor que en sus orígenes se le otorgó, lejos de ser una garantía se convertiría en un auténtico obstáculo al desenvolvimiento de las relaciones jurídico-administrativas, con perjuicio tanto del interés público como de los concretos derechos e intereses de los administrados.

Sin embargo, con ello no se quiere significar que la Forma no tenga hoy valor para el Derecho administrativo, sino que tiene valor sólo en la medida que resulta necesaria para alcanzar el fin que a través de esa determinada formalidad, la Ley quiere garantizar.

Por tanto, la premisa de la que habremos de partir es que la Forma no es sólo un instrumento al servicio de la legalidad de fondo. Esta, por supuesto, es una de sus finalidades, pero no la única. Por ello, para determinar si la infracción formal ha impedido al acto administrativo alcanzar algunos de los fines que el Ordenamiento le encomienda, no basta con comprobar si el contenido del mismo es correcto a pesar del vicio de forma, sino que es necesario averiguar: (i) si la vulneración del requisito formal ha impedido al acto lograr alguno de los fines que con su emanación el Ordenamiento pretende conseguir; y (ii) si no se ha causado lesión en el ámbito de los derechos subjetivos de los administrados (CSJ/SPA: 03-10-90, RDP, caso *Alí Madrid Guzmán*, N° 44-128).

Ahora, la diversidad de fines que a través de la Forma se pretenden alcanzar, impide establecer una consecuencia jurídica idéntica para todos los supuestos en que se infrinja la Forma predeterminada por la Ley. Por tanto, partiendo de la afirmación general válida que cabe adelantar de que, la Forma tiene transcendencia en la medida en que no se logre el fin que a través de la misma se pretenda conseguir, procederemos a analizar una

jurisprudencia que, no por el hecho de que no haya merecido la atención de la doctrina venezolana, no deja de constituir un precedente peligroso para la función específica del procedimiento administrativo, de ser garantía jurídica de los derechos de administrados frente a la Administración Pública y, de manera capital, del derecho fundamental de defensa.

IV. LA FORMA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA

De ordinario, la importancia de una institución se destaca no solamente por la enunciación de su existencia y la serie de requisitos o circunstancias que la hacen viable sino, más específicamente, por la fijación de los efectos, en particular, por defecto o ausencia. Evidentemente, no hay mejor modo de conocer la importancia que realmente tienen la Forma y las normas de procedimiento administrativo en un Ordenamiento Jurídico, que atendiendo a las consecuencias que a su infracción se anudan. Las precisiones que sobre el tema del derecho fundamental de defensa vamos a realizar, nos sirve para mostrar nuestra disconformidad con la minusvaloración que de las secuencias del vicio de Forma, se pretenden derivar en nuestro país.

Al respecto observamos que el reconocimiento de un «derecho a las formas» es una idea que se encuentra presente en el Derecho administrativo desde sus orígenes, y que GARCÍA DE ENTERRÍA aludiendo a «un derecho a las formas procedimentales», sostiene la atribución de una acción en protección de las formas y trámites, lo que supone inequívocamente un verdadero derecho subjetivo reaccional, cuya pretensión se dirige contra la Administración Pública, a la que así se impone, la observancia rigurosa de las formas (*Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 108). Sin embargo, este «derecho a las formas» o «derecho a la formalidad» como también lo denomina BREWER-CARÍAS (*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 1982, Caracas, p. 122), no sólo se encuentra olvidado sino, lo que es peor, radicalmente combatido desde la propia jurisprudencia.

Ahora bien, no vamos a realizar una valoración general de la Forma en el Derecho, de manera abstracta y absoluta, sino el valor de la Forma en el procedimiento administrativo, para lo cual es necesario averiguar cuáles son las funciones que dicha institución jurídica le asigna.

Es sabido que el procedimiento administrativo no sólo constituye un instrumento de garantía de la corrección del obrar administrativo, sino que también cumple la importante función de constituir un medio de garantizar que la Administración Pública respete los derechos de los administrados. Finalidad de garantía que es la esencia misma del procedimiento

administrativo y una exigencia ineludible del Estado de Derecho. Esta sería, pues, en términos generales, la función del procedimiento administrativo como un todo considerado, en cuanto institución jurídica.

Ahora bien, si la exigencia de actuar siguiendo un procedimiento administrativo es la primera de las garantías que el Ordenamiento exige, no es la única, puesto que a su vez, las concretas *formalidades* que configuran el procedimiento administrativo van a ser también garantías de legalidad, sólo que tienen la peculiaridad de perseguir cada una un fin específico.

De manera que hay que distinguir dos supuestos distintos: (i) el vicio de procedimiento constituido por la omisión de toda garantía formal; y (ii) el vicio de procedimiento constituido por la infracción de alguno de los concretos trámites que componen el procedimiento administrativo.

De todo lo que ha sido dicho hasta el momento, es necesario insistir en que los distintos trámites o formalidades que componen el procedimiento administrativo, además de garantizar la legalidad interna del acto, tienen otras finalidades asignadas, tan o quizás más relevantes para el interés público que el directamente perseguido por el acto administrativo. Por tal razón, parece necesario reconocer que la Forma tiene un valor para el Derecho, y más en concreto para el procedimiento administrativo.

Así, se puede concluir que la Forma tiene un valor institucional que permite considerarla como el instrumento jurídico que tiene encomendado satisfacer otros fines que el Derecho considera relevantes, y que sólo a través del procedimiento administrativo se pueden llegar a alcanzar.

Una de las funciones que tradicionalmente se asigna a la Forma, es la de constituir una garantía para los administrados de que la Administración Pública actúe respetando sus derechos e intereses, lo que se traduce en el derecho fundamental de defensa.

Ahora bien, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, en nuestro texto fundamental existe un derecho de rango constitucional de defensa, es decir, caracterizado por el nivel normativo superior en el que se encuentra incorporado, con una serie de *importantísimas* consecuencias para la Administración Pública como destinataria de la norma constitucional, que son las que interesa establecerse y estudiar.

En efecto, primeramente el derecho fundamental de defensa, es predicable, no sólo ante el Poder Judicial, sino que resulta de la aplicación a toda la Administración Pública en los términos de nuestra jurisprudencia que se transcriben a continuación:

«Garantía fundamental del Estado de Derecho, debe la Administración en su actuar, garantizar a todo ciudadano que pueda resultar perjudicado en su situación subjetiva, el ejercicio del derecho a la defensa, concediéndole la oportunidad para que alegue y pruebe lo conducente en beneficio de sus derechos e intereses. De esta forma, y como la manifestó este Alto Tribunal en sentencia del 08-05-91 (caso: «Cancro» y «Ganadería El Cantón»), el derecho a la defensa, consagrado genéricamente en el artículo 68 de la Carta Magna, es «extensible (en) su aplicación tanto al procedimiento constitutivo del acto administrativo como a los recursos internos consagrados por la ley para depurar aquél» (véase además la decisión del 26-04-93, caso: «Radio Rochela»). Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 8 de septiembre de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Ducharne Alonzo, caso Universidad Nacional Experimental Simón Bolívar, en el expediente N° 10.033, JCSJ/EPT, 1993, N° 8/9 – 9 En el mismo sentido: 26-05-94, caso Arnoldo José Echegaray Salas, JCSJ/EPT, 1994, N° 5-65; 08-08-94, caso Carlos Villarroel Díaz, JCSJ/EPT, 1994, N° 8/9 – 106; 01-10-96, JCSJ/EPT, 1996, N° 10-13.

En este último caso, resulta importante precisar que el artículo 49 de la Constitución de 1999 ha constitucionalizado el criterio jurisprudencial (TSJ-SPA: 17-02-2000; 25-05-2000); así, el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública como manifestación concreta del genérico principio de defensa constitucional pretende únicamente garantizar que ésta actúe sin perjudicar los derechos e intereses de los administrados, por el ejercicio indebido de las potestades administrativas.

La dificultad comienza, sin embargo, a la hora de descifrar que interpreta la jurisprudencia por indefensión, cuando en el supuesto de un acto administrativo cuyo contenido material está ajustado a Derecho, pero que durante la tramitación del procedimiento administrativo se ha vulnerado alguna de las formalidades que tiene como fin garantizar el ejercicio del derecho de defensa de los interesados en alguna de sus manifestaciones: derecho a ser oído (art. 32, LOPA); el derecho de acceso al expediente (art. 59, LOPA); el derecho a obtener copias certificadas (art. 59, LOPA); derecho a la motivación (art. 9, LOPA), etc. La pregunta que nos hacemos es ¿puede considerarse válido el acto administrativo dictado en tal circunstancia?

Por la afirmativa se pronuncia la jurisprudencia de la que es una buena muestra la doctrina contenida en sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, cuando sienta: «La Sala Político-Administrativa ha aceptado pacíficamente la teoría de la pérdida de los efectos invalidantes, a medida que los interesados van interviniendo y dando desarrollo al proceso

administrativo». CSJ/SPA: 10-08-93, caso José A. Correia RDP, N° 55/56-227.

Para luego terminar afirmando la relatividad del derecho fundamental de defensa por efecto de «la intervención del administrado, primero en sede administrativa y ahora en esta jurisdicción contencioso-administrativa». CSJ/SPA: 16-10-91, RDP, N° 48-129.

Debemos notar que desde el punto de vista de tal interpretación, lo que va a determinar la nulidad del acto no es que la Administración Pública haya actuado creando la indefensión, sino si se ha privado al administrado de la posibilidad de defenderse, sin importar, si el derecho de defensa lo ejerce ante la propia Administración Pública o ante los tribunales administrativos. Así, la propia jurisprudencia parece reconocer el distinto alcance que puede tener el derecho de defensa según se ejerza ante la Administración Pública o ante los Tribunales.

Con tal forma de entender la prohibición de indefensión resultaría que, la falta de audiencia o la omisión del trámite de prueba no van a constituir un vicio del procedimiento, ya que el interesado va a tener siempre la posibilidad de: (i) impugnar la decisión en sede administrativa; o (ii) impugnar la decisión en sede judicial.

No deja de resultar paradójico que el derecho fundamental de defensa haya pasado, de tener casi un carácter sagrado o sacramental —objeto incluso de protección reforzada mediante el amparo constitucional— a ser considerado por la propia jurisprudencia como una mera irregularidad no invalidante o, al menos, convalidable.

En nuestra opinión, aún admitiendo la tesis del principio instrumental de la Forma, no constituye fundamento jurídico bastante para justificar, la relatividad del derecho fundamental de defensa que se pretende deducir en la vía administrativa.

Esta sentencia, siguiendo la tesis informalista equipara de modo erróneo, el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo que se trata de dos manifestaciones distintas del principio de defensa.

Al respecto es oportuno transcribir una sentencia del Tribunal Supremo español, que establece una doctrina que conviene tener en consideración, cuando sostiene:

Entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso-administrativo no existe un *continuum* en el que la indefensión producida en un momento pueda subsanarse en otro, sino que el primero es

cualitativamente diferente del segundo, y sus respectivos contenidos no pueden extrapolarse de uno a otro.

Terminado el procedimiento administrativo *ex post* del mismo y ya fuera de él, no pueden subsanarse los vicios producidos *ex ante* de la resolución que le puso término, siendo el análisis por la jurisdicción uno de los posibles motivos del recurso contencioso-administrativo en el que se impugne la validez de un acto producido sin las garantías jurídicas exigibles.

(TS: 22-02-90. Art. 774).

De lo anterior se desprende muy enfáticamente que, la defensa procesal posible ante la jurisdicción administrativa, no elimina la realidad ni la significación jurídica de la lesión al derecho fundamental de defensa producida ante la propia Administración Pública.

Por tanto, el criterio de la sentencia señalada conduce prácticamente a la eliminación de la eficacia jurídica del vicio de procedimiento y, más concretamente, de la indefensión, pues en la medida en que todos los actos administrativos por virtud del principio de la universalidad del control que consagra el artículo 259 de la Constitución vigente, son susceptibles de impugnación judicial, la oportunidad de defensa en vía judicial subsanaría tal lesión, lo que es todo un absurdo, siendo tal criterio subsanatorio inaceptable si se piensa que la mayoría de los amparos constitucionales que se siguen contra la Administración Pública y que se declaran con lugar, es con fundamento en la lesión o amenaza de lesión al derecho fundamental de defensa ante la propia Administración Pública.

V. VICIO DE INDEFENSIÓN Y LA NULIDAD ABSOLUTA

En el campo específicamente administrativo, el tema debe plantearse, esencialmente, a la vista de la LOPA y, concretamente, acerca de la regulación de los vicios de procedimientos en ella contenida en el artículo 19, ordinal 4º, *ejusdem*, siendo de recordar que, aparentemente, el defecto formal en el Derecho administrativo, para nuestra doctrina y jurisprudencia dominante, no va más allá de la anulabilidad. Esta última ha sostenido que: «(...) el criterio dominante es considerar que no todo vicio de procedimiento determina la invalidez de los actos, sino los esenciales o que produzcan indefensión de los interesados, es decir, que se carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o producir la indefensión de los interesados» (CPCA (Acc): 06-10-81, *Revista de Derecho Público*, Nº 8-97. En el mismo sentido: CSJ/SPA: 13-03-97.

Señalaba LAFERRIERE que a cada una de las formalidades corresponde, en el pensamiento del legislador, un medio de evitar un error, de impedir una injusticia, de asegurar la madurez y oportunidad de la decisión;

de tal manera que el acto administrativo sólo se presume correcto, si todas las formalidades exigidas han sido respetadas. Esa es la idea general que preside la nulidad por vicio de forma (*Traité de la juridiction administrative*. París. T. II, p. 520).

Por tanto, conviene tener presente que para que el derecho fundamental de defensa sea efectivo, no basta con consagrar en las normas de procedimiento administrativo ciertas formalidades que traten de garantizar el mismo ante la Administración Pública. Es necesario, además, asegurarle su efectivo cumplimiento por parte de la Administración Pública, lo que sólo se puede lograr sancionando con la nulidad todo acto —incluido aquel cuyo contenido es conforme a Derecho— que haya sido dictado sin respetar el referido derecho fundamental de defensa, sin perjuicio de exigir responsabilidades disciplinarias al funcionario que incumple el deber de actuar conforme a la legalidad. De no ser así, la Administración Pública terminaría por prescindir de las formalidades en que se concreta el derecho fundamental de defensa.

La función de garantía que desempeña el procedimiento administrativo sería en sí misma, una finalidad de interés general que se antepone al concreto fin público que pueda perseguir el acto administrativo. Por ello su infracción siempre debe sancionarse con la nulidad, incluso si el contenido de dicho acto es conforme a Derecho.

Por tanto, sancionar con la nulidad al acto administrativo que haya incurrido en una infracción formal que derive en una situación de indefensión frente a la Administración Pública, constituye el único medio de asegurar ese derecho de rango constitucional. Es claro que en estos casos, la vulneración del requisito formal que tiene por función hacer efectivo el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública, aún siendo el contenido del acto administrativo correcto, no le permite cumplir válidamente el resultado práctico al que está destinado.

Esa sanción de nulidad debe comportar que el vicio de forma: (i) haya situado al administrado en una situación real de indefensión; y (ii) que dicha indefensión no puede ser subsanada en sede administrativa.

En tales casos, la sanción de nulidad actúa como una medida disuasiva respecto de la Administración Pública, para lograr que respete escrupulosamente los trámites que garantizan el específico derecho fundamental de defensa en el procedimiento administrativo, pues de otro modo se convertiría a los preceptos legales que regulan la Forma en el procedimiento administrativo, en meras recomendaciones que el legislador da a la Administración Pública para la gestión del interés público. Por tanto,

creemos que en virtud del principio de imperatividad, la obligatoriedad de las normas del procedimiento administrativo no ofrece dudas.

Ciertamente —como señaló IHERING— en los casos en que el vicio de forma determina la invalidez de un acto jurídico cuyo contenido material sea válido, los efectos del formalismo son más visibles que sus ventajas, pues «se hace notar más intensamente que en los que en la forma ha cumplido su función tutelar», pero estas ventajas, a pesar de que sean menos visibles, son mayores que los beneficios que se derivarían de la ausencia de formalismo.

VI. CONCLUSIÓN

Llegados al término de estos comentarios cabe preguntarse ¿a qué conclusiones podríamos arribar?

Como señala el autor MONTERO PUERTO, cierto que el hábito no hace al monje, pero cierto también que el rito y la liturgia sirvan a la fe, como el rito en la Justicia y en la Administración Pública sirven a la libertad y a la garantía. (*Teoría de la forma de los actos jurídicos en Derecho Público*, Ed. Marfil, S.A. 1973), pues no en vano sostiene IHERING que, enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad (cit. por Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO, en *La formalidad y la informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas*).

No tenemos inconveniente en defender la Forma, por lo cual no debe acusárenos de estar haciendo un canto a la Forma, ni tampoco pretendemos una vuelta al formalismo o, lo que es peor, al «formulismo» de viejo cuño. Ello tampoco supone desconocer las frecuentes y en ocasiones certeras críticas que al uso desmesurado de la Forma se formulan y de las que en el campo del procedimiento y de las relaciones jurídico-administrativas se hace eco la doctrina contemporánea, pero que la legislación no logra superar todavía. Por ello, lo que propugnamos es reconducir la Forma a sus justos y apropiados términos.

En consecuencia, una cosa es que las exigencias del tráfico jurídico impidan una concepción rigurosamente formalista del procedimiento administrativo, y otra muy distinta, que el procedimiento administrativo haya renunciado a la Forma, pues ésta sigue siendo necesaria, siempre y cuando las ventajas que ofrezca superen los inconvenientes que su adopción conlleva (BELADIEZ ROJO, M., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 81).

Ahora bien, todo lo anterior no significa que en la actualidad el procedimiento administrativo pueda ser calificado como informalista. Ciertamen-

te, algunos sectores del tráfico jurídico se encuentran presididos por el principio de Libertad de Forma; pero también existen otros muchos sectores en los que la Forma ha adquirido un papel preponderante. Piénsese en el imparable auge de las consultas de los archivos electrónicos o base de datos de la Administración Pública, lo que, como es obvio, exige garantizar de modo indubitable la autenticidad de la información.

Todo lo anterior pone de manifiesto que, el paso del *formalismo* al *informalismo* no es proceso lógico de la evolución del Derecho. La mayor o menor necesidad de Forma, no depende sólo del menor o mayor grado de desarrollo de un Ordenamiento Jurídico, sino sobre todo de las posibilidades de control social.

En efecto, los actos de la Administración Pública y, por supuesto, también los provenientes del Poder Legislativo y del Judicial, son actos que por definición trascienden la esfera jurídica del autor, afectando, directa o indirectamente a toda la comunidad y, por ello, el Ordenamiento Jurídico exige que se adopten con las adecuadas garantías de corrección.

En conclusión, la Forma es la vestidura del Derecho y no debe ser eliminada radicalmente. Lo que hay que evitar es que la Forma ahogue, que la Forma entorpezca, que la Forma predomine sobre el fondo, en suma, impedir que se sacrifique el fin en el altar de la Forma (GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos, en administración y Constitución*. Estudios en Homenaje al Profesor Mesa Moles, Madrid, 1981, p. 355).

El régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999

ELOÍSA AVELLANEDA SISTO*

INTRODUCCIÓN

EL TEMA DE los decretos-leyes —siempre vigente— es sumamente apasionante, ya que la asunción de potestades legislativas por el Poder Ejecutivo es un fenómeno mundial, aun cuando, en cada país, presenta peculiaridades y características. Además ha sido muy debatido por la doctrina, por lo que no existe unanimidad en cuanto a su denominación, naturaleza jurídica y contenido. Las legislaciones de los distintos países han adoptado diferentes sistemas, lo que implica una gran diversidad en su tratamiento. Sin embargo, esta variedad puede resumirse en dos tipos de actos normativos dictados por el Ejecutivo en ejercicio de la función legislativa, con rango análogo al de la ley: los dictados con base en una habilitación expresa que le da el Poder Legislativo, que se han denominado «decretos legislativos», «decreto-ley delegado», «legislación delegada», entre otros nombres, y los dictados sin intervención previa del Poder Legislativo, en casos de urgencia o inminente necesidad. Estos son los denominados por la mayoría de la doctrina «decretos-leyes», aunque un sector de ella los designa como «decretos de urgencia».

Hemos incluido bajo el término «decretos-leyes» a estos dos tipos de normas emanadas del Ejecutivo en un Gobierno *de jure*, pero también consideramos decretos-leyes a los actos normativos emanados de un Gobierno *de facto*, siempre que se dicten en ejercicio de una potestad legislativa y no de una potestad reglamentaria; si bien, debe destacarse que algunos autores sostienen que estos actos no son verdaderos decre-

* Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho Administrativo, Profesora e Investigadora en el Instituto de Derecho Público, del cual fue Directora.

tos-leyes, a pesar de que por comodidad o extensión del nombre se les llame así.

Hechas estas consideraciones preliminares, debemos indicar que el objetivo del presente trabajo es analizar el régimen de los decretos-leyes, su noción, tipología y especialmente su regulación en la Constitución de 1999. Nos interesa comparar de igual manera, la Constitución de 1961 con la Carta Magna actual, a fin de comentar las innovaciones y cambios que introduce esta última. La pregunta a responder sería ¿se han ampliado las potestades del Presidente de la República para dictar actos normativos con rango de ley en la Constitución de 1999 o por el contrario, ha habido una reducción de las mismas?

A los fines de abordar el tema, en una primera parte trataremos el principio de la separación de poderes, para determinar si el mismo se ve lesionado por el ejercicio de potestades legislativas por parte del Ejecutivo. La segunda parte comprende el concepto y los tipos de decretos-leyes, de acuerdo a su origen: Gobiernos *de facto* y Gobiernos *de jure* y las razones que lo justifican. La tercera parte se dedica al caso venezolano: sus antecedentes históricos y su regulación en la Constitución de 1999.

Para concluir, debemos señalar que este trabajo es sólo una primera aproximación a la materia, un primer intento por acercarnos al estudio del régimen de los decretos-leyes, que en ningún momento pretende agotar este tema.

PRIMERA PARTE

1. El principio de la separación de poderes

El primer problema que plantea el estudio de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo con fuerza de ley es si los mismos significan una ruptura del principio de la separación de poderes o, si por el contrario, es posible aceptar que se dicten tales actos sin perjuicio del mencionado principio.

Tal como lo expresa César QUINTERO «el problema jurídico de los actos del ejecutivo con fuerza igual a la de los actos formales, emanados de las Cámaras representativas, gira en torno al principio de la llamada separación de poderes»¹. Por tanto, debemos comenzar nuestro estudio con un breve examen de la separación de poderes.

¹ QUINTERO, César: *Los Decretos con valor de Ley*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958, p. 18.

Este principio, de gran importancia para el Estado Moderno, ha sido desde su formulación original objeto de numerosas críticas e interpretaciones para adaptarlo a las nuevas exigencias y características del Estado. En este sentido, el profesor Manuel GARCÍA PELAYO sostiene: «La división de poderes sin ulterior especificación o en su sentido genérico, puede ser considerada como una constante de la praxis y de la teoría política, si bien, naturalmente, toma distintas modalidades según la distintas épocas o coyunturas» y continúa «...no hay un modelo patentado, ni un dogma de la división de poderes, sino que ésta tiene en cada tiempo sus propias peculiaridades de actualización»².

Debemos remontarnos a la doctrina de MONTESQUIEU, esto es, la formulación original del principio, para luego analizar algunas interpretaciones que se han hecho del mismo.

El punto de partida de MONTESQUIEU queda enunciado en las siguientes proposiciones: Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder se ve llevado a abusar del mismo: va hacia adelante hasta que tropieza con límites. Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder. Cuando en un Estado todos los poderes están concentrados en un solo titular: un hombre o una Asamblea, la libertad pública está en peligro; ya que esa persona o cuerpo político dueño de todos los poderes posee una potestad ilimitada, al no haber, fuera de él ningún poder que limite al suyo.

Para resolver este problema MONTESQUIEU señala que deben separarse tres funciones del Estado: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, para entregarlas a tres órganos distintos. Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo ejerciera esos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar y el de juzgar.

Desarrollando la tesis de MONTESQUIEU encontramos, en primer lugar, que es preciso que los poderes legislativo y ejecutivo estén separados por dos razones:

La ley como norma general y abstracta, que no se crea para un caso determinado sino que es preexistente a los hechos particulares a los cuales habrá de aplicarse, es una garantía de la libertad pública y, concebida de esta manera, no puede ser dictada por una autoridad gubernamental o administrativa, que debiendo ejecutarla, pueda tener interés en que esté orientada en tal o cual sentido.

² GARCÍA PELAYO, Manuel. «La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961», en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*. Tomo III. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1979, pp. 1403 y 1407.

En efecto, el órgano ejecutivo está acostumbrado a actuar y a tomar medidas eficaces en relación a casos particulares y en consideración a las necesidades y acontecimientos diarios, por tanto, si tuviera al mismo tiempo la potestad legislativa podría formular leyes para cada circunstancia que respondiera a su política, a sus preferencias y al momento presente. En consecuencia, como lo expresa MONTESQUIEU sería muy peligroso que los encargados de hacer las leyes pudieran ejecutarlas, ya que como legisladores podrían darse a sí mismos toda la potestad que quisieran para ejecutar las leyes, y además podrían hacer leyes tiránicas para ejecutarlas de esa manera.

Por otra parte, si la potestad legislativa y ejecutiva estuvieran en las mismas manos podría suceder que la autoridad encargada de ejecutar no se considere obligada por las leyes vigentes, pues ella sería dueña de modificarlas o derogarlas en el momento que lo desee. Así se pierden todas las garantías de un régimen de legalidad.

Por estas mismas razones MONTESQUIEU afirma que es preciso que las potestades legislativa y judicial estén separadas, ya que de lo contrario, el juez y legislador podría apartarse de la ley y cambiarla a su voluntad en el momento de aplicarla, creándose un sinnúmero de arbitrariedades que atentarían contra la vida, la libertad y las propiedades de los ciudadanos.

Por último, es necesario que el poder judicial esté separado del ejecutivo, ya que si ambos poderes estuvieran a cargo de las mismas personas surgiría la opresión. La autoridad ejecutiva y juez podría, en el curso de la ejecución, desnaturalizar el alcance de la aplicación de las leyes por medio de juicios arbitrarios, según el que tuviera interés en que la ejecución se lleve a cabo en un determinado sentido para obtener unos resultados precisos.

Para asegurar la libertad de los ciudadanos no sólo es necesario que cada una de las tres funciones del Estado estén en manos de tres órganos diferentes, sino que además se requiere que éstos sean iguales e independientes entre sí, pues únicamente así podrán limitarse unos con otros.

Esta es en forma muy resumida la tesis de MONTESQUIEU sobre la separación de poderes³, posición que posteriormente ha sido criticada y defendida por numerosos autores, y sometida a distintas interpretaciones. Entre sus principales críticos encontramos a CARRÉ DE MALBERG quien sostiene que la separación de funciones con una afectación exclusiva de un grupo de órganos a cada una de ellas es irrealizable por dos motivos:

³ MONTESQUIEU: *L'Esprit des lois*. Libro XI, capítulo IV.

- a. Las autoridades del Estado no podrían cumplir los fines que tienen encomendados si toda su actuación estuviera circunscrita a una función determinada sin poder participar de otra función diferente: para alcanzar cualquier fin es indispensable que el órgano encargado de su cumplimiento pueda realizar múltiples actos que por su naturaleza pueden depender de varias funciones, por ejemplo la autoridad administrativa tiene como cometido propio administrar, por lo cual estaría imposibilitada para legislar o juzgar, pero para desempeñar el cometido que tiene asignado necesita tomar ciertas medidas generales por vía de reglamentación, es decir, hay que reconocerle un poder que tiene una esencia legislativa.
- b. La separación orgánica de funciones se encuentra obstaculizada por el hecho de que entre las distintas funciones hay puntos de contacto: atribuciones en las que por su naturaleza participan a la vez dos poderes funcionales.

Además, agrega CARRÉ DE MALBERG que no sólo por cuestiones históricas o políticas se le han atribuido a los órganos potestades diferentes a su función especial, sino que por la misma naturaleza de las cosas se ha dado esta mezcla. Sostiene por ello que la potestad legislativa, en la mayoría de los Estados, corresponde conjuntamente al cuerpo legislativo y al gobierno, o por lo menos, concurre éste en la obra de la legislación. A su vez, la potestad gubernamental y administrativa se ejerce entre los órganos legislativo y ejecutivo. También señala que los jueces incluyen en su competencia muchos actos que no son de naturaleza jurisdiccional sino administrativa, y que la función jurisdiccional es objeto de cierta participación entre los titulares de los distintos poderes⁴.

Por su parte, en nuestro país Gustavo TARRE BRICEÑO, en su estudio «La separación de poderes en Venezuela»⁵, afirma que la interpretación clásica ha sufrido un gran número de ataques y, entre ellos, sobresale el formulado por Charles EISENMANN, quien sostiene que la llamada interpretación clásica es errónea, pues del estudio de la obra de MONTESQUIEU se desprende que ninguna autoridad estatal recibe en forma total una función⁶. César QUINTERO también discrepa de la interpretación clásica

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG: *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México 1948, pp. 757 a 783.

⁵ TARRE BRICEÑO, Gustavo: «La separación de poderes en Venezuela», en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*. Tomo III, ob. cit., p. 1376.

⁶ EISENMANN, Charles: «L' Esprit des Lois et la Séparation de Pouvoirs», en *Mélanges CARRÉ DE MALBERG*, p. 171 citado por TARRE BRICEÑO en *La Separación de Poderes en Venezuela*, ob. cit., p. 1377. Las ideas de EISENMANN encuentran su base en las siguien-

del principio de la separación de poderes; para él, MONTESQUIEU repartió la función legislativa entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, quedando bajo la supervisión de este último. En este reparto «radica la esencia de la doctrina de MONTESQUIEU, y no en la independencia absoluta de los órganos de gobierno con exclusividad respectiva de funciones, como algunos han querido sostener»⁷.

En fin, el profesor BREWER CARÍAS coincide con la idea de que la doctrina de MONTESQUIEU fue interpretada de diferentes formas, siendo muchas veces distorsionada para que sirviera de base a ciertas motivaciones políticas:

La construcción del principio de la separación de poderes en el sentido de que tres funciones estatales serían atribuidas a tres autoridades o grupos de autoridades completamente distintas e independientes, que las ejercerían, respectivamente, de manera integral y exclusiva y sin posibilidad de su delegación, fue producto de lo que se creyó o se quiso creer que MONTESQUIEU decía, pero no un derivado cierto de su pensamien-

tes premisas: El soberano tiene derecho al veto; el Legislativo tiene el derecho y debe tener la potestad de examinar cómo se están ejecutando las leyes que dictó; por último, el conocimiento y acción de ciertos procedimientos criminales corresponden al Parlamento. Estas premisas las esboza MONTESQUIEU en el Capítulo VI del Libro XI del *L'Esprit des lois*, ob. cit.

⁷ QUINTERO, César: *Los Decretos con valor de ley*, ob. cit., p. 29. Explica el autor que la potestad legislativa quedará en manos del poder legislativo formado por dos Cámaras, que ejercerán entre sí funciones de fiscalización y refrenamiento (Véase nuestro libro *El Control Parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1999). Pero para evitar que la norma jurídica sea opresiva, es necesario que intervenga la autoridad ejecutiva con su potestad de sanción y veto.

De esta manera, dice QUINTERO, MONTESQUIEU logra que la ley no sea despótica, la convierte en un «producto de voluntades condicionadas, limitadas, equilibradas y diversas». *Ídem*, pp. 30-31. César QUINTERO quiere así demostrar que no es verdad que la esencia de la doctrina de MONTESQUIEU consista en «la atribución absoluta de cada una de las tres funciones fundamentales del Estado a cada uno de los tres órganos fundamentales del gobierno, y en la desconexión total de dichos órganos entre sí». *Ídem*, p. 32. MONTESQUIEU enlaza perfectamente las actividades de los tres grupos de órganos y establece una interacción entre ellos.

Si la esencia del principio de la separación de poderes «estriba en la distribución —expresa o no, pero efectiva— de la función legisladora entre varias autoridades, especialmente entre la legislativa y la ejecutiva, pero manteniendo aquella cierta superioridad en la función», entonces no hay quiebra del principio cuando el Ejecutivo legisle sobre materias que normalmente son reguladas por las Cámaras Legislativas. Pero no hay tal quiebra, según QUINTERO, «siempre que la actividad legislativa realizada por el ejecutivo esté condicionada y fiscalizada... por el órgano legislativo»; y esta participación del legislativo (condicionando y fiscalizando) puede manifestarse a través de las leyes de concesión de facultades extraordinarias. «El principio desaparece si el poder de legislar se desplaza exclusivamente hacia el ejecutivo». *Ídem*, p. 39.

to. En esta distorsión del pensamiento de MONTESQUIEU, por supuesto, jugó un papel esencial la motivación política...⁸

Por ello, señala el caso de los revolucionarios franceses que para impedir que el Poder Judicial, que estaba en manos de los reaccionarios, pudiera juzgar los actos de la Administración, que dependía de los revolucionarios, hicieron su propia interpretación de la separación de poderes, adulterando la fórmula de MONTESQUIEU y afirmando que ésta, llevada hasta sus últimas consecuencias, implicaba que las actuaciones de la Administración no podían ser juzgadas por una jurisdicción distinta a ella, los jueces no podían intervenir en esas actuaciones administrativas, que de ese momento en adelante serán controladas por una «jurisdicción administrativa».

Quizás bajo esas influencias, el principio de la separación de poderes estaba consagrado, en el artículo 118 de la Constitución de 1961, no como un dogma, sino admitiendo que en el Estado Moderno sus funciones están mezcladas unas con otras.

Al respecto el profesor FARIAS MATA comenta: «... el artículo 118 dice: “Cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias”, rindiendo así un último tributo al principio de la separación de poderes; pero, al mismo tiempo, atenúa la afirmación inicial a renglón seguido en estos términos: “los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”. O sea, admite con esta última frase que el Ejecutivo legisle, que el Judicial administre, que el Legislativo juzgue» (cursivas nuestras)⁹.

El profesor GARCÍA PELAYO se pronuncia en este mismo sentido cuando admite que la Constitución de 1961 no incluye expresiones como división o separación de poderes (que sin duda los Constituyentes sabían que eran términos muy discutidos) pero sí acepta a los principios que presiden tal división. Agrega que el artículo 118 trata «...en esencia si no de la fórmula sí del principio de MONTESQUIEU...» con ciertos matices como por ejemplo, que no se parte de la pluralidad de poderes sino «...de la unidad del poder estatal, del poder público como un todo (art. 117) del que cada uno de los poderes específicos es una rama (art. 118)»¹⁰.

⁸ BREWER CARÍAS, Allan: *Derecho Administrativo*. Tomo I, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Segunda edición. Caracas 1980, p. 212.

⁹ FARIAS MATA, Luis Enrique: *Materiales de Procedimiento Administrativo*, mimeografiado, p. 16.

¹⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel: «La División de Poderes y la Constitución Venezolana de 1961», en *Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo III, ob. cit., pp. 1416.-1417.

A lo expuesto BREWER CARÍAS agrega

...que el principio de la separación de poderes no tiene aplicación alguna en Venezuela, en su concepción rígida, como separación de tres poderes atribuida en forma exclusiva a los tres órganos distintos e independientes, sino que más bien ha sido formulada como una división del Poder en el sentido de que se establece una multiplicidad de órganos y a cada uno se asigna una función propia, lo que en modo alguno significa exclusividad en el ejercicio de esa función.¹¹

Ahora bien la Constitución de 1999, en el primer párrafo de su artículo 136, dispone que «el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, Poder Estatal y Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral». De esta forma, la Constitución prevé la división del Poder Público Nacional en cinco poderes, cada uno con sus funciones propias. El segundo párrafo del citado artículo recoge el artículo 118 de la Constitución de 1961 al indicar que «cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado».

Según la Exposición de Motivos de esta Constitución, en el artículo 136 «se consagra una división de las funciones que corresponden a cada rama del Poder Público, tanto en sentido vertical como horizontal. Pero si bien se acepta la especialidad en la tarea asignada a cada una de ellas, se establece un régimen de colaboración entre los órganos que van a desarrollarlas para la mejor consecución de los fines generales del Estado».

De acuerdo con lo expuesto, en el régimen constitucional venezolano observamos: primero, que los órganos del Estado tienen asignadas funciones propias; segundo, que además de su función propia realizan otras funciones que por su naturaleza corresponden a otros órganos; tercero, que la Constitución, en determinados casos, consagra la intervención o participación de unos órganos en las funciones propias de otros. Veamos algunos ejemplos.

La Asamblea Nacional tiene atribuida como función propia la legislativa, que ejerce a través de la sanción de leyes. Sólo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador puede sancionar leyes. Junto a la función legislativa, a la Asamblea Nacional le corresponde ejercer una función administrativa, por ejemplo cuando acuerda y ejecuta su presupuesto de gastos (artículo 187, numeral 22 de la Constitución) o ejecuta las resoluciones concernientes a su funcionamiento y organización administrativa (artículo 187, numeral 23).

¹¹ BREWER CARÍAS, Allan: *Derecho Administrativo*. Tomo I, ob. cit., p. 219.

El Tribunal Supremo de Justicia tiene atribuida la función jurisdiccional y además es el encargado del gobierno y de la administración del Poder Judicial (artículo 267 de la Constitución) y en consecuencia, le corresponderá el ejercicio de funciones administrativas.

El Presidente de la República tiene atribuidas distintas funciones, como la de gobierno, la administrativa y la legislativa, en cuyo ejercicio dicta los actos objeto de este estudio: los decretos-leyes.

2. Las potestades normativas del Presidente de la República

De acuerdo a la forma en que se recoge el principio de la separación de poderes en el sistema constitucional venezolano, resulta que no hay una correspondencia entre los distintos poderes y las funciones que la Constitución les atribuye. Cada poder, además de su función propia, realiza otras funciones de distinta naturaleza, siempre con la finalidad de alcanzar los fines del Estado.

Así, la función normativa, entendida como la actividad del Estado por medio de la cual se crean, modifican o extinguen normas jurídicas, se atribuye como función propia, a nivel nacional, a la Asamblea Nacional, quien en forma privativa tiene encomendada la sanción de las leyes, pero, además, nuestro ordenamiento jurídico confiere potestades al Presidente de la República y a otras autoridades ejecutivas para ejercer esta función y dictar diferentes tipos de normas:

- a. Normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, atribuida expresamente al Presidente de la República en la Constitución (artículo 236 numeral 10), cuando señala que el Presidente en Consejo de Ministros puede reglamentar total o parcialmente las leyes «sin alterar su espíritu, propósito y razón».
- b. Normas dictadas por el Presidente de la República en ejercicio de la función legislativa con fuerza de ley, llamadas decretos-leyes. La Constitución establece, entre las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, «dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley (artículo 36, ordinal 8).

La extinta Corte Suprema de Justicia reconoció esta potestad normativa del Presidente de la República en numerosas sentencias, entre las cuales podemos mencionar una de fecha 2 de julio de 1996, en la cual la Corte en Pleno expuso lo siguiente:

En el derecho comparado contemporáneo, a diferencia de los principios inflexibles —como el de la separación de poderes— que regían en la primera etapa del Estado Moderno, es perfectamente aceptado que los

órganos que ejercen el Poder Público colaboran entre sí en los fines supremos del Estado, por lo que es común que muchas competencias sean ejercidas —concurrentemente, incluso— por varias ramas o divisiones de la estructura organizativa de éste. El Poder Ejecutivo... cuenta intrínsecamente con poderes normativos que le permiten, por una parte, emitir en determinadas circunstancias extraordinarias actos normativos con rango y fuerza de ley (sea previa habilitación del legislador o en situaciones excepcionales, como aquéllas de emergencia o de conflictos internos o externos) y, por la otra, actos reglamentarios para complementar y desarrollar ciertos aspectos de la legislación e inclusive para ampliar a otras situaciones lo previsto en ésta. La emisión de normas de derecho, en consecuencia, no compete de forma exclusiva al Poder Legislativo, aunque sí se le reconoce a éste que ciertas materias especificadas en la Constitución —normalmente por su conexión con las libertades de los ciudadanos— deben ser reguladas primeramente mediante leyes formales. De lo anterior se desprenden dos conclusiones... la primera que la función normativa del Ejecutivo no puede verse, en los actuales momentos y, en especial, en nuestro derecho, de manera restrictiva, siendo imperioso reconocerle potestades siempre que se someta a la Constitución y a las leyes; y, la segunda, que la actividad del legislador es requerida para regular ciertas materias del ordenamiento...¹²

SEGUNDA PARTE

1. Origen de los decretos-leyes y razones que lo justifican

Antes de referirnos al concepto propiamente dicho de los decretos-leyes, consideramos oportuno hacer un breve comentario sobre su origen y las razones que llevaron al Ejecutivo a asumir funciones legislativas en el Estado Moderno.

El Estado Liberal tradicional tenía su base (en forma expresa o tácita) en una interpretación rígida del principio de la separación de poderes según el cual la función de legislar correspondía de manera exclusiva al Legislativo, aunque el Ejecutivo pudiera tener alguna injerencia en el proceso formativo de la ley (podía participar en la iniciativa o promulgación). Pero con la Primera Guerra Mundial se comienza a quebrar este esquema, se promueven transformaciones sociales, políticas y jurídicas muy profundas, y entre esas novedades de la post-guerra está la necesidad de los Parlamentos de los países beligerantes de otorgar poderes legislativos a sus gobiernos para hacer frente a los innumerables problemas de carácter urgente que surgieron de la contienda y para emprender su reconstrucción.

¹² Fallo de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 2 de Julio de 1996, en José Antonio MUCI BORJAS: «La Actividad Normativa de la Administración Pública». *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías»*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1996.

Así pues, estos poderes legislativos que de momento estaban dirigidos a solucionar situaciones transitorias, terminan convirtiéndose en un instrumento normal a través de los cuales el Ejecutivo dicta decretos con fuerza y valor de ley.

De esta forma pueden enunciarse las razones que justifican los decretos-leyes:

1. Al ser desplazado o desaparecer de la escena política el monarca, ampliarse el ejercicio de los derechos políticos y escogerse por voto popular y directo al Jefe del Ejecutivo, tanto éste como el Legislativo se consideran representantes del pueblo, en consecuencia el Parlamento no tiene ya el monopolio de la representatividad y el Ejecutivo puede ser dotado de potestades legislativas que le permitan adoptar medidas de carácter normativo, en vista de su representatividad y de su responsabilidad.
2. El creciente intervencionismo del Estado Moderno ha ampliado la esfera de sus fines y competencias, debiendo tomar medidas complejas de índole social, política, económica, entre otras, que requieren de información, de equipos técnicos, de una gran capacitación y especialización, de los cuales muchas veces el Parlamento no dispone.

Por otra parte, producto también del intervencionismo estatal es el crecimiento desmesurado del volumen de la legislación, que nos lleva a preguntarnos si el Legislativo puede crear por sí solo todas las normas que necesita apremiantemente el país; o si por el contrario, es impotente para examinar y aprobar todos los proyectos de ley que se presentan a su consideración.

3. Además, surge el problema de que por la complejidad del mundo actual, hay situaciones muy variables que exigen una rápida adaptación al cambio, circunstancias que sólo pueden ser reguladas a través de los decretos-leyes, ya que ellas son incompatibles con la lentitud del procedimiento legislativo ordinario.

2. Concepto de decreto-ley

Los decretos-leyes son actos normativos emanados del Poder Ejecutivo que tienen igual rango y valor de la ley. Deben su nombre al hecho de que son decretos por su forma, por ser actos del Poder Ejecutivo y son leyes (en sentido material) porque versan sobre materias reservadas al Legislativo. Veamos a continuación algunas definiciones de la doctrina.

A. Doctrina Latinoamericana

El profesor Eloy LARES MARTÍNEZ define los decretos-leyes como actos emanados del Poder Ejecutivo o quien lo sustituya, mediante los cuales se establecen reglas de derecho sobre materias propias de la ley formal. Son decisiones con fuerza de ley que «se dictan siempre en situaciones de urgencia y emergencia, de mayor o menor gravedad, ya que en períodos de absoluta normalidad el ejercicio de la función legislativa corresponde al Congreso»¹³.

Por su parte, el profesor Antonio MOLES CAUBET señala que estos actos son «...algo más que simples unidades normativas aisladas», son el «...término o pieza final de un auténtico procedimiento cuyo antecedente ha de ser una ley característica prevista en la Constitución»; por lo cual afirma que es preferible hablar no tanto de decretos-leyes como de «régimen constitucional de Decretos-Leyes» y, al establecer el orden prelativo del conjunto de normas, los sitúa dentro de la jerarquía de las normas jurídicas en un estrato intermedio entre las normas de rango legal y los actos reglamentarios¹⁴.

Para el profesor SAYAGUÉS LASO son «los distintos actos emanados del Poder Ejecutivo o quien lo sustituya, que tienen la eficacia normativa de las leyes»¹⁵.

Por último, el profesor Allan BREWER CARÍAS expresa que son actos dictados por la autoridad ejecutiva para regular materias reservadas al Legislativo, con fuerza jurídica igual a la de las leyes y, por tanto, con la posibilidad de modificarlas, reformarlas o derogarlas¹⁶.

B. Doctrina Española

La Constitución española de 1978 consagra dos tipos de normas dictadas por el Gobierno: los decretos legislativos y los decretos leyes. Los primeros son las disposiciones del Gobierno que contienen legislación

¹³ LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. Curso de Derecho. Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas. Universidad Central de Venezuela. Décima Primera Edición. Caracas 1998, p. 93.

¹⁴ MOLES CAUBET, Antonio: *El Principio de Legalidad y sus Implicaciones*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1974, p. 39.

¹⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo I*. Montevideo 1959, p. 105.

¹⁶ BREWER CARÍAS, Allan: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1964, pp. 35 y 36.

delegada (artículo 85), es decir, surgen de la delegación legislativa. En efecto, la Constitución prevé en su artículo 82 que las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior (el artículo 81 se refiere a las leyes orgánicas que son aquellas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía, el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución).

La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. La delegación legislativa se hará de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado, ni podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control (artículo 82).

Las leyes de bases no podrán en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo (artículo 83).

Por otra parte, el Gobierno podrá, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general. Los decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro

de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. Durante este plazo, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia (artículo 86).

Para examinar la doctrina española debemos separar los estudios anteriores a la Constitución de 1978 de los posteriores a ella. En este sentido, el profesor José GASCÓN y MARÍN en su Tratado de Derecho Administrativo, publicado en 1948, definió a los decretos leyes como «una nueva forma de dictar normas generales con fuerza obligatoria, constituyendo de hecho fuente del Derecho Administrativo». Suponen el ejercicio por el Ejecutivo de la función propia del Poder Legislativo. Además «parecen corresponder a momentos, a épocas en que, por alteración del orden constitucional, por anormalidad pública, se dictan por el Ejecutivo disposiciones, a las que se da fuerza de ley, sobre materias que eran objeto de ella»¹⁷.

El profesor GÓMEZ ACEBO se refiere a los decretos con valor legislativo, que son dictados por una «autoridad administrativa y, por regla general», por el Jefe de Estado y contienen normas jurídicas obligatorias, usualmente de carácter general, aunque ningún obstáculo existe para que su objeto sea determinar una situación jurídica particular. Su eficacia es idéntica a la de las leyes formales. Estos decretos con valor legislativo pueden ser decretos-leyes o leyes delegadas. La diferencia entre unos y otros está en que «en las leyes delegadas el Poder Legislativo asume como propio el contenido que ha de dar el Gobierno a las mismas en vía preventiva, mediante la aprobación de la Ley de delegación; en los decretos-leyes la intervención del Parlamento se ejerce en vía sucesiva o posterior a su emanación mediante la ratificación, conversión en ley o convalidación»¹⁸.

El profesor GARRIDO FALLA los denomina «Disposiciones dictadas por el Ejecutivo con fuerza de ley», en casos de urgencia o por delegación expresa del Legislativo. En el primer supuesto, el Ejecutivo emite decretos-leyes y en el segundo, dicta normas que denomina «legislación delegada»¹⁹.

¹⁷ GASCÓN y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Doctrina General. C.Bermejo Impresores. Décima Edición. Madrid 1948, p. 117.

¹⁸ GÓMEZ ACEBO, Ricardo: «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes Delegadas y Decretos-Leyes» en *Revista de Administración Pública* # 6. Madrid 1951, pp. 105 y 106.

¹⁹ GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I, parte general. Editorial Tecnos. Undécima Edición. Madrid 1989, pp. 224 y 225.

C. Doctrina Italiana

La Constitución italiana de 1947 dispone en su artículo 76 que «el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegada en el Gobierno sino con determinación de principios y criterios de dirección y solamente por tiempo determinado y para objetivos definidos». Los actos dictados por el Gobierno en virtud de la delegación legislativa se denominan —según la doctrina— decretos legislativos.

Además, de acuerdo al artículo 77 cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, el Gobierno adopta bajo su responsabilidad, providencias con fuerza de ley, el mismo día, debe remitirlas para su conversión en ley, a las Cámaras, que si están en receso deben ser expresamente convocadas y se deben reunir dentro de los cinco días. Los decretos pierden su fuerza si no son convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Para la doctrina estas providencias con fuerza de ley son los decretos-leyes.

Resumiendo, en Italia, al igual que en España, la delegación del Legislativo al Gobierno da lugar a normas con valor de ley que la doctrina denomina decretos legislativos. Junto a estas normas aparecen otras que se dictan en circunstancias especiales. En efecto, debido al estado de necesidad, el Gobierno se apropia de una potestad legislativa que normalmente no le pertenece, dictando normas que para tener valor de ley deben ser ratificadas por el órgano legislativo²⁰. Estas normas son, según ALESSI y ZANOBINI los decretos-leyes.

D. Doctrina Francesa

La Constitución francesa de 1958 en sus artículos 34 y 37 establece la materia legislativa y la reglamentaria. En efecto, el artículo 34 delimita y enumera cada una de las materias que serán reguladas por ley y el artículo 37 prevé que las materias que están fuera del dominio de la ley tienen un carácter reglamentario. Por lo tanto, «resulta que el principal legislador es el Gobierno ya que se definen estrictamente las materias que han de ser objeto de ley, es decir, aprobadas por el Parlamento, y se deja el resto al poder reglamentario que, en este caso abarca, indudablemente, la mayor parte, de la legislación de un Estado Moderno»²¹.

²⁰ Renato ALESSI: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1970, pp. 29-31. También puede verse ZANOBINI, Guido: «La Gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento» en *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milano 1955. Giuffrè Editore, p. 375. También ZANOBINI: *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I (Parte General). Ediciones Arayú. Buenos Aires 1954, pp. 95-97.

²¹ Manuel GARCÍA PELAYO: «Sobre las Autorizaciones Legislativas» en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa* Facultad de Derecho. Universidad Central de

Pero, además, el Gobierno tiene la potestad de legislar por medio de ordenanzas. El profesor André HAURIUO señala que el término «ordenanza» pertenece al vocabulario monárquico y se refiere a los antiguos decretos-leyes de la III y IV Repúblicas²². Sobre los decretos-leyes el profesor Jean RIVERO indica que aproximadamente a partir de 1926, el legislador parecía no estar en capacidad de asumir enteramente su misión y se hizo necesario recurrir a la técnica de las leyes de plenos poderes, mediante las cuales, el Parlamento confería al Gobierno, durante un lapso determinado, el poder para realizar por vía reglamentaria todas las modificaciones a las leyes en vigencia que eran necesarias. En este sistema, el acto que modifica la ley es, formalmente, un acto del Poder Ejecutivo, sometido al control del juez; pero desde el punto de vista de su autoridad, adopta las características de la ley. Por ello —según el profesor RIVERO— la práctica le da el nombre de decretos-leyes. La Constitución de 1946 trató de eliminar la figura de los decretos-leyes, estableciendo en su artículo 13 que la Asamblea es la única que dicta la ley y que no puede delegar este derecho. Sin embargo, ante la necesidad hizo falta buscar mecanismos que permitieran al Gobierno modificar la ley, aparentando respetar la Constitución. Así surgieron las leyes cuadro y las delegaciones de competencia limitadas²³.

La Constitución de 1958 en su artículo 38 permite al Gobierno, para la ejecución de su programa solicitar autorización del Parlamento para adoptar, mediante ordenanzas, durante un tiempo limitado, las medidas que normalmente son del dominio de la ley. Las ordenanzas se dictan en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entran en

Venezuela. Caracas 1975, pp. 886 y 887. Por otra parte, el profesor VEDEL explica que el poder reglamentario tiene, según las materias, un campo de acción diferente.

- a) «En las materias íntegramente sometidas al legislador, el poder reglamentario sólo dispone de una competencia 'residual': la de las medidas de aplicación que el legislador no se ha cuidado de ordenar por sí mismo. El Gobierno puede usar de este poder reglamentario residual... por invitación del legislador... o... espontáneamente».
- b) «En las materias que sólo están reservadas al legislador en cuanto a sus principios fundamentales, el poder reglamentario dispone de una esfera 'propia', limitada a todas las medidas que no pongan en cuestión los principios fundamentales...».
- e) «Finalmente, en las materias que no son objeto de ninguna reserva en beneficio del legislador, el poder reglamentario se despliega en toda su extensión y, salvo la reserva del respeto debido a los principios constitucionales, puede regular libremente todas las medidas de principio o de aplicación». Ver Georges VEDEL: *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid 1980, pp. 174 y 175.

²² HAURIUO, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Colección Demos. Madrid 1980, p. 647.

²³ RIVERO, Jean: *Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1984, pp. 60-62.

vigor desde su publicación, pero quedarán sin efecto si el proyecto de ley de ratificación no es depositado en el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación.

El régimen jurídico de las ordenanzas puede ser descrito de la siguiente manera:

- el Gobierno para dictar ordenanzas requiere de la autorización del Parlamento por medio de ley, la cual sólo puede promulgarse por iniciativa del Gobierno y para la ejecución de su programa, debe definir las materias legislativas que quedan sometidas temporalmente a la competencia gubernamental y fijar el tiempo de ejercicio de la competencia conferida pudiendo añadir otras limitaciones²⁴.
- Las ordenanzas entran en vigencia inmediatamente y, si es el caso, modifican de inmediato las leyes existentes, pero quedan sin efecto si el Gobierno, antes de la fecha establecida por la ley de habilitación, no deposita el proyecto de ley para ratificarlas.
- Las ordenanzas mientras no sean ratificadas por el Parlamento, tienen naturaleza de acto administrativo reglamentario a pesar de recaer sobre una esfera reservada al Legislador y, esto es así, según el profesor VEDEL porque las ordenanzas dictadas con base en el artículo 38 se adoptan por una ampliación de la competencia reglamentaria y no en virtud de una delegación de funciones legislativas²⁵. El profesor HAURIUO señala que deben considerarse como decretos hasta que sean ratificados. Cuando el Parlamento ratifica las ordenanzas, ellas adquieren valor legislativo²⁶.

3. Tipos de Decretos-leyes

Debemos comenzar por advertir que así, como no hay una terminología aceptada por todos los autores para designar a los decretos-leyes, tampoco hay una tipología única de los mismos. Para algunos se reducen a dos tipos:

1. El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno se realiza por una delegación de atribuciones legislativas que le hace el Parlamento, ejercicio que da origen a normas que se han denominado «leyes delegadas» o «decretos legislativos».

²⁴ Georges VEDEL: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 181.

²⁵ *Idem*, pp. 182-184.

²⁶ HAURIUO, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, ob. cit., p. 647.

2. El Gobierno ejerce funciones legislativas por razones de urgencia o de necesidad, sin autorización del Parlamento. A las normas así dictadas se las llama «decretos de urgencia», y para algunos éstos son los verdaderos decretos-leyes.

Otros autores agregan un tercer tipo que son los decretos dictados por los Gobiernos de facto, tesis a la cual nos adherimos, presentando la siguiente clasificación:

- Decretos-leyes dictados por Gobiernos de facto;
- Decretos-leyes dictados por Gobiernos constitucionales sin intervención previa del Poder Legislativo;
- Decretos-leyes dictados por Gobiernos constitucionales con intervención del Poder Legislativo, quien por medio de diferentes mecanismos: atribución, delegación o autorización, otorga potestades legislativas al Ejecutivo.

Veamos ahora por separado las características de cada una de estas categorías de decretos-leyes.

A. Decretos-leyes dictados por Gobiernos de Facto

Las normas dictadas por este tipo de Gobierno presentan dos problemas: en primer lugar, establecer si •í son realmente decretos-leyes, aún cuando ya nos hemos adherido a esta tipología y, en segundo lugar, ¿qué valor jurídico tienen cuando se restablece un Gobierno *de jure*?

A. ¿SON REALMENTE DECRETOS-LEYES?

Partiendo del concepto dado de decretos-leyes como actos normativos emanados del Ejecutivo que regulan materias reservadas a la ley formal, nos encontramos con que las normas dictadas por Gobiernos de facto sí son decretos-leyes, haciendo la salvedad de que son dictados, generalmente, por el Jefe del Estado que reúne en sus manos los poderes legislativo y ejecutivo.

Esta es la tesis que compartimos, pero no es una opinión unánimemente aceptada por la doctrina, sino que, por el contrario, hay quienes piensan que no son verdaderos decretos-leyes, sino que simplemente se les da ese nombre por extensión o comodidad. En esta posición se ubica el profesor BIELSA, para quien los Gobiernos de facto no dictan decretos-leyes, en sentido propio, aunque por comodidad o aplicación extensiva del término así se llame a los actos que de esos Gobiernos emanan con vigor de ley, y que no se subordinan a la aprobación del Congreso, que por otra

parte no existen pues lo menos que un Gobierno de facto hace siempre es declarar la caducidad del Poder Legislativo²⁷.

Al contrario, para LARES MARTÍNEZ «otro de los casos en que surgen los decretos-leyes es cuando desaparece el órgano legislativo, y sus funciones son absorbidas por el individuo o grupo de individuos que ejerce la función ejecutiva. Es lo que ocurre al instaurarse los regímenes de facto...»²⁸.

Por su parte, César QUINTERO los llama «decretos de facto», pues señala que todos los actos emanados de los Gobiernos de facto tienen la misma fuerza material, y formalmente todos son decretos. Por tanto, no hay distinción entre ley y decreto, al recaer en el Ejecutivo las funciones legislativas y ejecutivas²⁹.

B. ALCANCE

Una vez admitido que son decretos leyes debemos responder una segunda pregunta: ¿Cuál es su alcance? En este aspecto las diferentes posiciones pueden resumirse en dos: los Gobiernos de facto únicamente pueden dictar decretos-leyes en aquellas materias que requieran de una regulación urgente, debiendo esperar que el Gobierno *de jure* reinicie la actividad legislativa a plenitud; o por el contrario, se admite que pueden ejercer íntegramente la función legislativa al igual como lo hace el Parlamento en un régimen constitucional³⁰.

Nosotros nos sumamos a la primera posición pues consideramos que este tipo de Gobierno debe ser transitorio y como tal regular sólo materias urgentes.

C. ¿QUÉ VALOR JURÍDICO TIENEN AL INSTAURARSE UN GOBIERNO DE JURE?

Los Gobiernos de facto necesitan institucionalizarse, crear un ordenamiento jurídico del cual derive su legitimidad y de esta forma convertirse en un régimen *de jure*. Al pasar a ser un Gobierno de este tipo surgen una serie de interrogantes con referencia a los decretos-leyes dictados por ellos: ¿pierden su vigencia al cesar la situación de hecho que los produjo?, ¿necesitan para tener vigencia la aprobación o la ratificación del órgano legislativo del Gobierno *de jure* constituido?

²⁷ BIELSA, Rafael: «El Decreto-ley» en *Estudios de Derecho Público*. Tomo III (Derecho Constitucional). Editorial Depalma. Buenos Aires 1952, pp. 436 a 438.

²⁸ LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 101.

²⁹ QUINTERO, César: *Los Decretos con valor de Ley*, ob. cit., p. 95

³⁰ Ver SAYAGUÉS LASO: *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 111-113.

En cuanto a la primera pregunta la tendencia, en la doctrina, es admitir que los actos de los Gobiernos de facto son válidos y, por tanto, los decretos-leyes que hubieren dictado siguen teniendo vigencia después que termina ese tipo de régimen. Esta es la posición a la cual nos adherimos porque establecer la invalidez total de los mismos crearía mayores problemas y perturbaciones que dejarlos vigentes. Sin embargo, hay quienes mantienen la tesis de que los decretos-leyes de Gobiernos de facto caducan automáticamente al nacer el nuevo gobierno legal³¹.

Respecto a la segunda pregunta, esto es, si es necesaria la ratificación o aprobación del nuevo órgano legislativo, la opinión se presenta dividida: algunos defienden la idea de que no se requiere esta ratificación, mientras otros sostienen que sí es necesaria para evitar conflictos posteriores. En todo caso, los decretos-leyes dictados por Gobiernos de facto pueden ser examinados por el nuevo Parlamento y decidir si es conveniente mantenerlos, modificarlos o derogarlos.

Para la modificación o derogación de los mismos es muy importante saber si son decretos-leyes o simplemente decretos, pues según sea uno u otro, estas funciones de modificarlos o derogarlos corresponderán al Legislativo o al Ejecutivo, respectivamente. Pero a veces no es fácil determinar cuándo dictaron un decreto-ley o un simple decreto, pues los Gobiernos de facto, al concentrar generalmente en sus manos las funciones legislativas y administrativas, dictan unos y otros sin distinguirlos claramente. Aunque no hay reglas fijas para determinar cuándo estamos frente a un decreto-ley, se puede recurrir a dos aspectos: la forma cómo ha sido dictado el acto y el contenido del mismo. Así los que regulen materias que en el Gobierno *de jure* estén reservadas a la ley serán decretos-leyes y serán modificados o derogados por el Legislativo, los demás tendrán carácter de acto administrativo, modificables o derogables por el Ejecutivo.

³¹ En este sentido ver la opinión de BIELSA en «El Decreto-Ley» en *Estudios de Derecho Público*. Tomo III. Editorial Depalma. Buenos Aires 1952, pp. 453 y 459. Allí señala que los «llamados decretos-leyes emanados de un gobierno de facto, tienen vigor mientras ese gobierno está en funciones. Si el Congreso los aprueba debe darles trámite de ley, y no simplemente ratificarlos, porque no hay continuidad constitucional entre el gobierno «de facto» y el gobierno «de jure». Es decir, que un decreto-ley de ese tipo de gobierno debe ser sancionado por el Congreso como toda ley, y luego sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo, como todo proyecto de ley».

B. Decretos-leyes dictados por Gobierno de jure sin intervención previa del Poder Legislativo

A. NOCIÓN

Según algunos autores, los verdaderos decretos-leyes son los que dicta el Poder Ejecutivo sin previa intervención del órgano legislativo. Para sostener esta tesis afirman que los decretos-leyes se justifican por la urgencia con que se impone su emisión y este carácter urgente explica que el Ejecutivo no pueda pedir previamente una habilitación legislativa; por tanto, su característica es la urgencia: regulan situaciones de inminente necesidad. Esta es la razón por la que le dan el nombre de «decretos de urgencia», «decretos-leyes de necesidad» o «decretos-leyes de urgencia».

GARCÍA PELAYO habla de «Legislación de necesidad» para referirse al ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo en caso de extrema urgencia y señala que «...tiene como supuesto la actualidad o la inminencia de un hecho insólito o excepcional que ha de ser inmediatamente seguido de una medida o de un conjunto de medidas excepcionales válidas tan sólo mientras permanezca sin allanar la situación que las produjo, no tiene una significación constitutiva, sino defensiva de las instituciones; dicho de otro modo, se recurre a ella cuando las circunstancias impiden el funcionamiento de las competencias atribuidas a los poderes públicos para circunstancias normales»³².

B. FUNDAMENTO JURÍDICO

Quando la Constitución consagra la posibilidad de que el Ejecutivo legisle por medio de decretos-leyes, en caso de urgencia, sin necesidad de intervención previa del Legislativo (es decir, no se requiere autorización ni delegación legislativa) no se presenta ningún problema constitucional en relación con la validez de los mismos; su admisibilidad no se discute pues es la propia Constitución quien atribuye esa facultad al Ejecutivo³³. Como ejemplo podemos citar, además de las Constituciones de Italia (artículo 77) y de España (artículo 86) antes comentadas, la Constitución colombiana de 1991 que faculta al Presidente de la República para declarar el estado de emergencia cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública.

³² GARCÍA PELAYO, Manuel: «Sobre las Autorizaciones Legislativas» en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, ob. cit., p. 894.

³³ QUINTERO, César: *Los Decretos con valor de ley*, ob. cit., p. 114.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el estado de emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo... (artículo 215).

Además de este control del Congreso sobre los decretos con fuerza de ley, el parágrafo único del artículo 215 dispone que el Gobierno debe enviar «a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento».

En consecuencia, si bien el Presidente de la República en Colombia tiene potestad, por disposición constitucional, para dictar decretos con valor de ley previa declaratoria de un estado de excepción, los mismos están sometidos a una serie de requisitos y de controles por parte del Congreso y de la Corte Constitucional.

Casi todas las Constituciones que prevén la emisión de decretos con valor de ley, sin la intervención previa del Parlamento, consideran que es requisito indispensable para su expedición que exista un caso de urgencia comprobado y casi todas establecen que los mismos deben ser sometidos a la consideración del Legislativo para su posterior ratificación. Si el Parlamento no los ratifica no hay una fórmula única que establezca cómo se extinguirán sus efectos.

El problema que se plantea es si, por el contrario, la Constitución no contiene norma alguna permisiva y no señala algo al respecto o si prohíbe

expresamente que el Ejecutivo dicte decretos-leyes sin una habilitación legislativa.

En relación con esta problemática César QUINTERO sostiene que los «Decretos con fuerza de ley, dentro de sistemas constitucionales que no los reconocen, son, en el fondo, hechos jurídicos. Y cuando se vuelven frecuentes y son generalmente tolerados y admitidos, su presencia demuestra que el texto constitucional respectivo no corresponde a la realidad jurídica», siendo lo indicado ajustarlo a esa realidad. Dice que el carácter de esta legislación en sistemas constitucionales que no la admiten es el de hechos jurídicos que, por la necesidad, entran forzosamente en el sistema jurídico que rehúsa darles formal cabida³⁴.

Al respecto cabe perfectamente la siguiente cita del profesor Manuel GARCÍA PELAYO en el sentido de que: «Cuando algo es inevitable es conveniente que suceda con arreglo a la Constitución y no al margen de la Constitución o contra la Constitución»³⁵. Esto significa que lo más saludable es que el texto constitucional contemple y regule la emisión de decretos-leyes por el Ejecutivo, antes de que por la urgencia o la necesidad aquél se vea obligado a dictarlos aunque no estén previstos.

SAYAGUÉS LASO resume las distintas posiciones doctrinarias en dos tesis, a saber: 1) el Ejecutivo tiene potestad para dictar decretos-leyes en circunstancias de urgencia, aunque la Constitución no lo prevea, porque la necesidad es fuente de derecho», sobre todo si está en juego el interés público. Esta es la opinión de Duguit, BIELSA y Villegas Basabilbaso.

2) El Ejecutivo no tiene esa potestad porque la Constitución establece una distribución de competencias que no puede ser alterada por quienes deben asegurar su cumplimiento. Esta tesis la mantienen Real, Jéze y el propio Sayagués. Además, sostienen que por esas razones de necesidad que sólo el Ejecutivo juzga si son o no de urgencia, suele éste adoptar medidas que implican una usurpación de poderes legislativos y por tanto, son actos jurídicamente irregulares³⁶.

Así pues, desde diferentes puntos de vista se ha tratado de explicar y de justificar el ejercicio de funciones legislativas por el Poder Ejecutivo, no previstas en el texto constitucional, en vista de la necesidad real de que el Ejecutivo legisle en ciertos casos y en determinadas circunstancias, pero para evitar que se extralimite en estas funciones es preciso que la Constitución las prevea y las regule.

³⁴ QUINTERO, César. *Los Decretos con valor de ley*, ob. cit., pp. 103 y sigs.

³⁵ Manuel GARCÍA PELAYO: «Sobre las Autorizaciones Legislativas» en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, ob. cit., p. 878.

³⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo I*, ob. cit., pp. 108 y 109.

C. Decretos-leyes dictados por Gobiernos de jure mediante habilitación legislativa

A. NOCIÓN

Son aquellos actos normativos con fuerza de ley dictados por el Ejecutivo con base en una habilitación dada por el Poder Legislativo. Por tanto, implican una intervención previa del Parlamento que, por medio de diferentes mecanismos, delegación, autorización o atribución, permite al Ejecutivo emitir normas que modifiquen, reformen o deroguen la legislación existente, esto es, normas con valor de ley.

Este tipo de decreto-ley se expide en casi todos los países del mundo y casi todas las Constituciones los prevén, bien sea utilizando la fórmula de la delegación, de la atribución o de la autorización. En este sentido, basta recordar las Constituciones de Italia y de España que establecen la delegación legislativa y la de Francia que prevé una autorización dada por el Parlamento a través de una ley de habilitación. La Constitución de Colombia consagra que corresponde al Congreso

revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para crear impuestos. (artículo 150 numeral 10)

El numeral 20 del artículo 150 se refiere a la creación de servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.

Así como no hay modelo único de estos decretos, tampoco existe una sola terminología para designarlos en los diferentes ordenamientos jurídicos: se los llama «legislación delegada», «ley delegada», «decreto-ley delegado» o «decretos legislativos».

De la misma forma han surgido numerosas teorías para justificar o legitimar su existencia, entre las cuales resalta la teoría de la delegación del Poder Legislativo.

B. TIPO DE HABILITACIÓN LEGISLATIVA

La habilitación legislativa dada al Ejecutivo para dictar decretos-leyes puede ser general o especial. Es general cuando el Parlamento confiere al Ejecutivo «plenos poderes» en el ejercicio de la función legislativa, es

decir, se le otorga potestad para dictar decretos-leyes en forma amplia o indeterminada en relación con las materias que puede regular. Esta concesión plena de facultades legislativas al Ejecutivo es peligrosa, por lo cual la mayoría de la doctrina se opone a ella, considerándola más bien una abdicación de competencia de un órgano a favor de otro.

Es especial cuando el Legislativo atribuye, delega o autoriza al Ejecutivo para dictar decretos-leyes que regulen determinadas materias fijándoles los principios de orientación y ciertos límites que el Ejecutivo no puede traspasar.

C. FORMA JURÍDICA DE LA HABILITACIÓN LEGISLATIVA

La habilitación legislativa puede hacerse a través de la atribución, de la delegación o de la autorización. Por cualesquiera de ellas el Poder Ejecutivo queda facultado para ejercer la función legislativa bajo las circunstancias, condiciones y límites señalados por el Legislador. Veamos cada una por separado:

- *Sistema de atribución.* La atribución consiste en crear por medio de una ley un poder o competencia y conferirlo a un sujeto dado. Se crean competencias legislativas y se le atribuyen a «un órgano del Ejecutivo, con una extensión demarcada, un tiempo fijo, unas limitaciones precisas y otros condicionamientos»³⁷.
- *Sistema de delegación.* La delegación es un acto mediante el cual el sujeto titular de los poderes con potestad de delegarlos en todo o en parte, los transfiere a otro sujeto para el ejercicio de funciones propias del delegante. En particular, la delegación legislativa es el acto por medio del cual el Poder Legislativo transfiere al Ejecutivo el ejercicio de funciones legislativas. Por lo general esta delegación se hace

³⁷ Ver Antonio MOLES CAUBET: «Dogmática de los Decretos-leyes». Curso de Ampliación de Estudios en Derecho Público. Lección Inaugural. Centro de Estudios para Graduados. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1974, p. 13. Allí también señala lo siguiente: en la atribución el Poder Legislativo no aliena nada pues, en principio es libre de poner fin en el momento que quiera al ejercicio del poder atribuido y puede crear leyes con efectos diferentes. Por otra parte, la «ley constitutiva atributiva» condiciona y es el marco dentro del cual se producen «los actos normativos derivados». *Ídem*, p. 13. Continúa afirmando que al no haber previsión constitucional expresa esas leyes atributivas deben contener «las condiciones conformadoras» de esos actos normativos: deben señalar el sujeto a quien se le atribuye el poder, el tiempo por el cual se le da el poder, el objeto y la finalidad que tendrán esos poderes especiales, o sea, el dominio de la normación y los efectos que se buscan. Puede establecer así mismo, como lo establecieron los franceses y los belgas, que los mismos no pueden alterar la Constitución, ni el dominio propio de la reserva legal, que deben ser ratificados por el Parlamento. *Ídem*, p. 14. La ratificación de estos decretos, por el Parlamento convierte su contenido en ley formal, dotándolos de efecto retroactivo y por tanto, con posibilidad de derogar o modificar la legislación existente. *Ídem*, p. 15.

dentro de ciertos límites de tiempo y de materias, pero también puede hacerse una delegación general donde el Parlamento confiere plenos poderes al Ejecutivo para dictar decretos-leyes sin limitaciones de ningún tipo.

Lo fundamental es que la delegación legislativa siempre debe ser expresa: debe hacerse por medio de ley y debe estar contemplada la posibilidad de delegación en la Constitución.

Se han presentado problemas sobre la admisibilidad de las leyes de delegación, en aquellos casos en que el texto constitucional guarda silencio sobre la delegación de la función legislativa del Parlamento en el Ejecutivo o cuando la Constitución lo prohíbe.

En principio, habría que afirmar que en un Estado de Derecho en que las competencias se asignan a cada órgano por la Constitución y la ley, ninguno puede delegar en otro las atribuciones que le han sido conferidas, salvo texto expreso que lo autorice para hacerlo. Por lo tanto, el Parlamento no puede delegar la función de legislar cuando la Constitución no lo permita expresamente.

- *Sistema de autorización.* La autorización es un acto por medio del cual se remueve un obstáculo jurídico para el ejercicio de un poder, que ha sido otorgado por la norma a un órgano determinado; así, el órgano tiene potestad para actuar, sólo que la norma jurídica atributiva de competencia establece que para hacerlo es necesario solicitar una autorización. En otras palabras, a través de la autorización se habilita a un sujeto a emitir un acto, para lo cual está facultado por el ordenamiento jurídico³⁸.

Según este sistema, el Poder Ejecutivo tiene la potestad de dictar decretos-leyes porque la Constitución se la ha otorgado directamente, con la condición de que el Parlamento le preste su consentimiento para ejercerla. En este caso el Ejecutivo, al emitir normas con valor de ley, lleva a cabo una potestad que no es delegada sino que es propia: el texto constitucional se lo confiere en norma expresa y directa, aun cuando su ejercicio esté sometido a un requisito de autorización por parte del Legislativo. Esta autorización que se hace por medio de ley especial y puede contener límites o establecer ciertos requisitos o modalidades para la actuación del Ejecutivo.

³⁸ AVELLANEDA, Eloísa: *El Control Parlamentario*, ob. cit., p. 35.

TERCERA PARTE

1. Los decretos-leyes en Venezuela. Antecedentes históricos

Las Constituciones venezolanas de 1864 y de 1901 recogen la idea de que el Poder Legislativo tiene la potestad de sancionar las leyes por delegación del pueblo, y por tanto, no puede transferir esta atribución al Ejecutivo. En efecto, el texto de 1864 establecía: «la facultad concedida para sancionar una ley no es delegable» (artículo 54) y según la de 1901 «la facultad que tiene el Congreso de legislar no es delegable» (artículo 67).

Las normas jurídicas relativas a las habilitaciones legislativas aparecen en Venezuela por primera vez con la reforma constitucional de 1945, en la cual se previó que entre las atribuciones del Congreso estaba «autorizar temporalmente al Presidente de la República, para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran» (artículo 78 ordinal 23) y entre las atribuciones del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, «ejercer en los términos que fije el Congreso la facultad para dictar medidas extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación, cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran» (artículo 104 ordinal 23).

Estas autorizaciones son muy precisas:

- a. tienen un límite de tiempo;
- b. se otorgan únicamente con la finalidad de proteger la economía y finanzas del país;
- c. se conceden potestades determinadas y precisas para dictar medidas extraordinarias;
- d. sólo se confieren cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieren.

Con la reforma constitucional de 1945 se introduce en Venezuela la posibilidad de que el Congreso autorice al Ejecutivo para dictar normas en materia económica y financiera; y esto porque «la experiencia vivida durante la Segunda Guerra Mundial hizo que se pensara en dotar al Poder Ejecutivo de poderes extraordinarios para enfrentar los problemas que surgen de situaciones críticas, sin tener que llegar al expediente de la suspensión o restricción de las garantías ciudadanas»³⁹. En efecto, antes

³⁹ Dictamen de ANDUEZA, José Guillermo en: *Doctrina de la Procuraduría General de la República del año 1970*, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1971, pp. 308 y 309.

de la Constitución de 1945 el Ejecutivo, por la imposibilidad de dictar decretos-leyes autorizados, debía recurrir a la suspensión o restricción de las garantías constitucionales para emitir normas con valor de ley. El Poder Ejecutivo a partir de 1939 comienza a utilizar la restricción de la garantía económica, para dictar medidas de emergencia en materia económica. Así, entre 1939 y 1945 el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, dictó cuarenta decretos de restricción de la libertad económica, a través de los cuales reguló variados aspectos de la economía nacional⁴⁰.

En la Constitución de 1947 las Cámaras Legislativas, como Cuerpos Colegisladores pueden «autorizar, temporalmente, al Presidente de la República para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación cuando...» (artículo 162 ordinal 9); y entre las atribuciones del Presidente está «ejercer, en los términos que fije el Congreso, las facultades extraordinarias» (artículo 198 ordinal 3).

La Constitución de 1953 omite cualquier referencia a las habilitaciones legislativas.

La Constitución de 1961 establece en el ordinal 8 del artículo 190 que es atribución del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, «dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial». Queda así el Presidente de la República facultado para dictar decretos-leyes en determinadas materias, cuando el interés público lo requiera, y sea autorizado por el Congreso. Por tanto, se trata de decretos-leyes dictados previa habilitación legislativa.

Además, el Presidente de la República puede dictar normas con fuerza de ley a través de la restricción o suspensión de garantías en los casos previstos en la Constitución, que viene utilizándose desde 1939 como mecanismo para crear normas jurídicas que regulen la vida económica. En efecto, desde la Constitución de 1925 se le confirió potestad al Presidente de la República para suspender o restringir las garantías constitucionales.

En la Constitución de 1961 el Presidente de la República puede «declarar el estado de emergencia y decretar la restricción o suspensión de garantías...» (artículo 190 ordinal 6); «... en caso de conflicto interior o exterior, o cuando existan fundados motivos de que uno u otro ocurran» (artículo 240), pero además de estas situaciones que pueden perturbar la

⁴⁰ BREWER CARIAS, Allan. *Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979*. Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia. Valencia 1980, pp. 35 y 36.

paz del país, la Constitución se refiere a otra que también constituye una emergencia: «graves circunstancias que afecten la vida económica o social» (artículo 241).

Bajo estos supuestos: conflicto interior o exterior o amenaza inminente de que ocurran, y graves circunstancias que afecten la vida económica o social, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede restringir o suspender las garantías constitucionales, con excepción de las siguientes: el derecho a la vida, que no puede ser restringido ni suspendido porque es un derecho inviolable (artículo 58), el derecho de la persona sometida a restricción de su libertad a que no se le cause sufrimiento físico o moral (artículo 60 ordinal 3) y la prohibición de fijar «...penas perpetuas o infamantes...» (artículo 60 ordinal 7).

Al declararse el estado de emergencia y decretar el Presidente la suspensión o restricción de las garantías constitucionales, los derechos y libertades afectados no podrán ejercerse efectivamente y podrán ser regulados por vía ejecutiva. Así mientras dure el estado de emergencia deja de ser materia reservada al Legislador la relativa a la limitación de las garantías constitucionales.

Por tanto, la consecuencia fundamental de la suspensión o restricción de las garantías es «la posibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso»⁴¹. La esencia de la garantía constitucional es que sólo por ley pueden limitarse los derechos consagrados en la Constitución, pero al restringirse o suspenderse las mismas este monopolio del Legislador para regularla se acaba, y se amplían los poderes del Ejecutivo en el sentido de que puede por vía de decreto, dictar normas con valor de ley en materia de libertades y derechos públicos. Pero esto no afecta las competencias legislativas del Congreso: la restricción o suspensión de garantías no interrumpe el funcionamiento ni afecta las prerrogativas de los órganos del Poder Nacional (artículo 241).

Con base en la restricción o suspensión de garantías y a la consecuente ampliación de las potestades normativas del Ejecutivo, se han dictado una gran cantidad de decretos con valor de ley en diversas materias y sobre todo en el campo económico: a partir de septiembre de 1939 el Ejecutivo comenzó a utilizar la restricción de la garantía económica para dictar medidas de emergencia, por ejemplo todo el régimen de regulación de precios, de alquileres, de control de cambios, etc. fue establecido en la década de los

cuarenta por este tipo de decreto gracias a la restricción que operó desde esa época hasta los años noventa.

2. Los Decretos-leyes en la Constitución de 1999

La Constitución de 1999 en su artículo 236 consagra las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República y entre ellas está dictar, previa autorización de una ley habilitante, decretos con fuerza de ley (ordinal 8). En esta atribución del Presidente de la República hay una serie de aspectos que debemos mencionar:

1. La Constitución de 1999 es la primera que utiliza el término decretos con fuerza de ley, ya que las Constituciones de 1945, 1947 y 1961 se referían a medidas extraordinarias. En efecto, las de 1945 y 1947 establecieron que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tenía competencia para dictar medidas extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación. La de 1961 le otorgaba potestades para dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera. Estas normas transcritas plantearon una serie de problemas a la doctrina como tratar de explicar que la expresión medidas extraordinarias se refería a normas jurídicas y que esas normas tenían valor de ley. La primera vez que en la legislación venezolana se emplea la palabra decreto-ley para referirse a las medidas extraordinarias es en la Ley que autoriza al Presidente Velásquez para dictar tales medidas⁴². En efecto, el encabezamiento del artículo primero de la Ley establece que se autoriza al Presidente de la República, para que, en Consejo de Ministros, a partir de la publicación de la Ley y hasta el 31 de diciembre de 1993, ejerza la potestad normativa extraordinaria mediante decretos-leyes en el ámbito económico y financiero. La Constitución de 1999 no deja ninguna duda, se trata de decretos dictados por el Presidente de la República que tienen el mismo rango o valor que una ley.
2. De acuerdo con la norma citada se trata de una potestad propia del Presidente de la República que debe ejercer en Consejo de Ministros, siempre que esté autorizado por una ley habilitante. El mecanismo que le permite al Presidente dictar decretos con fuerza de ley es una autorización de la Asamblea Nacional. No hay, por tanto, una delegación legislativa. En este aspecto no hay diferencia con respecto a la Constitución de 1961, pues, según la opinión mayoritaria de la doctrina, a la cual nos adherimos, ésta también preveía la autorización

⁴² Gaceta Oficial N° 35.280 de 23 de agosto de 1993.

del Poder Legislativo (Congreso), aunque algunos autores sostuvieran que había una delegación de competencias legislativas.

3. El Presidente de la República puede dictar decretos con fuerza de ley en cualquier circunstancia si está autorizado por una ley habilitante, pues el texto constitucional no dispone que hará uso de esta atribución en situaciones especiales o cuando el interés público lo requiera, como lo decía expresamente la Constitución de 1961. En consecuencia, en este aspecto la regulación de la Constitución de 1999 es más amplia que la de 1961, conforme a la cual el Presidente podía dictar medidas extraordinarias sólo cuando el interés público lo requería.
4. El Presidente puede emitir decretos con fuerza de ley en las materias contempladas en la ley de habilitación, sean materia económica, financiera, social o administrativa. Aquí encontramos otro cambio importante con respecto a la Constitución de 1961, en esta última el Presidente dictaba medidas extraordinarias sólo en materia económica o financiera.

La Constitución de 1999 amplía la potestad del Presidente de la República para dictar decretos-leyes, no sólo porque no hay limitación constitucional en cuanto a las materias que pueden ser reguladas por esta vía, sino porque no es necesaria una situación de crisis, ni de emergencia, ni que el interés público lo requiera para que el Presidente sea autorizado para dictarlos, en cualquier momento puede hacerlo si consigue que la Asamblea sancione una ley habilitante y, esto no le será muy difícil si el Presidente tiene el apoyo de la mayoría de la Asamblea.

La Constitución de 1961 establecía que la autorización era otorgada por ley especial y en algunas oportunidades se le dio rango de ley orgánica, por ejemplo la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República (Rafael Caldera) para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera de abril de 1994⁴³. La Constitución de 1999 introduce la figura de las leyes habilitantes para autorizar al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley. Estas leyes son aquellas sancionadas por la Asamblea Nacional, que tienen las siguientes características: deben ser aprobadas por las tres quintas partes de sus integrantes, es decir, por una mayoría calificada; establecen las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República con rango y valor de ley y deben fijar el plazo de su ejercicio (artículo 203).

⁴³ Gaceta Oficial N° 35.442 de 18 de abril de 1994.

Este artículo recoge la figura de la delegación, en el sentido de que la Asamblea, mediante la ley habilitante, delega al Presidente de la República un conjunto de materias para que las regule por decreto con fuerza de ley. Pero el artículo 236 en su ordinal 8 establece que el Presidente podrá dictar decretos con fuerza de ley previa autorización de la Asamblea Nacional. En consecuencia, debemos señalar que la Constitución prevé dos figuras distintas, la delegación y la autorización. Parecería, por tanto, que, por medio de la ley habilitante, la Asamblea autoriza al Presidente para dictar los decretos con fuerza de ley y delega las materias en las cuales emitirá los referidos decretos.

Estos decretos-leyes pueden ser derogados por leyes dictadas por la Asamblea Nacional, por otros decretos-leyes o «por referendo abrogatorio» cuando fuere solicitado por un número no menor al cinco por ciento de la población electoral, siendo indispensable para su validez la concurrencia del cuarenta por ciento del electorado inscrito en el registro civil y electoral (artículo 74).

Por otra parte, el Presidente de la República puede regular los derechos de los ciudadanos, sin necesidad de una autorización de la Asamblea Nacional, en el mismo decreto que declare un estado de excepción y la restricción de las garantías constitucionales.

En efecto, la Constitución de 1999 otorga al Presidente de la República la potestad para decretar, en Consejo de Ministros, los estados de excepción cuando las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y las facultades de las cuales dispone para hacer frente a tales hechos resulten insuficientes. En tal caso, el Presidente podrá restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, salvo las referidas al derecho a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles (artículo 337).

El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Na-

cional o la Comisión Delegada, antes del término señalado al cesar las causas que lo motivaron (artículo 339).

En estas disposiciones observamos diferencias importantes con respecto a la Constitución de 1961 entre las cuales mencionaremos las siguientes:

- La Constitución de 1999 establece tres estados de excepción: el estado de alarma, para casos de catástrofes, calamidades públicas o acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de los ciudadanos; el estado de emergencia económica, cuando circunstancias económicas extraordinarias afecten gravemente la vida económica de la Nación; y, por último, el estado de conmoción interior o exterior, en los supuestos de conflicto interno o externo que hagan peligrar la seguridad de la Nación, de los ciudadanos o de las instituciones. La Constitución de 1961 sólo consagraba el estado de emergencia que el Presidente de la República podía declarar en caso de conflicto interior o exterior o cuando existiesen fundados motivos de que uno u otro pudiese ocurrir (artículo 240).
- En la Constitución de 1961, en los supuestos de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica o social, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede restringir o suspender las garantías constitucionales, con excepción de las siguientes: el derecho a la vida (artículo 59), el derecho de una persona sometida a restricción de su libertad a que no se le cause sufrimiento físico o moral (artículo 60 ordinal 3) y el derecho a no sufrir penas perpetuas o infamantes (artículo 60 ordinal 7). De acuerdo con esta Constitución, el Presidente podía decretar la suspensión o la restricción de garantías por un estado de emergencia, pero también por otras causas como graves circunstancias que afecten la vida económica. En cambio, en la Constitución de 1999 el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, sólo puede restringir temporalmente las garantías en caso de declaratoria de un estado de excepción, tal como se deduce del artículo 337.
- La Constitución de 1961 contemplaba la suspensión o restricción de las garantías constitucionales, con las excepciones en ella previstas mientras que la Constitución de 1999 sólo señala que las garantías podrán ser restringidas temporalmente.
- La Constitución de 1999 amplía las garantías que no pueden ser restringidas en relación con la de 1961. En este sentido, tales garantías son las referidas al derecho a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la informa-

ción y los demás derechos humanos intangibles. Hay que mencionar como algo positivo de la Constitución de 1999 la eliminación de la posibilidad de suspender las garantías y la ampliación de las excepciones frente a la restricción.

- Por último, el decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, está sometido al control de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, a través del mecanismo de la aprobación y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que debe pronunciarse sobre su constitucionalidad. La Constitución de 1961 preveía que los decretos de declaratoria del estado de emergencia y de suspensión o restricción de garantías constitucionales debían ser sometidos a la consideración de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada, dentro de los diez días siguientes a su publicación (artículo 242). Se trataba de someterlos a la consideración del extinto Congreso, por tanto no se requería como sí sucede ahora la aprobación legislativa. En efecto, según la Constitución vigente, el Presidente de la República presentará el decreto, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

El problema está en determinar cuándo entra en vigencia el decreto, el día que el Presidente lo dicta puede publicarlo en la Gaceta Oficial y comienza a producir todos sus efectos o el Presidente debe esperar para publicarlo y por tanto, entrará en vigencia una vez que sea aprobado por la Asamblea Nacional o por la Comisión Delegada y que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncie sobre su constitucionalidad. Esta última interpretación tiene la dificultad de que en una situación de verdadera gravedad el Presidente no podrá esperar al ejercicio de estos controles para tomar las medidas necesarias.

- En el decreto que declare un estado de excepción el Presidente de la República regulará el ejercicio de los derechos cuyas garantías se restringen, estableciendo limitaciones no previstas en la Constitución ni en las leyes. La restricción de las garantías implica que el ejercicio de mis derechos puede ser regulado por el Presidente de la República, dejando de ser una materia de la reserva legal. En consecuencia, tanto en el marco de la Constitución de 1961 como en la de 1999 el Presidente de la República puede regular derechos de los ciudadanos, sin necesidad de tener una autorización ni una delegación de competencias del Poder Legislativo, por situaciones de emergencias que den

lugar a la declaratoria de un estado de excepción. Sin embargo, hay que mencionar que esta potestad del Presidente de la República tiene más controles en la Constitución de 1999 que en la de 1961: el decreto debe ser aprobado por la Asamblea Nacional o por la Comisión Delegada y está sometido al control de la constitucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia. Estos mecanismos de control no estaban previstos en la Constitución de 1961, por tanto las potestades del Presidente de la República eran más amplias en lo que se refiere a la suspensión de las garantías y a la regulación de los derechos constitucionales por decretos-leyes dictados con base en esa suspensión.

CONCLUSIONES

1. Al abordar el tema de los decretos-leyes la primera interrogante que nos surgió fue si la asunción de potestades legislativas por el Poder Ejecutivo lesiona el principio de la separación de poderes. Del análisis efectuado se evidencia una respuesta negativa, pues la esencia del principio no implica una independencia total entre los órganos del Estado y sus funciones. En este sentido, la Constitución de 1999 consagra la distribución vertical del Poder Público y la división del Poder Público Nacional, la asignación de funciones propias a cada una de las ramas del Poder Público y la colaboración entre ellas para alcanzar los fines del Estado.
2. El Presidente de la República tiene, de acuerdo a la Constitución de 1999, como funciones propias la de gobierno y la administrativa, pero ella misma le confiere la potestad para dictar normas jurídicas con rango de ley (función legislativa) en determinadas situaciones, en las cuales por razones de urgencia, de interés público o de conveniencia nacional, el Ejecutivo no puede esperar que la Asamblea Nacional legisle.
3. Esta misma potestad presidencial la encontramos en países como Francia, España, Italia, Colombia, Argentina, México, por sólo mencionar algunos, con distintas modalidades y denominaciones, según las respectivas disposiciones constitucionales.
4. Los decretos-leyes son actos normativos emanados del Presidente de la República o del Gobierno, con rango de ley. Se pueden dictar por una delegación de competencias que hace el Poder Legislativo a favor del Ejecutivo o por una autorización dada por aquél a éste, pero también se pueden dictar en situaciones graves, sin intervención previa del Poder Legislativo, con un control posterior a través de la ratificación o aprobación de tales actos. En todo caso, es indispensable

que estas potestades estén consagradas expresamente en el texto constitucional.

5. La Constitución de 1999 amplía la potestad al Presidente de la República para dictar decretos-leyes con autorización legislativa, con respecto a la de 1961. Primero, porque no establece limitaciones en cuanto a las materias que puedan ser reguladas por esta vía. La ley habilitante puede fijar cualquier materia para ser regulada por decreto con fuerza de ley. Segundo, porque no es necesaria una situación de crisis, ni de emergencia, ni que el interés público lo requiera para que el Presidente de la República sea autorizado para dictarlos.
6. Sobre los decretos-leyes que tradicionalmente se han dictado con base en la suspensión o restricción de las garantías constitucionales, debemos señalar que parecería que con la Constitución de 1999 esta potestad del Presidente de la República estará más limitada si la comparamos con las Constituciones anteriores, porque hay más controles por parte del Poder Legislativo y del Poder Judicial sobre la misma y especialmente porque se eliminó la posibilidad de suspender las garantías y se ampliaron las excepciones frente a las restricciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, traducción a la tercera edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch casa editorial. Barcelona 1970.
- ANDUEZA, José Guillermo. *Doctrina de la Procuraduría General de la República del año 1970*, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas 1971.
- ANDUEZA, José Guillermo: «Las Potestades Normativas del Presidente de la República» en *Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo IV. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1979.
- AVELLANEDA, Eloísa. *El Control Parlamentario*. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1999.
- BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público*, Tomo III (Derecho Constitucional): «El Decreto-Ley», Editorial Depalma, Buenos Aires 1952.
- BREWER CARÍAS, Allan. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.
- . *Derecho Administrativo*, tomo I, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, segunda edición, Caracas 1980.
- . *Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979*. Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia. Valencia 1980.
- CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1948.
- FARIAS MATA, Henrique. *Materiales de Procedimiento Administrativo*. Mimeografiado.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas. Tercera Edición. Madrid 1979.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. «La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961», en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*. Tomo III. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1979.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: «Sobre las Autorizaciones Legislativas» en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1975.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Editorial Tecnos. Madrid 1970.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan: «Problemas actuales del Decreto-Ley» en *Revista de Administración Pública* #15, Madrid 1954.
- GASCÓN Y MARÍN, José: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Doctrina General, C. Bermejo Impresor, Décima Edición, Madrid 1948.
- GÓMEZ ACEBO, Ricardo: «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes Delegadas y Decretos-leyes» en *Revista de Administración Pública* # 6. Madrid 1951.
- HAURIOU, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Colección Demos. Madrid 1980.
- LA ROCHE, Humberto. *Las Habilitaciones Legislativas en Venezuela*. Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, Maracaibo 1976.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1998.
- MOLES CAUBET, Antonio. *El Principio de Legalidad y sus implicaciones*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1974.
- . «Dogmática de los Decretos-leyes». Curso de Ampliación de Estudios en Derecho Público. Lección Inaugural. Centro de Estudios para Graduados. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1974.
- MONTESQUIEU. *Esprit des lois*, libro XI, capítulo IV.
- QUINTERO, César. *Los Decretos con valor de Ley*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958.
- PÉREZ LUCIANI, Gonzalo: «La Actividad Normativa de la Administración» en *Revista de Derecho Público* # 1. Enero-marzo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1980.
- RIVERO, Jean: *Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1984.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo I*, Montevideo 1959.
- TARRE BRICEÑO, Gustavo. «La separación de poderes en Venezuela», en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*. Tomo III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1979.
- VEDEL, Georges: *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid 1980.
- ZANOBINI, Guido. «La Gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento» en *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milano 1955. Dott Giuffré Editore.
- . *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I (Parte General) Ediciones Arayú, Buenos Aires 1954.

Consideraciones sobre el Régimen de Distribución de Competencias del Poder Público en la Constitución de 1999

ALLAN R. BREWER-CARÍAS*

I. LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO Y LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS

CONFORME A LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL venezolana, la Constitución de 1999 (G.O. N° 5.453 Extraordinario de 24-3-2000) conservó la organización del Estado con forma federal, mediante un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos, y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos, y algunas competencias residuales e implícitas.

1. La distribución vertical del Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal

En las Constituciones Venezolanas, la forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del Poder Público, comenzó a expresarse formalmente en la Constitución de 1858, que estableció que «El Poder Público se divide en Nacional y Municipal» (art. 9). Posteriormente, en la Constitución de 1901 se retomó la fórmula, expresándose que «El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal y el Poder de los Estados» (art. 29), lo que se repitió en todas las Constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual se agregó al Poder Municipal así: «El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal, el de los Estados y el Municipio» (art. 51).

* Universidad Central de Venezuela, Profesor Emérito. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Individuo de Número.

La norma se repitió en las Constituciones posteriores hasta que en la Constitución de 1947 se invirtió la enumeración así: «El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional...» (art. 86), lo que se repitió en la Constitución de 1953 (art. 40) y ahora se recoge en la Constitución de 1999 en cuyo artículo 136 se dispone:

«Art. 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional...»

La Constitución de 1961 no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que «Cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias...» (art. 118), aludiendo, sin duda, a las ramas Nacional, Estadal y Municipal, pero sin enumerarlas.

En el texto constitucional, en todo caso, se pueden encontrar disposiciones que se refieren, en general, al Poder Público o al «Estado» y que, por tanto, rigen respecto de los órganos de los tres niveles territoriales; y disposiciones específicamente destinadas a cada uno de los niveles, sea a la República, a los Estados o a los Municipios.

2. La «Federación Descentralizada»

De acuerdo con lo anterior, el Estado venezolano, durante toda su existencia desde 1811, ha tenido una forma Federal, lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales en el nivel intermedio, es decir, de los Estados federados y, antes de 1864, de las entonces denominadas Provincias. En esa fecha, el triunfo de la Revolución Federal precisamente condujo a la adopción definitiva de la forma federal del Estado, que sustituyó a la fórmula mixta de 1830, que a la vez había sustituido a la «Confederación» de 1811; adoptándose la denominación de la República como «Estados Unidos de Venezuela», la que se conservó hasta 1953.

Pero la Federación venezolana, a partir de 1901, cuando se produjo el colapso del sistema de Estado Federal liberal que se había instaurado en 1864, comenzó a ser una Federación centralizada, habiéndose centralizado el Estado en todos los órdenes. El centralismo estatal continuó a pesar del cambio político de 1946 y 1958, desarrollándose a partir de esa fecha la forma democrática de la Federación centralizada que hemos tenido en las últimas décadas.

La gran transformación política que había que establecer en la Constitución de 1999 era, por tanto, sustituir efectivamente la Federación Centralizada por una Federación Descentralizada. Grandes esfuerzos se hicieron en la materia, pero la reforma y profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia que

debió ser el tema central del debate constituyente, no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4 que precisa que «La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución»; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 que decía que «La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución».

En uno u otro caso, «los términos consagrados por la Constitución» son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación; y la comparación entre unos y otros «términos» revela muy poca diferencia.

En la Constitución de 1999, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961. En realidad, sólo se constitucionalizaron aspectos ya establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, que ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los Estados de competencias del Poder Nacional.

Pero no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación, como por ejemplo, era el cambio necesario en la distribución de los recursos tributarios hacia los Estados; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional Unicameral (art. 186), y al permitirse la limitación por Ley nacional de la autonomía de los Estados (art. 162) y de los Municipios (art. 168) lo que es negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que está basada en el concepto de autonomía territorial, precisamente entre los entes políticos-territoriales.

En consecuencia, la denominación de «Federación Descentralizada» para identificar la forma del Estado es, sin duda, un avance nominal, pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos.

3. Los principios del Estado Federal

Toda Federación, sea Centralizada o Descentralizada, está montada sobre un principio de la distribución territorial del Poder Público que conforme al artículo 136 de la Constitución, es «entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional». La coherencia y unicidad del Estado y su organización política exige que dicha distribución del Poder se rija, conforme lo indica el artículo 4 de la Constitución, «por los princi-

pios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad».

Es decir, la distribución territorial del Poder Público no puede, en forma ni caso alguno, atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del Poder Público entre la República, los Estados y los Municipios, exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluye la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Además de los anteriores principios, el artículo 165 de la Constitución, que se refiere a las competencias concurrentes entre los tres niveles territoriales del Poder Público (República, Estados y Municipios), exige que las mismas sean desarrolladas mediante leyes de bases dictadas por la Asamblea Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados, legislación que debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

En cuanto al principio de interdependencia, éste implica que los niveles territoriales, en el ejercicio de las competencias concurrentes, deben tener relaciones de dependencia, unos respecto de otros, en forma recíproca y mutua, para lo cual la coordinación de esfuerzos es fundamental. Esta coordinación debe realizarse, fundamentalmente por un órgano intergubernamental que es el Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

Por último se destaca el principio de la subsidiariedad en la distribución de competencias. Si «el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional», «colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa» según lo expresa la Exposición de Motivos de la Constitución; el principio de asignación de competencia debería estar en el primer nivel, el municipal, debiendo ser asumidas las mismas en niveles superiores, sólo en forma subsidiaria, cuando no puedan efectivamente desarrollarse a nivel local.

4. LAS COMPETENCIAS (ATRIBUCIONES Y MATERIAS) DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO

La distribución vertical del Poder Público entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional, en los términos definidos en el artículo 136 de la Constitución, conduce a una distribución de competencias entre los distintos órganos del Poder Público. Por ello, en la Constitución se precisan las competencias que corresponden a los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, el Poder Público Estatal y el Poder Público Municipal.

Esta distribución de competencias entre los tres niveles del Poder Público, en todo caso, en el sistema de distribución vertical del Poder Público, permite distinguir entre las competencias en el sentido de «atribuciones» asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales; y competencias en el sentido de «materias» sobre las cuales se ejercen las atribuciones en los tres niveles territoriales (arts. 156, 164, 178 y 179).

En efecto, en cuanto a la competencia de los órganos del Poder Público se observa lo siguiente: el artículo 156 de la Constitución («Es de la competencia del Poder Público Nacional...») enumera un conjunto de «materias» que corresponden al Poder Nacional, indicándose las competencias del mismo, sin precisar si son competencias exclusivas o no. En esa enumeración, en realidad, hay materias que son tanto de la competencia exclusiva del Poder Nacional como de competencia concurrente con otros niveles territoriales. En este artículo 156 de la Constitución, por supuesto, no se regulan las competencias en el sentido de «atribuciones», pues éstas se asignan a cada uno de los órganos del Poder Público Nacional en forma aparte, esa vez, si, en forma de exclusiva: a la Asamblea Nacional, por ejemplo, «legislar en las materias de la competencia nacional» (art. 178,1); al Presidente de la República, por ejemplo, Administrar la Hacienda Pública Nacional (art. 236,11); y al Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes (art. 336,1).

En cuanto a los Municipios, la distinción normativa entre competencias en el sentido de «atribuciones» y competencias como «materias» sobre las cuales se ejercen las atribuciones, también está establecida en la Constitución: en el artículo 178 se regula «la competencia del Municipio» en un conjunto de «materias» que no son de ejercicio exclusivo; y en los artículos 174 y siguientes se precisan las «atribuciones» de los órganos del Poder Público Municipal, los cuales, por supuesto, son de carácter exclusivo: al Concejo Municipal se asigna la competencia para ejercer la «función legislativa del Municipio» (art. 175) y al Alcalde, la competencia para ejercer «el gobierno y la administración del Municipio» (art. 174).

En relación a los Estados, la distinción de regulación normativa antes indicada que existe en relación al Poder Nacional y al Poder Municipal, no es tan precisa. El artículo 164 de la Constitución, cuando enumera la «competencia exclusiva de los Estados», mezcla «atribuciones» con «materias» sobre las cuales se ejercen dichas atribuciones. Por ejemplo, al indicar que «es de la competencia exclusiva de los Estados»: «dictar su propia Constitución» (ord. 1), «la organización de sus Municipios» (ord. 2) y «administrar sus bienes» (ord. 3), está precisando, en realidad, atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público en cada Estado; pero cuando enumera dentro de las mismas «competencias exclusivas» «la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres» (ord. 9), está indicando una «materia» de la competencia estatal, de carácter exclusivo, que deben ejercer los órganos de cada Estado, conforme a sus respectivas atribuciones.

Para ello, la Constitución, en otras normas, precisa el detalle de esas atribuciones: al Consejo Legislativo le asigna la atribución de «legislar sobre las materias de la competencia estatal» (art. 162,1) y al Gobernador del Estado la de ejercer «el gobierno y administración de cada Estado» (art. 160).

Ahora bien, quedando precisado que las «atribuciones» de los diversos órganos del Poder Público, tanto del Poder Público Nacional, como del Poder Público Estatal, como del Poder Público Municipal son siempre «competencias» de carácter exclusivo (dentro de las limitaciones constitucionales); en cambio, no todas las competencias en el sentido de «materias» sobre las cuales se ejercen las atribuciones, son atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Poder Público. En algunos casos, sí, son materias de la competencia exclusiva de los distintos niveles territoriales; en otros casos, son materias de competencias concurrentes; en otros se trata de materias de competencia residual.

Analizaremos, separadamente, las competencias de los niveles territoriales del Poder Público (Poder Nacional, Poder Estatal, Poder Municipal), en el sentido de «materias» sobre las cuales sus órganos ejercen sus atribuciones, distinguiendo las materias de competencia exclusiva y concurrente.

II. LAS MATERIAS DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA

Las materias de la competencia exclusiva, como su nombre lo indica, son las atribuidas a cada uno de los niveles territoriales del Poder Público para ser ejercidas en forma exclusiva y excluyente por sus órganos constitucionales, respecto de otros órganos del Poder Público. En la Constitución, estas materias de la competencia exclusiva se atribuyen básicamente al

Poder Nacional y al Poder Municipal. El Poder Estatal, en realidad, casi no tiene materias de la competencia exclusiva.

1. Las materias de la competencia exclusiva del Poder Público Nacional

En la misma tradición del artículo 136 de la Constitución de 1961, el artículo 156 de la Constitución de 1999 enumera un conjunto de materias de la competencia del Poder Nacional.

En algunos casos, la enunciación de la «materia» de la competencia exclusiva, se hace con carácter global, abarcando toda la materia; en otros casos, la indicación de la materia se hace atribuyendo al Poder Nacional sólo un aspecto de la misma. Por ello, podemos distinguir materias de la competencia exclusiva global, de materias de la competencia exclusiva parcial del Poder Público Nacional.

A. Las materias de la competencia exclusiva del Poder Público Nacional, en forma global

A. LAS RELACIONES INTERNACIONALES

1. La política y la actuación internacional de la República (art. 152 y sigts.).

Adicionalmente se debe agregar la competencia para la aprobación y ratificación de los tratados internacionales (art. 154).

B. LAS CUESTIONES DE SEGURIDAD Y DEFENSA

2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el Territorio Nacional.
7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional (arts. 326 y sigts.)
8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional (arts. 328 y sigts.)
30. El manejo de la política de fronteras con una visión integral del país, que permita la presencia de la venezolanidad y el mantenimiento territorial y la soberanía en esos espacios (arts. 15 y 327).

C. EL RÉGIMEN DE LOS SÍMBOLOS PATRIOS

3. La bandera, escudo de armas, himno, fiestas, condecoraciones y honores de carácter nacional (art. 8).

D. EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS

4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras (art. 38).
5. Los servicios de identificación.

E. EL RÉGIMEN DE LA DIVISIÓN TERRITORIAL

10. La organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales (arts. 17 y 18).

Adicionalmente, conforme al artículo 16, también corresponde al Poder Nacional la división político-territorial de la República, la creación y régimen de los Territorios Federales y el régimen municipal (art. 169).

F. EL RÉGIMEN DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES

31. La organización y administración nacional de la justicia, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo.

Además, corresponde al Poder Nacional, la legislación sobre la organización y funcionamiento de todos los órganos del Poder Público Nacional y de los demás órganos e instituciones nacionales del Estado (ord. 32).

G. EL RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, de la moneda extranjera, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.
15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.
17. El régimen de metrología legal y control de calidad
18. Los censos y estadísticas nacionales.
21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República.

Además, corresponde al Poder Nacional la legislación antimonopolio (art. 113) y la que regule los ilícitos económicos (art. 114).

H. EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

22. El régimen y organización del sistema de seguridad social.

I. EL RÉGIMEN DEL CORREO Y LAS TELECOMUNICACIONES

28. El régimen de servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético

J. LA LEGISLACIÓN GENERAL

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Al tratarse de legislación que se refiere al régimen civil de propiedad sobre bienes, también compete al Poder Nacional la legislación sobre el dominio público de las costas (art. 12), las aguas (art. 304) y las riquezas del subsuelo (art. 12).

B. Las materias de la competencia exclusiva del Poder Público Nacional, en forma parcial

En otros casos, el artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia sobre determinadas materias, en forma exclusiva respecto de un aspecto parcial de dichas materias. Esto sucede en los siguientes casos:

A. LA POLICÍA NACIONAL

El ordinal 6º del artículo 156 atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional en materia de «policía nacional», lo que implica que no toda la materia relativa a la policía que regula la Constitución (art. 332) corresponde al Poder Nacional. Se trata de una materia de la competencia concurrente entre los diversos niveles territoriales. Sin embargo lo que es materia de competencia exclusiva del Poder Nacional es la *policía nacional*.

B. EL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS Y EMERGENCIAS

El ordinal 9 del artículo 156 de la Constitución, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de «El régimen de la administración de riesgos y emergencias», como parte de la función de seguridad ciudadana que regula la Constitución (art. 52 y 332).

Lo que se atribuye al Poder Nacional como competencia exclusiva en esta materia, es el «régimen» y la creación de «un cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil» y «una organización de protección civil y administración de desastres» (art. 332); existiendo otros aspectos que son de la competencia concurrente con los Estados y Municipios.

C. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO NACIONAL Y LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESTADAL Y MUNICIPAL

El artículo 156, ordinal 12 de la Constitución define el ámbito de la competencia exclusiva del Poder Nacional en relación con la potestad tributaria, definiendo cuáles son los tributos nacionales, así:

12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas; de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios; de los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco...

La materia tributaria, en general, por supuesto no es competencia exclusiva del Poder Nacional, ya que la Constitución asigna competencia tributaria a los Estados (art. 164 y 167) y a los Municipios (art. 139), e inclusive garantiza que la potestad tributaria de éstos es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que la Constitución y las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades (art. 180).

La materia tributaria de la competencia exclusiva del Poder Nacional, es sólo la antes indicada (art. 156,12), correspondiendo además, al Poder Nacional, en forma exclusiva, asignar a los Estados mediante ley nacional, impuestos, tasas y contribuciones especiales con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales (art. 167,5).

Además, también corresponde al Poder Nacional, en forma exclusiva:

13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

Además, en materia tributaria, el Poder Nacional también tiene competencia exclusiva (art. 156) para:

14. La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.

Los Municipios, en efecto, conforme al art. 179, tienen entre sus ingresos:

3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución de mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.

D. RÉGIMEN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS MINAS

El artículo 156, ord. 16 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de «El régimen y administración de las minas e hidrocarburos».

La materia minera, sin embargo, también está atribuida a los Estados, en relación con el «régimen y administración de minerales no metálicos...; las salinas... de conformidad con la ley». (art. 164,5).

E. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS

El Poder Nacional tiene competencia en materia de «régimen de las tierras baldías» (art. 156,16).

La Constitución por otra parte atribuye a los Estados «la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley (art. 164,5).

F. LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES

El artículo 156,16 asigna al Poder Nacional competencia en materia de «la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país».

Por su parte, el artículo 164,5 atribuye a los Estados competencias sobre «los ostrales... de conformidad con la ley».

G. LA ORDENACIÓN NACIONAL DEL AMBIENTE Y DE LA OCUPACIÓN DEL TERRITORIO

El artículo 156 de la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional «las políticas *nacionales* y la legislación en materia ... (de) ambiente, aguas... y ordenación del territorio» (ord. 23); y «la legislación sobre ordenación urbanística» (ord. 19).

Las políticas estatales y municipales en esas materias, por tanto, corresponde a los Estados y Municipios.

H. LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA

a'. La ordenación normativa de las obras de infraestructura

Corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional, regular el sistema normativo de las obras de infraestructura, para lo cual el artículo 156 le asigna competencia para:

19. El establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo...

Además, corresponde al Poder Nacional la competencia para establecer «el régimen ... de los puertos, aeropuertos y su infraestructura» (art. 156,26).

b'. Las obras públicas nacionales

En materia de obras públicas, la Constitución asigna competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de «obras públicas de interés nacional» (art. 156,20), por lo que la competencia en materia de obras públicas estatales y municipales corresponde, respectivamente, a los Estados y Municipios.

c'. La vialidad nacional

Conforme al artículo 156, ord. 27, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional: «27. El sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales».

Lo que se reserva al Poder Nacional no es la vialidad, sino el sistema (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello los Estados y Municipios, tienen competencia en materia de vialidad estatal y municipal.

d'. Régimen nacional de la vivienda

Corresponde al Poder Público Nacional competencia en materia de «las políticas nacionales y la legislación en materia de vivienda» (art. 156,23), lo que no excluye las competencias estatales y municipales en materia de política de vivienda.

I. EL TRANSPORTE NACIONAL

El artículo 156,26 de la Constitución, atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de: «26. El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter *nacional*...»

El ordinal 27, además, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de «ferrocarriles nacionales».

En consecuencia, también puede haber transporte estatal y municipal, cuyo régimen compete a Estados y Municipios. Sin embargo, sólo compete al Poder Nacional «las políticas nacionales y la legislación en materia naviera» (art. 156,23), lo que no excluye que pueda haber políticas estatales y municipales en esa materia.

J. LA POLÍTICA RELATIVA A LOS SERVICIOS PÚBLICOS NACIONALES DE EDUCACIÓN Y SALUD

El ordinal 23 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de «las políticas nacionales y la legislación en materia... de sanidad»; y el ordinal 24, competencia en cuanto a: «24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud».

Ello implica que también los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estatales y municipales de educación y salud.

K. LA POLÍTICA NACIONAL Y LA ORDENACIÓN NORMATIVA DEL TURISMO

El ordinal 23 del mismo artículo 156 atribuye al Poder Nacional competencia en materia de «las políticas nacionales y la legislación en materia de ... turismo»; lo que no excluye las competencias de los Estados y Municipios en las políticas estatales y municipales de turismo.

L. LAS POLÍTICAS NACIONALES PARA LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA

Corresponde a la competencia del Poder Nacional, conforme al artículo 156, ord. 25 de la Constitución, «25. Las políticas *nacionales* para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal».

El ordinal 23 del mismo artículo, además, atribuye al Poder Nacional «las políticas nacionales y la legislación en materia de ... seguridad alimentaria».

En consecuencia, sólo se reserva al Poder Nacional las políticas nacionales en esta materia, lo que permite el desarrollo por los Estados y Municipios, de políticas estatales y municipales en la misma materia.

M. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El ordinal 29 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de: «29. El régimen general de los servicios públicos domiciliarios y en especial, electricidad, agua potable y gas».

La exclusividad de la competencia nacional en esta materia sólo se refiere al «régimen general» de los servicios, pero no al régimen particular y la prestación que puede corresponder a los Estados (art. 164,8) y Municipios (178,6).

2. Las materias de la competencia exclusiva, parcial, del Poder Público Estatal

Si se analiza detenidamente el artículo 164 de la Constitución, en contraste con el contenido de los artículos 156 (materias de la competencia

del Poder Nacional), puede constatarse que en esa norma, cuando enumera la competencia «exclusiva» de los Estados, mezcla «atribuciones» con «materias» sobre las cuales se ejercen las mismas.

En efecto, antes de analizar las «materias» de la competencia exclusiva de los Estados, debe precisarse que los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 164 en realidad lo que definen son «atribuciones» generales exclusivas de los órganos de los Poderes Públicos Estadales. A ellos, en efecto corresponde, según las atribuciones que la Constitución confiere a los Consejos Legislativos y al Gobernador,

1. Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos.
2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a esta Constitución y a la ley.
3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignan como participación en los tributos nacionales

Ahora bien, en relación con las materias de la competencia exclusiva de los Estados, en general, las enumeradas en el artículo 164 de la Constitución pueden considerarse materias de la competencia exclusiva parcial, pues en otros aspectos de las mismas materias se asignan competencias a otros órganos del Poder Público.

A. Los tributos estadales

El artículo 164,4 asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de: «La organización, recaudación, control y administración de los recursos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estadales».

Esta competencia «exclusiva», sin embargo, conforme a la Constitución, es una competencia vacía de contenido ya que la propia Constitución no prevé «recursos tributarios propios» algunos de los Estados. Esos recursos dependen totalmente de la ley nacional que asigne a los Estados impuestos, tasas y contribuciones especiales «para promover el desarrollo de las haciendas públicas estadales» (art. 167,5).

En consecuencia, no sólo la materia tributaria como competencia exclusiva es una competencia vacía en la Constitución, sino que su ejercicio depende íntegramente de la ley nacional.

B. Los minerales no metálicos y las salinas

El artículo 164,5 de la Constitución asigna competencia a los Estados en cuanto al «régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas ..., de conformidad con la ley».

Esta materia de la competencia exclusiva se había transferido a los Estados por el art. 11,2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (G. O. N° 4.153 Extra de 28-12-98).

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, en todo caso, queda sujeta al régimen general que el Poder Nacional puede establecer sobre «las minas e hidrocarburos... y otras riquezas naturales del país» (art. 156,16).

C. La administración de las tierras baldías

El artículo 164,5 de la Constitución asigna a los Estados competencia para «la administración de las tierras baldías en su jurisdicción».

Esta competencia, sin embargo, debe ejercerse conforme al régimen de las tierras baldías que establezca el Poder Nacional (art. 156,16). En todo caso, conforme a la Disposición Transitoria Décimo Primera de la Constitución, «hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el Poder Nacional, conforme a la legislación vigente».

D. Los ostrales

Los Estados tienen competencia en relación con «los ostrales.. de conformidad con la ley» (art. 164,5).

Por supuesto, correspondiendo al Poder Nacional la competencia general respecto de la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país» (art. 156,16), los Estados están sujetos a esa regulación general al ejercer su competencia en relación con los ostrales.

E. La policía estatal y el ámbito de la policía municipal

Los Estados tienen como materia de la competencia exclusiva: «La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable» (art. 164,6).

Esta competencia exclusiva, sin embargo, como lo dispone la norma, debe ejercerse por los Estados «conforme a la legislación nacional aplicable»,

lo que implica una sujeción al régimen general de la policía que establezca el Poder Nacional.

F. El ramo del papel sellado, timbres y estampillas

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 transfirió a los Estados «la competencia exclusiva» en materia de: «La organización, recaudación, control y administración del ramo del papel sellado» (art. 11,1).

Respetando esta descentralización de competencias, el artículo 164,7 de la Constitución de 1999, igualmente asigna como competencia exclusiva a los Estados: «La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas».

Siendo una competencia exclusiva, su ejercicio sólo corresponde a los Estados: sólo éstos pueden establecer papel sellado, timbres y estampillas. Sin embargo, debe destacarse que la Sala Constitucional, en la sentencia del 13-12-00 dictada con motivo de la interpretación de la Ley Especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas, sobre este ramo fiscal ha señalado que la venta de especies fiscales es sólo «una forma de pago de los tributos» que puede ser explotado por cualquier ente público territorial para pechar los servicios que presta. La Sala agregó:

Las especies fiscales como instrumentos de pago pueden ser creadas por cualquier municipalidad.... Pero estas especies sólo pueden ser usadas para cancelar los impuestos, tasas o contribuciones que el Municipio puede aprobar al no colidir con otros impuestos nacionales o estatales. (Sentencia N° 1563, de 13-12-00, págs. 55 de 61 y 56 de 61, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>).

G. LAS OBRAS PÚBLICAS ESTADALES

Al atribuirse al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde a los Estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales.

H. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESTADALES

El artículo 164,8 de la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de: «La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales».

En ninguna norma constitucional se atribuye a los Estados competencias en servicios públicos específicos, por lo que esta materia, en realidad, se configura como una materia de la competencia concurrente con otros niveles del Poder Público, como las referidas a los servicios de salud, educativos o de deportes, por ejemplo.

En todo caso, la competencia estatal en materia de servicios públicos se corrobora por lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución.

I. LA VIALIDAD ESTADAL

La Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de: «La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales» (art. 164,9).

Las vías terrestres estatales son «las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales», tal como las define el artículo 6 del Reglamento Parcial N° 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre (G.O. N° 35.327 de 28-10-93); siendo vías de comunicación nacionales, «las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites» (art. 4,1).

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es esencial, ya que el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al «Sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales» (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de «vialidad urbana».

J. LA ADMINISTRACIÓN DE LA VIALIDAD NACIONAL

Siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (art. 11,3), el artículo 164,10 de la Constitución asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de: «10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional».

Esta competencia, por supuesto no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de «sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales» (art. 156,27) sino a «la coordinación con el Poder Nacional» que éste debe regular.

K. ADMINISTRACIÓN DE PUERTOS Y AEROPUERTOS COMERCIALES

La Constitución, también siguiendo la descentralización de competencia efectuada a favor de los Estados por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de: «10. La conservación, administración y aprovechamiento de ... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional».

En esta materia, sin embargo, la competencia estatal es de ejercicio parcial, pues el Poder Nacional tiene competencia en materia de «El régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura» (art. 156,26) y en todo caso, la competencia estatal debe ejercerse «en coordinación con el Poder Nacional» conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

3. Las materias de la competencia municipal

A. Las materias de la competencia exclusiva del Poder Municipal en cuanto concierne a la vida local

El artículo 178 de la Constitución contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los Municipios. Sin embargo, puede decirse que las mismas no son, en absoluto, materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los Municipios son los aspectos de esas materias que «conciernen a la vida local», pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas al Poder Nacional y al Poder Estatal. Por ello, es la Ley Orgánica de Régimen Municipal la llamada a precisar los aspectos de las materias que conciernen a la vida local y que serían de la competencia exclusiva de los Municipios.

En consecuencia, puede decirse que conforme al artículo 178 de la Constitución, es competencia exclusiva de los Municipios «el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, *en cuanto concierne a la vida local*», en particular, las siguientes:

1. La ordenación y promoción del desarrollo económico y social; la promoción de la participación y el mejoramiento, en general de las condiciones de vida de la comunidad, (Encabezamiento);
2. La dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios; en particular, los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos (Encabezamiento y ords. 4 y 6)
3. Ordenación territorial y urbanística (ord. 1);
4. Patrimonio histórico (ord. 1);
5. Vivienda de interés social y aplicación de la política referente a la materia inquilinaria «con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia» (Encabezamiento y ord. 1);

6. Turismo local (ord. 1).
7. Parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación (ord. 1);
8. Arquitectura civil, nomenclatura y ornato
9. Vialidad urbana (ord. 2);
10. Circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2);
11. Servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2);
12. Espectáculos públicos (ord. 3);
13. Publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales (ord.3);
14. Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental (ord. 4);
15. Protección civil; prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable; y servicios de prevención y protección vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal; (ords. 4, 5, y 6).
16. Salubridad y atención primaria a la salud (ord. 5)
17. Servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad (ord. 5);
18. Educación preescolar (ord. 5);
19. Servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario (ord. 5);
20. Actividades e instalaciones culturales (ord. 5);
21. Actividades deportivas (ord. 5);
22. Cementerios y servicios funerarios (ord. 6);
23. Justicia de paz (ord. 7).

A este listado debe agregarse la competencia municipal en materia de «obras públicas municipales» dado que el artículo 156,20 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas *nacionales*.

Los Municipios, en consecuencia, tienen competencia exclusiva en relación a las anteriores materias, pero *sólo en cuanto concierne a la vida local*, ya que la gran mayoría de las mismas se configuran como materias de la

competencia concurrente. En realidad sólo pueden identificarse como materias de la competencia exclusiva global del Poder Municipal, las siguientes:

- espectáculos públicos (ord. 3)
- cementerios y servicios funerarios (ord. 6)

Sin embargo, a pesar de la exclusividad, la autonomía municipal en cuanto al ejercicio de las competencias municipales queda sujeta, en general, a las limitaciones que establezca la ley nacional (art. 168), lo que es una negación de la propia autonomía.

B. Las competencias tributarias municipales

El artículo 179, ord. 2 de la Constitución asigna a los Municipios, como parte de sus ingresos, las siguientes competencias en materia tributaria de ejercicio exclusivo por los mismos:

2. ... los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.

Esta competencia, en todo caso, puede ser limitada por el Poder Nacional, en la legislación que la Asamblea Nacional dicte para: «... garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial» (art. 179,3),

Además, los Municipios también tienen como ingresos: «El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución de mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos» (art. 179,3).

Estas leyes de creación, son básicamente las nacionales, en ejecución de la competencia asignada al Poder Nacional en el artículo 156,14 de la Constitución.

III LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES

La gran mayoría de las materias referidas a las competencias que, en los artículos 156, 164 y 178 se distribuyen entre los tres niveles territoriales

del Poder Público, en realidad, son materias de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, o entre la República y los Municipios o entre la República y los Estados.

Estas materias objeto de competencias concurrentes, son las que conforme al artículo 165 de la Constitución, deben ser reguladas mediante *leyes de bases* dictadas por el Poder Nacional, lo que puede conducir a un condicionamiento excesivo por parte del Poder Nacional de los otros poderes territoriales; y además por leyes de desarrollo sancionadas por los Consejos Legislativos de los Estados. En todo caso, es obvio que estas leyes de base no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los Estados indicadas en el artículo 164, sino sólo a las materias de la competencia *concurrente*.

Sobre las leyes de bases, la Exposición de Motivos de la Constitución indica lo siguiente:

En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia de derecho comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases, en las que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes estatales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias.

En todo caso, la legislación sobre las materias de competencia concurrente debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad que ya se han comentado; y cuando se dicten leyes de bases por el Poder Nacional, la Asamblea Nacional obligatoriamente debe someterlas a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos (art. 206). Los Consejos Legislativos de los Estados también tienen la iniciativa legislativa, ante la Asamblea Nacional, respecto de las leyes relativas a los Estados (art. 204,8).

1. Antecedentes

La noción de materia de la competencia concurrente entre las diversas entidades del Estado Federal (República, Estados y Municipios) se elaboró a finales de la década de los setenta con motivo de la elaboración de los Proyectos de Constitución de los Estados Aragua y Yaracuy; para identificar lo que podían ser, en consecuencia, materias de la competencia de los Estados pero que no les correspondían en forma exclusiva, sino que en las mismas concurrían los diversos niveles político-territoriales. En particular, las competencias concurrentes se identificaron por deducción en todos los casos en los cuales la Constitución Nacional atribuía determinadas competencias y responsabilidades al «Estado». Esta expre-

sión comprende toda la organización política del Estado Federal, y por tanto, a estos efectos competenciales, tan «Estado» es la República como los Estados y los Municipios; por ejemplo, cuando la Constitución señala que «El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad...» (art. 75). Esta es una obligación tanto de los órganos del Poder Nacional (la República) como de los órganos del Poder Estatal (Estados) y de los órganos del Poder Municipal (Municipios).

En esta orientación se dictaron, por tanto, las Constituciones de Yaracuy, en 1979 y Aragua, en 1980, y varias otras Constituciones estatales, y como culminación del proceso se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, en cuyo artículo 4 se enumeraron, conforme a la Constitución de 1961, las «competencias concurrentes» entre la República y los Estados a los efectos de promover la transferencia progresiva de la República hacia los Estados de «los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional»:

Artículo 4: En ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución, y conforme a los procedimientos que esta Ley señala, serán transferidos progresivamente a los Estados los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional:

1. La planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia;
2. La protección de la familia, y en especial del menor;
3. Mejorar las condiciones de vida de la población campesina;
4. La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio;
5. La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el Poder Nacional;
6. La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico;
7. El deporte, la educación física y la recreación;
8. Los servicios de empleo;
9. La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesionales; y, de bienestar de los trabajadores;
10. La promoción de la agricultura, la industria y el comercio;
11. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales;

12. La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la Ley Nacional;
13. La ejecución de las obras públicas de interés estatal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el Poder Nacional y Municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estatales;
14. La vivienda popular, urbana y rural;
15. La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales;
16. La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el Poder Nacional;
17. La investigación científica; y
18. La defensa civil.

Siguiendo la misma orientación de estos antecedentes constitucionales y legales, en nuestro criterio pueden distinguirse las siguientes materias como de las competencias concurrentes.

2. El régimen de la seguridad y protección ciudadana: policía y administración de riesgos

El artículo 55 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona «a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes». La norma asigna al «Estado» la obligación de proteger, y la expresión «Estado» comprende la totalidad de los entes que conforman su organización política como Estado Federal. En consecuencia, esta obligación corresponde, concurrentemente, a la República, a los Estados y a los Municipios, como lo confirma expresamente el artículo 332 de la Constitución, tanto por lo que se refiere a la policía como a la administración de riesgos y emergencias, al indicar que la función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una «competencia concurrente». Esto lo confirma, además, el artículo 184 de la Constitución al reconocer como competencia de los Estados y los Municipios la materia de «prevención y protección vecinal».

En cuanto a la policía, además, como se ha visto, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva en materia de «policía nacional» (art. 156,6), correspondiendo al Ejecutivo Nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332). El Poder

Estadal tiene competencia exclusiva para «la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, de conformidad con la Ley» (art. 164,6) y el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, «en cuanto concierne a la vida local», en materia de «prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable» (art. 178,7). Además, se atribuye a los Municipios competencia exclusiva, también en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de «protección civil» (art. 178,4) y de «servicios, prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal» (art. 178,5).

Esto implica, también, una concurrencia de competencias en materia de administración de riesgos y emergencias: el artículo 156, ordinal 9 atribuye al Poder Nacional el régimen de la administración de riesgos y emergencias, y el artículo 332 encarga al Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley, organizar un cuerpo de bomberos y administración de carácter civil y una organización de protección civil y administración de desastres, como parte de los órganos de seguridad ciudadana. La misma norma considera como una competencia concurrente de los Estados y Municipios la función de los órganos de seguridad ciudadana, por lo que aquéllos, conforme con el artículo 164,8 y 178,4, 5, y 7, de conformidad con la legislación nacional, pueden establecer los servicios respectivos.

3. Régimen del desarrollo económico

La legislación básica en materia de economía, como se ha dicho, es una competencia exclusiva del Poder Nacional (art. 156,11,15,17,18 y 21). Sin embargo, el régimen de ordenación y promoción del desarrollo económico es competencia concurrente de los tres niveles territoriales de gobierno.

A. Ordenación y promoción del desarrollo económico y social

En efecto, los artículos 112, 299, 308, 309 y 310 de la Constitución atribuyen competencia al «Estado» para promover la iniciativa privada con facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país; promover el desarrollo armónico de la economía nacional; proteger la artesanía e industrias populares; velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional; y proteger y promover la pequeña y mediana industria.

De nuevo, la atribución al «Estado» de estas competencias exige precisar que dicha expresión comprende a los diversos niveles territoriales que

conforman la organización política del Estado: la República, los Estados y los Municipios. Por tanto, aquí también se trata de una materia de la competencia concurrente que se corrobora en otras normas constitucionales, que atribuyen a los órganos del Poder Público competencia exclusiva en aspectos específicos de esta materia.

En efecto, la Constitución asigna a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social (art. 187,8) y atribuye al Presidente de la República competencia exclusiva para formular el Plan *Nacional* de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (art. 236,18). Ello implica, por supuesto, que puede y debe haber planes estatales y municipales de desarrollo, para lo cual los Estados y Municipios tienen competencia. Por ello, en cada Estado debe existir un Consejo Estatal de Planificación y Coordinación (art. 166) y en cada Municipio, un Consejo Local de Planificación (art. 182). Los Municipios, además, tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (art. 178).

Por otra parte, como órgano intergubernamental, el Consejo Federal de Gobierno tiene la misión de planificar y coordinar las políticas y acciones de los tres niveles territoriales para el desarrollo del proceso de descentralización (art. 185).

B. Turismo

El artículo 310 de la Constitución regula al turismo como una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sostenido. En tal sentido, como consecuencia, atribuye al «Estado» la obligación tanto de dictar medidas que garanticen el desarrollo del turismo, como de velar por la creación y fortalecimiento del turismo nacional.

El «Estado», en esa norma, igualmente, es tanto el Estado Nacional (República) como los Estados federados y los Municipios, configurándose la materia como de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales.

Además, debe destacarse que, en particular, en materia turística el Poder Nacional tiene asignada competencia exclusiva para la política *nacional* y legislación en materia de turismo (art. 156,23), por lo que también existe una política estatal y municipal en la materia que corresponde a los Estados y Municipios. En especial, a estos últimos se asigna competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de «turismo local» (art. 178,1).

C. Promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria

Los artículos 305, 306 y 307 de la Constitución también atribuyen al «Estado» obligaciones de promover el desarrollo rural integral; promover las condiciones para fomentar la actividad agrícola y la agricultura sustentable, a fin de garantizar la seguridad alimentaria, y alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento; proteger las comunidades y asentamientos de pescadores artesanales; proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad, y velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola. Estas obligaciones del «Estado», de nuevo, corresponden en forma concurrente a todos los entes que conforman la organización política del mismo, es decir, a la República, a los Estados y a los Municipios.

Por otra parte, como se ha visto, en la materia el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para dictar la «legislación agraria» (art. 156,32) y definir la política *nacional* en materia tanto de seguridad alimentaria (art. 156,23) como de producción agrícola, ganadera, forestal y pesquera (art. 25).

Por tanto, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para definir la política *estadal* y *municipal* en materia de seguridad alimentaria y para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

D. Ciencia y tecnología

El artículo 110 de la Constitución también atribuye al «Estado» diversas obligaciones y misiones en materia de ciencia, tecnología, conocimiento, innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, con obligaciones de fomento y desarrollo de esas actividades.

De nuevo, el «Estado», en la Constitución comprende a la República, a los Estados y a los Municipios, entidades que, por tanto, tienen competencia concurrente en la materia.

E. Información económico-social

El artículo 156, ordinal 18 de la Constitución, como se ha dicho, atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de «censos y estadísticas *nacionales*».

En consecuencia, los Estados y Municipios tendrían competencia concurrente en materia de censos y estadísticas *estadales* y *municipales*, respectivamente.

F. Publicidad comercial

En cuanto a la publicidad comercial, el artículo 178, ordinal 3º de la Constitución, como antes indicamos, atribuye a los Municipios competencia exclusiva en la materia «en cuanto concierne a los intereses y fines específicos *municipales*».

Por tanto, el Poder Nacional y el Poder Estatal tendrían competencia en la materia en cuanto concierne a los fines específicos *nacionales* o *estadales*, respectivamente.

4. Régimen del desarrollo social

En el campo del desarrollo social, conforme a las previsiones constitucionales, puede decirse que todas las materias relativas al mismo, son de la competencia concurrente, de todos a los órganos del Estado, es decir, de la República, de los Estados y de los Municipios.

A. Asistencia y protección social

Conforme a los artículos 75 a 81 de la Constitución, el «Estado» tiene un conjunto de obligaciones tendientes a asegurar la protección de las familias y de quienes ejerzan la jefatura de la familia; a garantizar asistencia y protección integral a la maternidad; a proteger el matrimonio entre hombre y mujer; a asegurar protección integral a los niños y adolescentes y a promover su integración progresiva a la ciudadanía activa; a crear oportunidades para estimular el tránsito productivo de los jóvenes a la vida adulta, su capacitación y acceso al primer empleo; a garantizar a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, así como atención integral; respecto de los discapacitados, a garantizar el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias y promover su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones.

Todas estas responsabilidades, sin duda, corresponden en forma concurrente tanto a la República como a los Estados y Municipios.

La «legislación nacional» en la materia corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional, pero por ejemplo, la Constitución atribuye en forma expresa a los Municipios, competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad, así como en materia de servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario (art. 178,5).

Estos servicios públicos de asistencia y protección, dado el carácter de materia de competencia concurrente, también serían, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución, servicios públicos estatales.

B. Salud y sanidad

Las obligaciones públicas en materia de salud, conforme a los artículos 83, 84 y 85 de la Constitución, también se atribuyen al «Estado», es decir, tanto a la República como a los Estados y Municipios. En consecuencia, se trata de servicios que son de la competencia concurrente de los tres niveles territoriales.

En la materia, sin embargo, como se ha dicho, el artículo 156,23 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de políticas y servicios *nacionales* de salud y de legislación sobre sanidad nacional y vegetal (art. 156,32). En particular, los artículos 84 y 85 precisan como competencia del Poder Nacional el establecimiento de un Sistema Público *Nacional* de Salud. En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estatales y municipales de salud.

El Poder Nacional, además, tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre sanidad animal y vegetal (art. 156, 32) y los Municipios tienen competencia exclusiva expresa, en cuanto concierne a la vida local, en materia de salubridad y atención primaria en salud (art. 178,5).

En cuanto a los Estados, los servicios de salud como materia de la competencia concurrente, serían servicios públicos estatales (art. 164,8). Ello lo confirma además, el artículo 184, al establecer la descentralización de los «servicios de salud» de los Estados y Municipios a las organizaciones comunitarias.

C. Vivienda

El artículo 82 asigna al «Estado en todos sus ámbitos» la obligación de satisfacer progresivamente el derecho de toda persona a la vivienda; por lo que se trata de una materia que corresponde, en forma concurrente, a la República, a los Estados y a los Municipios.

Además, la Constitución atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional la política *nacional* y la legislación en materia de vivienda (art. 156, 23), por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas estatales y municipales de vivienda, respectivamente. Ello también lo confirma el artículo 184 de la Constitución.

Además, los Municipios tienen competencia expresa exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de vivienda de interés social (art. 178,1) y de aplicación de la política inquilinaria conforme a la delegación prevista en la ley nacional (art. 178).

D. Educación

Los artículos 102 a 109 de la Constitución también asignan un conjunto de obligaciones al «Estado» en materia de educación, lo que conlleva a que la competencia en la materia sea concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Por otra parte, como ya se ha indicado, el artículo 156,24 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva para las políticas y los servicios *nacionales* de educación.

En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para las políticas y los servicios estatales y municipales de educación.

Los servicios de educación, por tanto, también serían servicios públicos estatales en los términos del artículo 164,8; y en cuanto a los Municipios, el artículo 178,5 les atribuye competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de educación preescolar.

La competencia estatal y municipal en «servicios de educación», también la confirma el artículo 184 de la Constitución.

E. Cultura y patrimonio histórico

Los artículos 98 a 191 de la Constitución establecen también un conjunto de obligaciones, asignadas al «Estado», en materia de cultura y patrimonio histórico, cultural y arquitectónico lo que las configura como una de las materias de competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de «patrimonio cultural y arqueológico» (art. 156,32).

Además, como se indicó, el artículo 156,32 de la Constitución le asigna al Poder Nacional competencia exclusiva para dictar la legislación en la materia. El artículo 178, ordinales 1 y 5 le atribuyen en forma expresa competencia exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades e instalaciones culturales y de patrimonio histórico.

Los servicios culturales constituirían servicios públicos estatales, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución.

El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de «servicios culturales».

F. Deporte

El artículo 111 de la Constitución atribuye al «Estado» la responsabilidad de asumir el deporte y la recreación como política de educación y salud, correspondiendo, por tanto, a la República, a los Estados y a los Municipios dicha responsabilidad.

El artículo 178,1, además, atribuye a los Municipios la competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de sitios de recreación; y el artículo 184 confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de «servicios de deporte».

G. La protección a las comunidades indígenas

Los artículos 119 a 125 de la Constitución que regulan el régimen de los derechos de los pueblos indígenas, establecen una serie de obligaciones de protección y atención que corresponden al «Estado», es decir, a la globalidad de las entidades políticas que componen el Estado Federal y los Municipios.

Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de «pueblos indígenas» (art. 156,32), salvo en aspectos que expresamente alguna de dichas normas atribuye al «Ejecutivo Nacional», como la demarcación de las tierras indígenas (art. 119).

H. La protección del trabajo

Los artículos 87 y siguientes de la Constitución regulan los derechos laborales, y asignan al «Estado» un conjunto de obligaciones como la adopción de medidas para asegurar empleo, el fomento del empleo, y la protección del trabajo sin discriminación. En todos estos casos, las obligaciones asignadas al «Estado», sin duda, corresponden tanto a la República como a los Estados y Municipios. Se trata, por tanto, de una materia de competencia concurrente que se realiza de acuerdo con la legislación nacional en materia de trabajo, previsión y seguridad sociales (art. 156,32).

5. Régimen de la infraestructura y de la ordenación del territorio

A. Ordenación del territorio

El artículo 128 de la Constitución atribuye al «Estado» competencia en materia de ordenación territorial, razón por la cual se trata de una competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Además, como se ha dicho, el artículo 156,23 de la Constitución le atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la «legislación» en materia de ordenación del territorio, por lo que a los Estados y Municipios les corresponde la política estatal y municipal, respectivamente, en la ordenación del territorio de las respectivas entidades.

Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de «ordenación territorial», y el artículo 184 confirma la competencia de Estados y Municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al «mantenimiento de áreas industriales».

B. Ambiente

En igual forma, los artículos 127 a 129 de la Constitución le asignan al «Estado» competencias en materia ambiental, lo que la configura como una de las materias de competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Por otra parte, el artículo 156,23 de la Constitución, además, atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la «legislación» en materia de ambiente y aguas, por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en las políticas estatales y municipales en la materia.

Además, el artículo 178,4 le atribuye en forma exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de «protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental».

El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de Estados y Municipios en materia de «servicios ambientales».

C. Urbanismo

En materia de urbanismo no hay en la Constitución, una disposición que le asigne el carácter de competencia concurrente, salvo su inclusión como un aspecto urbano de la ordenación territorial que corresponde a los tres niveles de gobierno.

El artículo 184 de la Constitución, por otra parte, confirma la competencia tanto de los Estados como de los Municipios en materia de «mantenimiento y conservación de áreas urbanas».

Además, como se dijo, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo y la legislación sobre ordenación urbanística, (art. 156,19).

Además, el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178,1).

Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal.

IV. LAS COMPETENCIAS RESIDUALES

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los Estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164,11). Es lo que se denomina la competencia residual de los Estados.

Sin embargo, en virtud de la competencia implícita a favor del Poder Nacional establecida en el artículo 156,33 de la Constitución, el residuo a favor de los Estados puede resultar aún más exiguo y dependiente del Poder Nacional. Dicha norma, en efecto, atribuye competencia al Poder Nacional en toda otra materia que la Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza.

Además, como excepcionalmente ocurrió en la Constitución centralista y autoritaria de 1953, la Constitución de 1999 también estableció una competencia residual a favor del Poder Nacional, aun cuando reducida a la materia tributaria, al asignarle competencia en materia de impuestos, tasas y rentas «no atribuidos a los Estados y Municipios» por la Constitución y la ley (art. 156,12).

En consecuencia, en la Constitución de 1999 se estableció una doble competencia residual: a favor del Poder Nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los Estados.

Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999

JESÚS CABALLERO ORTIZ*

I. ANTECEDENTES

TAL COMO LO HA PUESTO de manifiesto Gonzalo PÉREZ LUCIANI, es en la Constitución de 1864 cuando aparece por primera vez la expresión «contratos de interés nacional», los cuales debían ser sometidos a la aprobación de la «Legislativa». La disposición se mantiene, con algunas variantes, en las Constituciones desde la de 1874 hasta la de 1947. Sólo en la Constitución de 1953 desaparece la atribución al conferírsele al Presidente de la República la potestad de celebrar contratos, sin alguna otra calificación¹. Sin embargo, en la Constitución de 1961 reaparece la norma al prever:

Artículo 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fuesen necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o los que permita la ley.

(omisis) Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal nacional, estatal o municipal con estados o entidades oficiales extranjeras ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos, sin la aprobación del Congreso.

Bajo la vigencia de dicha disposición, lo que constituye un criterio válido bajo la Constitución actual, el contrato de interés nacional, o el contrato de interés público, no podía asimilarse al contrato administrativo.

* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo

¹ V. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», en *Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 92 a 97 y «Los contratos de interés nacional», en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, pp. 131 y ss.

En efecto, y tal como lo destaca PÉREZ LUCIANI, las expresiones *contratos de interés nacional* y *contratos de interés público* constituyen nociones autóctonas que figuran en nuestras Constituciones desde 1864 y, en alguna de ellas, se señalaban expresamente como contratos de interés nacional las concesiones de minas, las concesiones para construir vías de comunicación, la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción y el establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas.

En cambio, la noción de contrato administrativo surge en Francia con el célebre «arret Terrier» en 1903. Luego, no puede asimilarse una noción propia del derecho venezolano, que debe ser objeto de una interpretación igualmente propia, con una noción trasladada del derecho francés a partir de 1944 con la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de ese año².

Por otra parte, la noción de contrato administrativo, tal como fue trasladada del derecho francés, se fundamenta en la circunstancia de que el contratista va a tener a su cargo la prestación de un servicio público y, de allí, la incorporación de la noción al derecho administrativo, en virtud del interés que reviste para el Estado la cabal prestación de ese servicio. En cambio, la noción de contrato de interés público o de interés nacional, no aparece vinculada a esa noción, como por ejemplo las concesiones de minas, las enajenaciones de terrenos baldíos o de cualesquiera bienes muebles de la Nación³.

Bastarían esas solas connotaciones, las cuales son de por sí suficientes, para considerar esas dos instituciones, contratos de interés público o de interés nacional y contratos administrativos, como diferentes. Sobre todo, el análisis histórico del desarrollo de la primera tipología de contratos en nuestro país. No obstante, especialistas como Luis Henrique FARIÁS MATA y Eloy LARES MARTÍNEZ los asimilan. Así, el primero sostiene que «...la figura del contrato administrativo es consagrada por la Constitución con el nombre de contratos de interés nacional o de interés público». Su razonamiento radica en que, cuando el Constituyente se refiere a contratos de interés público, está tratando de contratos administrativos porque el interés público está en cierta manera directamente implicado en esta última categoría de contratos⁴. Ahora bien, el concepto de interés públi-

² V. el fragmento en Allan R. BREWER CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. II, Caracas, 1977, pp.733 y ss.

³ Así figuran dichos contratos, como de interés nacional, en las Constituciones de 1914 y 1922.

⁴ V. Luis H. FARIÁS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Caracas, 1981, p. 943.

co no necesariamente implica el de servicio público. En efecto, una actividad determinada puede ser de interés público sin que ello traiga consigo la prestación de un servicio público, noción clave del contrato administrativo.

Por su parte, el profesor Eloy LARES MARTÍNEZ ha sostenido, igualmente bajo la vigencia de la Constitución de 1961, «... que los contratos de interés nacional son los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional». Al efecto, explica que no pueden interpretarse las normas de la Constitución de 1961 con el criterio que guió a los redactores de las Constituciones de 1864 y 1893. «Las normas jurídicas tienen su vida propia con independencia de la intervención de sus proyectistas y de los integrantes de las asambleas o congresos que las hayan sancionado. Es necesario interpretarlas con criterio actual»⁵. En nuestra opinión, ello es absolutamente cierto, pero es el caso de que la tesis adversa se apoya en la interpretación de una disposición vigente para la época (contenida en la Constitución de 1961) cuyos orígenes se remontan a 1864 con la misma intención: la necesidad de someter a la aprobación del órgano legislativo determinadas categorías de contratos calificados de interés público o de interés nacional. Entonces, si existe similitud en la finalidad de ambas normas, aunque medien entre ellas muchos años, debe necesariamente tomarse en cuenta la interpretación de la norma original y, más aún, si esa norma se ha venido repitiendo en la gran mayoría de las Constituciones de nuestro país. No obstante, el criterio es confirmado por el Profesor Eloy LARES MARTÍNEZ en la última edición de su Manual⁶.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL

En la Constitución vigente se consagraron de nuevo disposiciones relativas a los contratos de interés público pero, en cierta forma, de manera más precisa, aunque con alguna contradicción. Así, en el artículo 150 se prevé:

La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá *la aprobación* de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estadal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin *la aprobación* de la Asamblea Nacional. (destacados nuestros).

⁵ V. Eloy LARES MARTÍNEZ, «Contratos de interés nacional» en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1981, p. 138.

⁶ *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1998, p. 329.

Además, el artículo 187, numeral 9 dispone:

Corresponde a la Asamblea Nacional (omisión) 9. *Autorizar* al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional en los casos establecidos en la ley. *Autorizar* los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela. (destacados nuestros).

En ambas disposiciones se prevén dos situaciones jurídicas distintas: la celebración de contratos de interés público nacional, la cual trae consigo una determinada consecuencia; y la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con entidades extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, la cual implica otra.

En primer lugar habría que señalar que en la Constitución vigente ya no pueden considerarse como sinónimos los contratos de interés público y los contratos de interés nacional. Existe en la Constitución una sola categoría de contratos que son aquellos de interés público. Luego, existen especies de esta tipología que son los contratos de interés público nacional, estatal o municipal.

De esta forma se pone fin a las distintas interpretaciones a las cuales daba lugar la Constitución de 1961 al referirse, en su artículo 126, en primer término, a los contratos de interés nacional y, luego, a los contratos de interés público nacional, incurriendo en el error de no calificar a los primeros como contratos de «interés público nacional»⁷.

Por otra parte, se suprimió la asignación directa de competencia a la Asamblea Nacional para «autorizar»⁸ al Ejecutivo a los fines de celebrar contratos de interés público nacional, pues dicha materia fue referida a la ley. Ello constituye, sin lugar a dudas, un segundo paso de avance en el polémico problema que planteaba la Constitución de 1961 al someter a todos los contratos de «interés nacional» a la «aprobación» del Congreso, salvo dos excepciones: los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o los que permitiese la ley. Al efecto, no era fácil determinar cuáles eran los contratos necesarios para el normal funcionamiento de la Administración Pública.

Dentro de esta categoría —sostenía LARES MARTÍNEZ— podían considerarse incluidos, si no la totalidad, la inmensa mayoría de los contratos que celebrase el Ejecutivo Nacional, cualesquiera fuere su magnitud, impor-

⁷ No obstante la mayor precisión de la Constitución de 1999, para mantener la coherencia, en el numeral 9° del artículo 187 (atribuciones de la Asamblea Nacional) debió referirse a los «contratos de interés público nacional». Sin embargo, es ya un paso de avance haber mejorado, en este punto, la redacción del artículo 126 de la Constitución de 1961.

⁸ A este último término nos referiremos luego.

tancia y trascendencia; y, por lo que respecta a los contratos que permitiese la ley, el autor consideraba que no era necesario que una ley los excluyese, como se desprendía de la Constitución de 1961, sino que bastaba que un texto legal los previese sin ninguna referencia a la aprobación⁹, criterio que, a nuestro juicio, no era el que derivaba de la norma de la Constitución de 1961, como resulta evidente de su simple lectura.

En fin, el requerimiento de la nueva Constitución de que los contratos de interés público nacional quedasen sometidos a la «aprobación del Congreso *sólo en los casos en que una norma legal así lo previese* que, como hemos dicho, constituye un paso de extraordinario avance, se debió a la proposición formulada en la Constituyente por el doctor Allan R. BREWER CARÍAS, quien había dedicado varios estudios al tema y, por tanto, estaba consciente de las contradicciones a que daba lugar la Constitución de 1961¹⁰:

Sentado lo anterior pasemos a estudiar qué debe entenderse por contratos de interés público en la actualidad.

1. Contratos de interés público

Ante todo, debemos señalar que consideramos válida, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, las consideraciones que hemos formulado sobre la distinción entre contratos administrativos y contratos de interés público o nacional. Ambas categorías de contratos no pueden asimilarse y en ello la Constitución de 1999 no cambia para nada ese punto de vista. Por el contrario, más bien lo ratifica, al continuar acogiendo una noción propia de nuestro Derecho Constitucional.

Así las cosas, la expresión contratos de interés público debe entenderse como excluyente de los contratos que no revisten esa calificación y, aunque parezca baladí tal observación, debe ponerse de manifiesto, ya que existen autores que consideran que todos los contratos que celebra la administración deben considerarse como de interés público.

Ya entrando en el concepto mismo de este tipo de contratos, no podemos dejar de considerar como válidos los argumentos de PÉREZ LUCIANI: la preocupación del Constituyente ha girado en torno a cuestiones como los importantes compromisos económicos o financieros que pudieran

⁹ V. Eloy LARES MARTÍNEZ, «Contratos de interés nacional», loc. cit., p. 139. Cfr. Luis H. FARIAS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana», loc. cit., pp. 968 y ss.

¹⁰ V. Allan R. BREWER CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, 2000, p. 87 y del mismo autor, *Debate Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 176.

resultar a cargo del Estado; el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos o la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos materiales del Estado. Estas características cuantitativas son las que han movido al constituyente para prever los contratos de interés público¹¹ de acuerdo a una interpretación histórica revestida de toda lógica.

En todo caso, como ahora la atribución ha descendido de la Constitución a la ley, es a ésta a quien corresponde ahora determinar el régimen jurídico del contrato de interés público; es decir, concretamente, en qué casos será necesaria la «aprobación» de un contrato de interés público nacional por la Asamblea Nacional. El legislador deberá entonces tomar en cuenta, a tales fines, la precisión de PÉREZ LUCIANI: «la aparición del término contrato de interés nacional en la primera Constitución Federal, sometiéndolos a una regulación que incluía su aprobación por el Congreso, revela una preocupación por las consecuencias económicas y financieras debidas a los contratos y compromisos asumidos por los gobiernos de la llamada «oligarquía conservadora ¿Qué otra preocupación podrían tener los Constituyentes de 1864?»¹².

Otro elemento a ser tomado en consideración es la circunstancia de que el pago del contrato deba hacerse con cargo a varios ejercicios fiscales, de tal modo que se comprometan cantidades de dinero y recursos fiscales de presupuestos futuros. En fin, de acuerdo a nuestra tradición constitucional, pueden ser calificados como contratos de interés público nacional los relativos a ferrocarriles, títulos y concesión de minas, enajenaciones de tierras baldías y construcción de vías de comunicación, a título de ejemplo¹³.

No creemos que, para el futuro legislador, pueda existir un criterio distinto para calificar a los contratos de interés público nacional que decida someter al Poder Legislativo. A pesar de las críticas recibidas, la importancia del contrato, su magnitud económica-financiera y la trascendencia que implique para el desarrollo del país en términos cualitativos y

¹¹ V. Gonzalo PÉREZ LUCIANI «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», loc. cit., pp.103.

¹² *Ibid.*, p. 154.

¹³ *Ibid.*, pp. 154 y 155. En contra de esta calificación, además de LARES MARTÍNEZ ya antes citado, Allan R. BREWER CARÍAS «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público* N° 11, julio-septiembre 1982, pp. 50 y 51 y *Estudios de Derecho Público I*, Caracas, 1983, pp. 187 y 188. Igualmente la Procuraduría General de la República ha asimilado contratos de «interés nacional» y contratos administrativos en su dictamen del 31 de julio de 1968. V. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1968, p. 41.

cuantitativos deben ser los índices a tomar en cuenta para determinar en qué casos debe quedar un determinado tipo de contrato calificado como de interés público nacional, como sometido a la Asamblea Nacional, independientemente de que en él pueda quedar comprometida la ejecución de un servicio público. Esto implica otras consecuencias de diferente carácter y, de ahí, la distinción entre contratos de interés público nacional y contratos administrativos¹⁴.

Por último, debe descartarse la tesis conforme a la cual el contrato de interés público es aquél celebrado por el Estado, los Estados o los Municipios que puedan dar origen a reclamaciones extranjeras¹⁵. Se trata de una visión desde el punto de vista del Derecho Internacional Público que no compartimos por las razones ya explicadas de lo que debe entenderse por contrato de interés público nacional. Además si tal no era el concepto conforme a la Constitución de 1961, menos aún lo es conforme a la vigente¹⁶. Más adelante trataremos acerca de los contratos que pueden dar origen a reclamaciones extranjeras.

Ahora bien, como hemos dicho, y tal cual reza el artículo 150 de la Constitución, «la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley». En tal supuesto, la Constitución no quiso adquirir un compromiso apriorístico, dejando tal materia bajo la competencia del Legislador, quizá tomando en consideración los importantes y significativos criterios disímiles a los que daba lugar el derogado artículo 126 de la Constitución de 1961. En efecto, extensas fueron las páginas escritas por los administrativistas ante una norma con tan compleja redacción y la cual podía ser interpretada, si se quiera, «a la carta» y, esto último, en muchos casos, a los fines de eludir el sometimiento al Congreso. Ciertamente, una interpretación restrictiva de la disposición podía dar lugar a la parálisis de la Administración en su actividad contractual.

Pero existe un segundo supuesto en el cual la Constitución no quiso dejar a la Asamblea Nacional la determinación de los casos en los cuales la «aprobación» es necesaria. Se trata de aquellos contratos de interés público, bien sea nacional, estatal o municipal a celebrarse con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Ve-

¹⁴ En un importante trabajo el profesor José MELICH ORSINI, con sobradas razones, se adhiere a la tesis del Doctor Gonzalo PÉREZ LUCIANI. V. «La noción de contrato de interés público» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, julio-septiembre 1981, pp. 33 y ss.

¹⁵ V. Fermín TORO JIMÉNEZ, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol. I, Caracas, 1982, pp. 481 y ss.

¹⁶ Tampoco BREWER comparte este punto de vista en «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *loc. cit.*, p. 51.

nezuela, o el traspaso de los contratos a dichos entes. En este caso, por mandato directo de la Constitución, es imperativa la «aprobación» de la Asamblea Nacional. En ello sí se siguió el mismo mecanismo de la Constitución de 1961 en su artículo 126, primer aparte.

A. ¿Autorización o aprobación?

La Constitución de 1999 incurre en una evidente contradicción derivada de la redacción de los artículos 150 y 187 ordinal 9°. En efecto, en el primero de los artículos mencionados expresa:

La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la *aprobación* de la Asamblea Nacional...

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional... sin la *aprobación* de la Asamblea Nacional. (destacados nuestros).

En cambio, en el segundo, en lugar de referirse a la aprobación, señala: «Corresponde a la Asamblea Nacional: (omisión) 9° *Autorizar* al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional...» (destacados nuestros).

Así las cosas, y antes de entrar a estudiar si se trata de una autorización o de una aprobación, debe de antemano descartarse que los contratos de interés nacional a que se refiere el artículo 187, ordinal 9 constituyan una categoría distinta de los contratos de interés público nacional a que se refiere el artículo 150. La lógica determina que se trata de un simple descuido del Constituyente al no uniformar su terminología y que la finalidad de ambas normas fue someter al Órgano Legislativo la celebración de los contratos de interés público nacional, en los casos que determine la ley; y someter a ese mismo órgano los contratos de interés público nacional, estatal y municipal a celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, y su traspaso a esos entes, sin su sometimiento al Poder Legislativo.

En consecuencia, y en ello debemos insistir, debe quedar superada la tesis sostenida por un sector de la doctrina, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, al distinguir entre contratos de interés público y contratos de interés nacional.

Sentado lo anterior, queda de manifiesto entonces que unos mismos supuestos de hecho (contratos de interés público nacional, estatal o municipal), quedan sometidos a dos regímenes jurídicos distintos según sea la norma que se le aplique: la autorización o la aprobación. Además, esa incongruencia se agrava al examinar la redacción misma de las normas confrontadas. Como se sabe, la *autorización* es un *acto previo* sin el cual

el contrato no es válido. La *aprobación* es un acto *posterior* a la celebración del contrato que lo hace eficaz y permite su ejecución¹⁷.

De acuerdo con lo expuesto, constituye un error del Constituyente la expresión «La celebración de los contratos ...requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional...»¹⁸, ya que siendo la aprobación un acto ulterior que le da eficacia al contrato, es el contrato mismo, una vez celebrado, lo que debe ser sometido a la Asamblea Nacional y no su celebración, pues de tratarse de ésta, estaríamos en presencia del acto previo de autorización. Y todo parece indicar que se trata de una autorización, aun cuando se emplee el término «aprobación», pues en el aparte primero del mismo artículo 150 se dice: «No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional sin la aprobación de la Asamblea Nacional».

Si el contrato no puede celebrarse, evidentemente, se trata de una autorización, de una *condicio juris* para su validez, y el texto mismo de la norma confirma que se trata de un acto previo, pues —insistimos— el contrato «no podrá celebrarse».

Entonces, la disposición contenida en el artículo 187, numeral 9º es la que debe prevalecer y aparece correctamente redactada: corresponde a la Asamblea Nacional autorizar al Ejecutivo Nacional *para celebrar* contratos de interés nacional y autorizar los contratos de interés público municipal, estatal y nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

En síntesis, se trata de una autorización que debe otorgar la Asamblea Nacional para la celebración de los contratos en referencia. En todo caso, resulta censurable que el Constituyente haya dado lugar nuevamente a una polémica doctrinal ya planteada durante la vigencia de la Constitución de 1961 y que pudo superar reflejando en el texto, con toda claridad, su verdadera intención. En efecto, la Constitución de 1961, en términos igualmente equívocos, señalaba que «sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional...»

¹⁷ La autorización aparece en un momento anterior a la acción que se va a autorizar y su función consiste en facultar al titular de un poder para que pueda ejercitarlo en el caso específico. La aprobación se concentra en un momento necesariamente sucesivo a aquél en que encuentra la propia realización del acto objeto de control, pero la aprobación es anterior al momento en que dicho acto podrá ejercer su eficacia. V. Aldo M. SANDULLI, *II Procedimiento Administrativo*, Milano, 1959, p. 273, cit. Por Gónzalo PÉREZ LUCIANI en «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no normativas, aprobatorias de contratos» en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2. Caracas, 1965-1966.

¹⁸ Artículo 150, encabezamiento.

«Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipalsin la aprobación del Congreso».

Tales expresiones, en criterio de BREWER, llevaban a la conclusión de que se trataba de una aprobación, pues lo que existía era una aparente incongruencia en el texto del artículo 126¹⁹.

LARES MARTÍNEZ ponía de manifiesto igualmente la incongruencia, acogiendo la misma interpretación de BREWER, y fundamentándose para ello en que la Constitución de 1961 imponía por regla general el requisito de la aprobación legislativa y no el de la autorización, reservado para casos excepcionales²⁰.

Por su parte, FARÍAS MATA interpretaba la disposición en una forma original: «El contrato se considera celebrado una vez que se haya operado la aprobación legislativa»²¹. «La intervención del órgano deliberante constituye uno de los trámites necesarios para la celebración del contrato, y en tal sentido ha de considerarse como impretermitible requisito que forma parte del procedimiento de celebración del mismo, intervención que se efectúa por vía de aprobación legislativa a los trámites concluidos por la Administración»²². De ser así, se trataba entonces de una autorización y no de una aprobación como sostenía el autor²³. En fin, Casal Montbrún se atenía a las palabras empleadas por el Constituyente de 1961 para concluir en que «No deben quedar dudas de que la intervención del Congreso es posterior, pues no puede aprobarse sino lo ya concertado y realizado»²⁴.

En nuestro concepto, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 el sometimiento de los contratos de interés público revestía la forma de una

¹⁹ V. Allan R. BREWER CARÍAS, «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos» en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 28, UCV, Caracas, 1964, pp. 77 y 78.

²⁰ V. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, loc. cit., pp. 321 y 322.

²¹ V. Luis H. FARÍAS MATA, «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», loc. cit., p. 975.

²² *Ibidem*, p. 977.

²³ En efecto, como afirma Benito SANSÓ, el acto de aprobación es extraño al proceso formativo de la voluntad contractual de la Administración, requisito externo de eficacia, por lo que no puede considerarse como integrante del proceso volitivo de la Administración. V. Benito SANSÓ, «Aspectos Jurídicos de la Nacionalización de la Industria del Hierro en Venezuela», Caracas, 1977, p. 52.

²⁴ V. J.M. CASAL MONTBRÚN en la obra colectiva *Procedimiento Parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*, Caracas, 1973, p. 48. Cfr. Eloísa AVELLANEDA, *El Control Parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública*, Caracas, 1999, pp. 160 y ss.

autorización, ateniéndonos, no al significado de la palabra *aprobación* empleada, sino al contexto general del artículo 126 que claramente expresaba: «Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse...». «Luego, aun cuando se emplee la palabra aprobación, si el contrato no podía celebrarse, era porque —evidentemente— estábamos en presencia de una autorización.

Volviendo entonces a la Constitución vigente, resulta incomprensible —como antes señaláramos— que se haya incurrido en imprecisiones casi similares a las de la Constitución de 1961, cuando Constituciones anteriores eran claras e inequívocas respecto a la naturaleza jurídica del acto de control por parte del órgano legislativo. Así, por ejemplo la Constitución de 1864 no daba lugar a duda alguna respecto a la naturaleza del acto aprobatorio cuando señalaba como atribución del Presidente de la Unión, *celebrar* los contratos de interés nacional y someterlos a la Legislatura, o a la Constitución de 1893, cuando otorgaba potestades al Presidente de la República para *celebrar* contratos de interés nacional y someterlos al Congreso para su *aprobación* o *improbación*, sin cuyo requisito no podrán ponerse en ejecución.

La Constitución vigente y la de 1961, por el contrario, dejaron de lado esas expresiones para someter los contratos a celebrarse a la Asamblea Nacional o al Congreso, en su caso, una razón más para considerar que, en conocimiento de los términos que debían emplearse para consagrar una aprobación, prefirió el mecanismo de la autorización («No podrá celebrarse», redacción totalmente diferente a las de las constituciones mencionadas).

En todo caso, mientras exista una mayoría parlamentaria del partido del Gobierno, será muy extraño que, bajo la Constitución vigente, se dicten leyes que sometan a los contratos de interés público nacional a la autorización de la Asamblea.

B. Forma que debe revestir la autorización

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961 la doctrina mayoritaria consideraba que el sometimiento de los contratos de interés público al Congreso constituía una aprobación, como ya lo hemos señalado, y con respecto a lo cual hemos manifestado nuestro desacuerdo. De ese carácter aprobatorio derivan los autores que la forma que debía revestir la aprobación era la de una ley, al comparar la situación con la de los tratados, los cuales, de conformidad con la citada Constitución de 1961 en su artículo 128, debían ser aprobados por ley, disposición ésta que se aplicaba por analogía²⁵. Sin embargo, la circunstancia de que la Constitución

²⁵ V. Elbano PROVENZALI HEREDIA en la obra colectiva citada Procedimiento Parlamentario para la aprobación de los contratos de interés nacional, p. 24.

no hubiese previsto la forma del acto no implicaba la aplicación por analogía de las normas regulatorias de los tratados, los cuales constituyen un instrumento jurídico de una naturaleza totalmente diferente a los contratos de «interés nacional» o de «interés público»²⁶. También CASAL MONTBRÚN consideraba que el acto debía revestir forma de ley porque el último aparte del artículo 126 sostenía que «la ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público»²⁷.

Ahora bien, la ley a la cual aludía la Constitución de 1961 no debía entenderse como la ley «aprobatoria» del contrato, ya que la Constitución parecía referirse más bien a la ley que regulase los contratos de interés público en general. Luego, no podía inferirse del artículo 126 *in fine* de la Constitución de 1961 que la ley allí prevista fuere la que «aprobase» el contrato de interés público. Por último, también BREWER opinaba que era necesario una ley²⁸.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999 no existe alguna referencia a la necesidad del carácter de ley que deba revestir el acto autorizatorio, sin que puedan aplicarse por analogía disposiciones como las relativas a los tratados²⁹. Por el contrario, el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional expresamente prevé en su artículo 156 que cuando la Asamblea reciba una solicitud de autorización o aprobación de las señaladas en el artículo 187³⁰ de la Constitución, entre las cuales se encuentra la solicitud de autorización para la celebración de los contratos de «interés nacional», dará cuenta a la plenaria y la remitirá a la comisión respectiva, la cual en un lapso máximo de treinta días lo declare de urgencia³¹. En consecuencia, el procedimiento es totalmente diferente respecto al previsto para la formación y discusión de las leyes. Basta entonces un acuerdo para autorizar la celebración de un contrato de interés público³².

²⁶ En la terminología de la Constitución de 1961

²⁷ J. M. CASAL MONTBRÚN en la obra colectiva citada en la nota anterior, p. 53.

²⁸ Allan R. BREWER CARIÁS, «La formación de la voluntad de la Administración Pública nacional en los contratos administrativos», *loc. cit.*, pp. 102 y ss.

²⁹ Artículo 187, numeral 18 de la Constitución de 1999.

³⁰ Precisamente, en este artículo se hallan previstas las autorizaciones de la Asamblea Nacional para la celebración de los contratos de interés público nacional, estatal o municipal

³¹ V. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 37.034, del 12 de septiembre de 2000.

³² V. artículo 141 del mismo Reglamento que establece que los proyectos de acuerdo se discutirán previamente en el seno de la Junta Directiva, la cual podrá consultar la opi-

Por último, debemos enfatizar que si dichos actos no requieren la forma de ley sino de un acuerdo, ello no implica, desde un punto de vista jurisdiccional, que dichos acuerdos no tengan rango de ley, por ser ejecución inmediata y directa de la Constitución.³³

2. Los contratos de interés público y la llamada «cláusula calvo»

El artículo 151 de la Constitución establece:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviese expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Se trata de la misma disposición contenida en el artículo 127 de la Constitución de 1961.

Ya desde la Constitución de 1893 se preveía una disposición en términos más o menos similares y, luego, con algunas variantes en las constituciones de 1901 a 1953³⁴.

Ahora bien, una modificación de importancia opera en las Constituciones de 1947 y a partir de la de 1961: la prohibición deja de ser absoluta, pues tiene vigencia si no es improcedente de acuerdo a la naturaleza del contrato de interés público. Se prescindió entonces —como dice el destacado jurista Ramón CARMONA en un dictamen fechado el 1º de agosto de 1960—

nión de la Comisión coordinadora, y se presentarán a la Asamblea para su aprobación. Si algún diputado no estuviere de acuerdo, se abrirá el debate y habrá una sola discusión, la cual será sobre la totalidad, a menos que la Asamblea decida lo contrario. Los diputados sólo podrán intervenir dos veces sobre un mismo asunto, por períodos no mayores de cinco y tres minutos, respectivamente. Únicamente se permitirá una tercera intervención al ponente, cuando sus puntos de vista hayan sido controvertidos después de su segunda intervención, o por haber sido personalmente aludido o requerida una información al respecto. En caso de urgencia se someterán, sin trámite previo, a la consideración de la plenaria y se resolverá por mayoría

³³ V. Al respecto la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 29 de noviembre de 2000 en Oscar R. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 11, Tomo I, pp. 324 y 325. En lo que no estamos de acuerdo es en la calificación del acto como de efectos generales ya que su asimilación formal a la ley no implica, precisamente, que nos hallemos frente a una ley.

³⁴ V. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», loc. cit., pp. 103 y ss.

de la rigidez de la norma que venía establecida desde 1893 pero, como él mismo reconoce «...no será siempre posible determinar si es procedente o improcedente para saber si está o no incorporada en los contratos. La solución encontrada atenúa, como se ve, la situación creada por la disposición constitucional, pero no elimina la dificultad».

El origen de la norma —como lo reconocen los internacionalistas— deriva de la preocupación de los gobiernos americanos por encontrar el modo de evitar los abusos derivados de las reclamaciones, mucha veces injustas y exageradas, de las grandes potencias contra los débiles países latinoamericanos con motivo de reales o supuestos daños sufridos por sus nacionales³⁵.

Por otra parte —continúa Carmona— se ha pretendido que la cláusula sobre contratos fue propuesta por Carlos CALVO, y por ello se la llama «Cláusula Calvo», nombre con que se la oye citar frecuentemente. Ello no es exacto, pues CALVO no llegó nunca a formular esa estipulación en los contratos de interés público, ni parece haber tenido la idea de hacerlo. Lo que él propuso fue su famosa doctrina contenida en la obra *Le Droit International Theorique et Pratique* (Tomo I, Pág. 351, 4ª edición, 1887), así:

La cuestión de principio o de derecho que implican los asuntos de indemnizaciones pecuniarias se refieren al examen de los deberes mutuos de los estados, que son materia del Libro XV, y nos contentamos con hacer observar aquí que en derecho internacional estricto el cobro de acreencias y la prosecución de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y que, como los Estados europeos siguen invariablemente esa regla en sus relaciones recíprocas, no hay ningún motivo para que no se la impongan también en sus relaciones con las naciones del Nuevo Mundo.

Esta doctrina, que lleva el nombre de CALVO, puede refundirse en la idea de que no es admisible la acción armada de los Gobiernos en caso de reclamaciones pecuniarias en general, lo cual es más amplio que la conocida Doctrina Drago, que se refiere solamente a deudas públicas por empréstitos. El Maestro CALVO hizo en su citada obra, Libro XV, Tomo II, página 118 a 163, un examen muy detenido de las reclamaciones pecuniarias; pero no llegó siquiera a considerar las cuestiones derivadas de los contratos de carácter público. Los juristas que quisieron sacar de esa

³⁵ V. Ramón CARMONA, dictamen citado. A esta misma razón obedecía la disposición constitucional consagrada desde 1901 conforme a la cual «en ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causadas por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública (artículo 47 de la Constitución de 1961) mecanismo que varió radicalmente en la Constitución vigente.

doctrina la llamada «Cláusula Calvo» procedieron por propia iniciativa y sin el apoyo del autor, con cuyas ideas la estipulación sólo tiene un parentesco muy lejano³⁶.

Sentado lo anterior, han de destacarse los siguientes elementos en la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución, referida a los contratos de interés público:

1. La incorporación tácita de una cláusula que impide la jurisdicción de un tribunal extranjero para conocer de los conflictos a que dicho contrato dé lugar.
2. La aplicación con motivo de esos conflictos de la legislación venezolana.
3. En razón de las divergencias que puedan presentarse, en ningún caso las mismas podrán dar origen a reclamaciones extranjeras.

³⁶ A estas reflexiones añade Ramón CARMONA la siguiente: «Otro gran internacionalista argentino contemporáneo, el doctor PODESTÁ COSTA, en su obra *«Derecho Internacional Público»*, Tomo I, página 437, describe la cláusula así: «207 Restricciones por la vía de los contratos: La Cláusula Calvo». En los contratos celebrados por el Estado con una persona física o jurídica colectiva de nacionalidad extranjera, especialmente en los que otorgan concesiones para construir obras o explotar servicios públicos, figura a veces una cláusula con el objeto de impedir que las divergencias que surjan al respecto entre las partes contratantes sean consideradas como de naturaleza internacional. Tal estipulación que aparece generalmente en contratos en que son parte los gobiernos de algunos Estados latinoamericanos, es conocida con el nombre de «Cláusula Calvo», porque se inspira en la doctrina, enunciada por este eminente autor, según la cual las reclamaciones privadas de los extranjeros no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos».

«La «Cláusula Calvo» asume diversas formas. Esencialmente, expresa que las divergencias que surjan entre las partes contratantes con motivo de la aplicación o interpretación del contrato que contiene aquella cláusula, serán decididas por los tribunales locales, o mediante un arbitraje privado, y de conformidad con las leyes locales; a veces se manifiesta específicamente que las referidas divergencias no autorizarán recurrir a la vía diplomática. De modo más breve, la doble fórmula se concreta expresando que a los efectos de las divergencias emergentes de la aplicación o interpretación del contrato, la parte contratante de nacionalidad extranjera será considerada como nacional del Estado local. Y aunque menos frecuentemente, se establece que las estipulaciones antedichas comprenden, no sólo al contratante extranjero, sino a todas las personas que, como empleados, agentes, etc., están vinculadas a la ejecución del contrato. Pero, sea cual fuere la forma que se le dé, la «Cláusula Calvo», tiene en mira solamente a las divergencias que provengan del cumplimiento o de la interpretación del contrato en que ella figura o que se refieren a las actividades relacionadas con él, y no a las cuestiones que se originen con motivo o en ocasión de otras actividades desarrolladas por la misma persona en el país».

«Como se ve de la exposición del Profesor Podestá Costa, varias veces Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, la cláusula a que hemos hecho referencia se establece en los contratos, es propia de tales contratos, pero no tiene por qué adoptar forma constitucional. Sin embargo, tres países americanos la han llevado, en una forma u otra, al texto constitucional, aunque no de modo tan rígido como lo hizo Venezuela antes de 1947 y como aparece en la Constitución de 1953» (dictamen citado).

4. Todo lo anterior queda excluido en los casos en que ello fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza del contrato³⁷.

Ahora bien, ¿Cómo saber en qué contratos opera esa exclusión tomando en cuenta su naturaleza?

Conforme al Código Bustamante, o Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928, la inmunidad de jurisdicción cede en los casos en que el «Estado contratante o su Jefe» han actuado como particulares o personas privadas, caso en el cual serán competentes los jueces que conozcan de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si esa competencia les corresponde conforme al citado Código. Esta tesis es criticable, pues es difícil que, al suscribir un contrato de interés público pueda predicarse que el Estado actúa como un particular. Los supuestos quedarían reducidos más bien a aquellos en que el Estado actúa como empresario pero, también en estos casos es difícil la precisión, pues la empresa pública ostenta su propia personalidad jurídica y, por tanto, su propia autonomía procesal. En consecuencia, si nos atenemos a la República, cuyos intereses son los que primordialmente deben ser objeto de protección al suscribir un contrato de interés público con una entidad extranjera, serán difíciles los casos en que, al celebrarlo, pueda considerársele como un particular. Compartiendo estas dificultades Isabel BOSCÁN DE RUESTA hacía suyas las reflexiones de Gustavo PLANCHART —en un ciclo de conferencias sobre el tema— conforme a las cuales la expresión «naturaleza del contrato» fue utilizada por el Constituyente en un sentido atécnico, pues a lo que realmente se refería era a la naturaleza práctica del negocio³⁸.

En base a ello la autora concluía en que la norma constitucional quiso mantener el principio de la inmunidad jurisdiccional del Estado venezolano, pero sin pretender violentar las posibilidades prácticas de concertación de ciertos negocios en los que, conforme a la costumbre y tipo de interés en juego, el Estado no pueda pretender contratar en situación de preeminencia³⁹.

³⁷ V. sobre el particular Eloy LARES MARTÍNEZ, «Contratos de interés nacional», *loc. cit.*, p. 141.

³⁸ A este criterio se adhiere Allan R. BREWER CARÍAS en *Debate Constituyente*, Tomo I, Caracas, 1999, p. 219 y el mismo fue compartido por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en sentencia del 17 de agosto de 1999 al precisar que no se trata de la naturaleza del contrato, pues ella está claramente evidenciada al calificarlo de interés público; se trata de la gestión administrativa involucrada en la negociación. Además, esa «naturaleza» no puede reducirse únicamente a la índole comercial, pues se excluirían otro tipo de negociaciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la contratación exigen o recomiendan la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción. V. la sentencia en la misma obra citada *Debate Constituyente*, Tomo I, pp. 225 y ss.

³⁹ V. Isabel BOSCÁN DE RUESTA «La inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público» en *Revista de Derecho Público* N° 14, abril-junio 1983, pp. 45 y 46.

La situación se presenta concretamente en materia de empréstitos públicos⁴⁰, caso en el cual el Juez llamado a conocer en realidad lo hará sobre cuestiones de carácter mercantil⁴¹ y, por tanto, su ejecución puede quedar sometida a tribunales extranjeros. Este, dice BREWER, es el principio aceptado en todos los países en el momento actual⁴².

En todo caso, el artículo 151, consagratorio de la inmunidad relativa de jurisdicción, es una norma individual, de derecho interno y, por tanto, ineficaz en el ámbito internacional, que es precisamente donde se aspira a su aplicación⁴³.

⁴⁰ V. Olga María DOS SANTOS P., *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, 2000, p. 129 quien pone de relieve la indefinición del carácter de los empréstitos foráneos, aun cuando muchos parecen admitir el carácter contractual de los mismos.

⁴¹ V. Olga María DOS SANTOS P., *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, 2000, p. 129 quien pone de relieve la indefinición del carácter de los empréstitos foráneos, aun cuando muchos parecen admitir el carácter contractual de los mismos.

⁴² *Ibid.*, p. 219.

⁴³ V. sobre el particular los interesantes comentarios de Gonzalo PÉREZ LUCIANI en «Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito público», loc. cit, p. 113.

La Sala Constitucional y su competencia en los procesos de amparo

ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ*

I. INTRODUCCIÓN

LA NECESIDAD DE UNA TRANSFORMACIÓN, más que eso, de una especialización, de la jurisdicción constitucional venezolana lucía ineludible. Prácticamente había consenso en este tema¹. Y la entrada en vigor de la nueva Constitución trajo consigo el vuelco añorado en este tema.

Han sido echadas las bases de una diferente regulación sobre la justicia constitucional. Por primera vez en la historia del país, una Constitución venezolana contiene un grupo de normas ordenadas que hace pensar, al fin, en la instalación de un régimen efectivo, integral, claro y equilibrado de protección de la constitucionalidad.

En el Tribunal Supremo de Justicia, así, se incluyó una Sala Constitucional, que está formada por cinco magistrados dedicados exclusivamente a

* Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho Administrativo, Profesor en la Especialización.

¹ Diferentes sectores de la doctrina venezolana habían recalcado la necesidad de reestructuración de la jurisdicción constitucional, que tradicionalmente ha estado encomendada a la Corte Suprema de Justicia. Un comentario crítico acerca de la ineficacia del sistema venezolano de justicia constitucional, en gran medida debido a la disposición de ese alto tribunal y a la falta de especialización, está contenido en la obra de: CASAL H., Jesús María. *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*. Caracas: UCAB, 2000, p. 75 y s. También hace una crítica importante a ese sistema la magistrada emérita de la misma Corte Suprema de Justicia, profesora Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, en el Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el cual fue leído en fecha 16 de marzo de 2000 y publicado por esa misma institución y luego, bajo el título: «La jurisdicción constitucional en Venezuela: pasado, presente y futuro», en la *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, enero-junio 2000, p. 61-92. La propia Corte Suprema de Justicia, vale observar, conciente de la ineficacia del sistema, en 1999 elaboró un Proyecto de Jurisdicción Constitucional que debía ser enviado al Congreso de la República.

temas constitucionales. Dicha Sala se erige, según el artículo 335 constitucional, en el supremo intérprete de la Constitución, a la vez que se reconoce que sus criterios acerca del contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para todos los tribunales, inclusive para las otras Salas del mismo Tribunal Supremo. De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución, es competente para controlar la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales de similar jerarquía; para resolver los conflictos que se susciten entre diversos entes territoriales o poderes públicos; para declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa cuando fuere procedente; y para velar directamente por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a través del amparo constitucional.

La Sala Constitucional, funcionando con unos magistrados provisionales, fue instalada en el mes de enero del 2000, con todo y la ausencia de alguna legislación especial sobre el tema. Desde un inicio colmó ese tribunal supremo buena parte de la escena jurídica nacional, pues su misma primera sentencia causó gran impacto en diferentes aspectos y, entre éstos, en uno muy sensible y trascendente: la distribución de competencia en materia de amparo constitucional.

A través de la sentencia de fecha 20 de enero de 2000, caso: «Emery Mata Millán», reiterada luego hasta el cansancio, fijó la Sala su ámbito de competencia para conocer de amparo constitucional y asumió posturas que podrían ser reflexionadas en virtud de conseguir una mayor efectividad en su funcionamiento, así como en la protección de los derechos fundamentales².

2. PROTECCIÓN JUDICIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA Y LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE 20 DE ENERO DE 2000

No pareciera necesario entrar con detalle a comentar los aspectos fácticos y la totalidad de las motivaciones de la sentencia de la Sala Constitucio-

² He tenido ya la oportunidad de escribir, si bien desde diferentes enfoques y de un modo más indirecto, sobre este punto concreto del nuevo sistema de justicia constitucional que se está levantando en Venezuela. Debo remitir, por tanto, a las consideraciones ya efectuadas en dos trabajos previos: CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. «La futura justicia constitucional en Venezuela (En contra de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 y a favor del Anteproyecto de Ley aprobado por la Corte Suprema de Justicia)». En *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, enero-abril 2000, p. 93-181; «Un mal comienzo... (Una crítica a las sentencias de la Sala Constitucional de fechas 20 y 21 de enero y 2 de febrero de 2000)». En *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, enero-abril 2000, 349-396.

nal comentada. Basta con indicar que fue recaída en un proceso de amparo constitucional que fue, finalmente, declarado inadmisibile.

El punto relevante del fallo, al menos para estas líneas, viene dado por las posiciones asumidas sobre la competencia de la Sala para conocer de la acción de amparo constitucional una vez en rigor la Constitución de 1999. Para comprender mejor la opción acogida es imprescindible, antes, hacer un pequeño recuento acerca de la manera en que en Venezuela funciona el amparo constitucional o, lo que igual, de cómo los tribunales protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así, pues, hay que empezar por señalar que la tutela definitiva de los derechos fundamentales, constitucionales o humanos, conforme con la Constitución de 1999 —como sucedía con la anterior—, deben llevarla a cabo los tribunales a través de dos vías procesales: la ordinaria, dispuesta en cada sector del ordenamiento procesal (civil, contencioso-administrativo, laboral, tributario, etc.), y la especial del amparo constitucional³.

La Constitución vigente no fija, como tampoco lo hacía la de 1961, cuándo debe prevalecer una vía judicial de protección de derechos fundamentales sobre la otra, pero la tradición en el país, recibida luego en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se dirige a establecer una relación de alternabilidad, aunque moderada, porque se exige que para que el amparo constitucional sea admisible deba verificarse previamente que los mecanismos procesales ordinarios no existan o que sean, si acaso, no del todo eficaces⁴.

³ Esta circunstancia surge de la relación entre los artículos 26 y 27 de la actual Constitución. La diferencia esencial entre el amparo constitucional y las otras vías judiciales ordinarias, cuando éstas se utilizan para proteger derechos y garantías constitucionales, consiste, principalmente, en que aquél propende a otorgar un restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales lesionados. Para ello hace uso de un procedimiento breve y sumario, aunque además tiene otras características, como la oralidad, publicidad, preferencia, gratuidad e informalidad. Sobre la relación entre el amparo constitucional y los otros medios procesales véase: LINARES BENZO, Gustavo. *El proceso de amparo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1999, p. 44 y ss.

⁴ La relación entre el amparo constitucional y las demás vías procesales es realmente de alternabilidad, por cuanto dependiendo de las circunstancias es procedente aquél o éste, uno u otro. Sin embargo, no queda al libre arbitrio del afectado escoger cuál vía procesal utilizar, ya que el juez de amparo puede inadmitir esa acción cuando entienda que en el ordenamiento procesal común hay medios diferentes aunque también eficaces para la tutela requerida. Por eso no puede hablarse de una relación de subsidiariedad propiamente tal, como sí se predica en Alemania y España, donde el amparo constitucional, del que conoce únicamente el Tribunal Constitucional, opera sólo una vez que el afectado haya acudido a las vías ordinarias y éstas no hubieren dado la protección adecuada. Se han acuñado en Venezuela, tanto en doctrina como en jurisprudencia, entonces, términos como el carácter extraordinario o especial del amparo constitucional, para evidenciar que si bien es un remedio judicial abierto a todos sin necesidad de pasar antes por algún otro tipo de proceso previo, requiere un examen, al menos, de que no hay otros medios procesa-

Tampoco hace alusión la normativa constitucional actual, ni la precedente, sobre cuáles son los tribunales aptos para conocer del amparo constitucional. Se refiere sólo el artículo 27 de aquélla, como lo hacía el 49, a que hay unos «tribunales competentes» para resolver estos procesos especiales de protección de derechos constitucionales, por lo que la regla de competencia es exigible y no es procedente entender que cualquier juez, por el mero hecho de serlo, está en capacidad de resolver cualquier tipo de pretensión de amparo constitucional. Lo hará, únicamente, en la medida en que sea competente para ese caso concreto⁵. Las reglas de competencia en el amparo constitucional, por tanto, han quedado ahora y antes a la legislación.

La Ley Orgánica respectiva, de 22 de enero de 1988, todavía vigente, optó por dejar el conocimiento de la generalidad de estos procesos a los tribunales de primera instancia de la localidad donde se hubiera cometido la violación denunciada y en la medida en que la materia de la cual normalmente conocieran esos tribunales fuera análoga a la naturaleza de los derechos o garantías invocados como infringidos (artículo 7º). Esa regla general, sin embargo, tuvo en la ley dos excepciones nada despreciables: cuando el amparo constitucional se interpusiera contra los más altos órganos públicos nacionales, el Tribunal Supremo, en la Sala afín con los derechos alegados como menoscabados, sería el único juez competente (artículo 8º)⁶; y cuando el amparo se dirigiera contra decisiones judicia-

les ordinarios igualmente eficaces. Véase, además de los trabajos nombrados en la nota anterior, el de OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, 368 p.; especialmente p. 36-47, donde analiza la relación de subsidiariedad entre el amparo constitucional español y la tutela en Colombia. Ésta, como es sabido, se asemeja mucho en ese punto, y en varios otros, al amparo constitucional venezolano. Véase también la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal de fecha 8 de marzo de 1990, caso: «Luz Magaly Serna», en la cual se traza la relación entre el amparo constitucional y los demás medios procesales de forma no rígida, al superar anteriores concepciones que abonaban la inadmisibilidad del amparo con la simple existencia de otras vías judiciales (vgr. sentencia de 23 de mayo de 1988, caso: «Fincas Algaba»). A la vez, aquella decisión patentiza que son los efectos de cada remedio procesal en donde debe enfocarse el examen para decidir cuándo el amparo se sobrepone a los demás mecanismos y cuándo no.

⁵ Desde la primera sentencia por la que la Corte Suprema de Justicia abrió la puerta al amparo constitucional, de fecha 23 de octubre de 1983, caso: «Andrés Velásquez», se ha hecho alusión a que hay unos tribunales competentes y que debe cuidarse que sólo aquellos jueces cuya competencia por la materia sea afín con la naturaleza de los derechos invocados como infringidos conozcan y decidan tal medio procesal.

⁶ Ese artículo 8º, además, ha sido interpretado extensivamente, de modo que junto a los entes nombrados en él se entienden incluidos todos los demás órganos de rango constitucional y competencia nacional, como el Congreso de la República, el Consejo de la Judicatura e incluso el Gobernador del Distrito Federal, aunque éste no tenga una competencia nacional. Véanse las sentencias de la Sala Político-Administrativa de fechas 8 de noviembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 7 de abril de 1994, casos: «Anselmo Natale», «Reina Henríquez de Peña» y «Videos Oeste Flippers», respectivamente.

les, el asunto debería ser resuelto por un «tribunal superior» del que emitió el pronunciamiento cuestionado (artículo 4º)⁷.

La consecuencia práctica de esta repartición de competencia en materia de amparo constitucional es que, en buena medida, ella sigue la distribución normal existente entre los tribunales de justicia y los asuntos o procesos ordinarios. Hay una ostensible equiparación entre las competencias ordinarias y la de amparo constitucional, en especial si se toma en consideración la primacía del criterio material⁸ y que por disfunción de la jurisdicción contencioso-administrativa aún sigue siendo la Sala Político-Administrativa la competente en única instancia para resolver las demandas contra actos u omisiones de los altos órganos públicos nacionales⁹.

⁷ Junto con estas dos excepciones hay que nombrar otra: la prevista en el artículo 9º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, aunque dicha facultad, realmente, es excepcional y no afecta a fin de cuentas las reglas generales de competencia. Ese precepto permite que cuando no tenga sede en la localidad de la violación el tribunal competente, por la premura de la tutela judicial, el amparo constitucional pueda ser planteado ante cualquier juez, quien no actúa como una instancia de conocimiento, sino que se limita a prestar una especie de protección provisional e inmediata, para luego enviar los recaudos a los tribunales competentes.

⁸ El criterio rector recogido en la Ley Orgánica, como se ha dicho, fue el mismo material sentado en la sentencia comentada de 23 de octubre de 1983: el de la afinidad entre las competencias del juez y la índole de los derechos. De allí, que la Corte Suprema de Justicia hiciera uso de él para salvar las deficiencias de la organización judicial, básicamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, donde no hay tribunales de primera instancia. Se entendió que, dada la preponderancia de tal criterio material, los tribunales contencioso-administrativos, aunque no se llamaran de primera instancia, también tenían competencia en materia de amparo constitucional. Para ello, claro está, se tuvo que variar el significado literal del artículo 7º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (sentencia de fecha 16 de noviembre de 1989, caso: «Partido Social Cristiano COPEL»), pero así se logró una coincidencia entre las competencias ordinarias de los tribunales contencioso-administrativos y la de amparo constitucional.

⁹ En el contencioso administrativo venezolano, aún, se preservan los criterios de competencia de épocas pasadas en las que el único tribunal general en esa materia era la Corte Suprema de Justicia, en Sala Federal o Político-Administrativa. Esta Corte, como máximo tribunal, conoce en primera y única instancia de muchos procesos, básicamente de todos aquéllos en los que el demandado sea un órgano o ente público nacional de alto rango. De allí, la conexión entre las competencias contencioso-administrativas establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y las del artículo 8º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Esto ha sido advertido en la sentencia de dicha Sala de fecha 8 de noviembre de 1990, caso: «Anselmo Natale», que justifica y explica el referido artículo 8º bajo el argumento de que: «...tiene su fundamento en atención a la importancia y trascendencia que podrían tener los amparos ejercidos contra autoridades de alto rango como lo son: El Presidente de la República, los Ministros, el Procurador General de la República, el Contralor General de la República y el Fiscal General de la República, así como los organismos electorales. Todas las acciones de amparo que se intenten contra las señaladas autoridades de naturaleza constitucional y de carácter nacional, así como los organismos electorales, tendrían que ser ventilados dentro de un órgano de máxima jerarquía dentro de la estructura judicial, lo cual asegura que esta forma de control de la constitucionalidad de los actos emanados de

Sin embargo, la nueva Constitución injiere una novedad importante en este punto: como atribución directa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo prevé la revisión de las sentencias de amparo constitucional, en los términos que establezca la ley (número 10 del artículo 336). De esta forma, a diferencia de lo que sucedía en la Constitución derogada, se le da una competencia directa a la Sala Constitucional en el amparo constitucional, si bien como una instancia de revisión, que viene a ser operativa cuando otros tribunales, los competentes, hayan resuelto las pretensiones de tutela de derechos fundamentales impetradas por los afectados.

Con este marco muy general establecido en la Constitución acerca del amparo constitucional y, en particular, sobre la participación de la Sala Constitucional en esa materia, y no obstante que el mismo articulado constitucional deja a la ley orgánica respectiva la definitiva configuración del sistema de protección judicial de derechos y garantías constitucionales (artículos 27, 156, número 32, 187, número 1, y 336, número 10), la Sala Constitucional, en el ínterin mientras se promulga la legislación correspondiente, resolvió ordenar el cuadro de competencias en materia de amparo constitucional de la siguiente manera:

- a. Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia de ser la máxima protectora de la Constitución, el conocimiento directo, en primera y única instancia, de las acciones de amparo incoadas contra altos funcionarios públicos a que se refiere dicho artículo 8º de la Ley Orgánica de Amparo (que son todos los que tienen una competencia nacional y jerarquía constitucional, como el Presidente de la República, Ministros, Asamblea Nacional, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Consejo Nacional Electoral, Defensor del Pueblo, entre otros), así como contra los funcionarios que actúen por delegación de atribuciones de aquéllos.
- b. Compete a la Sala Constitucional, igualmente, la resolución de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la

ellos, sea ejercido por la propia Corte Suprema de Justicia, que es la que ordinariamente asume el control jurisdiccional de la actividad de dichas autoridades». Sin embargo, la tragedia verdadera de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana es que, pese a la urgente necesidad de incremento del número de tribunales, los intentos pasados y los proyectos hacia el futuro siempre acaban por proseguir con esta absurda y disfuncional organización, en lugar de crear una estructura ordenada, que entre otras cosas dé más garantía a los justiciables y persiga cierta uniformidad en la jurisprudencia. Véase, sobre la deficiencia en el número de jueces contenciosos, el artículo de ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, «Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso-administrativa». En *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 2, enero-abril 1998, p. 287-302.

República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales.

- c. Asimismo, toca a la Sala Constitucional dirimir las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los Juzgados o Tribunales Superiores, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando ellos conozcan de acción de amparo en primera instancia.
- d. A los Tribunales de Primera Instancia de la materia relacionada o afín con la naturaleza de los derechos denunciados como violados queda asignado el conocimiento de las acciones de amparo que se interpongan contra funcionarios o actos distintos a los expresados precedentemente. En materia penal, se hace la advertencia expresa, cuando la acción de amparo tenga por objeto la libertad y seguridad personales, la competencia es del Juez de Control, a tenor del artículo 60 del Código Orgánico Procesal Penal, mientras que en los demás casos atañe el conocimiento del asunto a los ordinarios.
- e. Las apelaciones o consultas que procedan contra las sentencias de amparo de tales Tribunales de Primera Instancia o del Juez de Control o los Tribunales de Juicio Unipersonal, serán decididas por los Juzgados Superiores de dichos Tribunales o las Cortes de Apelaciones, de cuyas decisiones no habrá, a su vez, apelación ni consulta.
- f. Junto con las anteriores competencias, la Sala declara que a ella corresponde, de acuerdo con el número 10 del artículo 336 de la Constitución y aún a falta de la ley orgánica respectiva, la revisión de las sentencias de amparo que sean exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia, cuando conozcan la causa por apelación y que por lo tanto no son susceptibles de recurso ulterior, así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de la Sala. Esa revisión, acota la Sala, la efectuará en forma selectiva y discrecional, «...sin atender a recurso específico y sin quedar vinculado por peticiones en este sentido».

En fin, como puede verse, la sentencia de 20 de enero de 2000 de la Sala Constitucional pretende que la tuición de los derechos y garantías constitucionales sea, en una parte importante, una atribución de exclusiva incumbencia de la Sala Constitucional, como había sido también exclusiva de las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 8° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, cuando fuera procedente, según los artículos 4° y 35 *ejusdem*. En el resto de los casos, cuando el amparo constitucional sea competen-

cia de cualquier otro tribunal de la República, que la Sala Constitucional entre sin embargo a revisar las decisiones de éstos, merced un instrumento extraordinario cuyo fin sea dar uniformidad a la interpretación y aplicación de la Constitución.

Estos criterios, vale argüir por último, fueron aplicados inmediatamente, ya que la Sala Constitucional terminó su fallo recordando el carácter vinculante de su jurisprudencia y, subsiguientemente, exhortó a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y a cualquier otro tribunal que conozcan de acciones de amparo, para que apliquen y acaten los criterios de competencia en materia de amparo que fijó en esa misma decisión y para que le fueran remitidos todos los expedientes que detenten en ese momento, sea que estuvieren listos para sentenciar o en plena tramitación, y que, según acababa de resolver, debían ser decididos por ella misma como supremo tribunal de la jurisdicción constitucional.

3. INCONVENIENCIA DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN MATERIA DE AMPARO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

El régimen de competencia en materia de amparo constitucional establecido por la Sala Constitucional en su primera sentencia luce francamente inconveniente y pone en duda que esa nueva e importante instancia jurisdiccional del país logre cumplir los cometidos que la Constitución le asigna con efectividad. En efecto:

El respeto de los derechos fundamentales, humanos o constitucionales ocupan en la actualidad una posición predominante en el devenir de la comunidad mundial. La nueva Constitución venezolana, en particular, hace eco de ello y consecuentemente propugna como uno de valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, en su artículo 2º, «la preeminencia de los derechos humanos» y declara entre los fines esenciales del Estado, en el precepto siguiente, «la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución».

Para acuñar tal valor de la indemnidad de los derechos fundamentales los ordenamientos jurídicos de distintos países asumen, cada uno, dependiendo de sus tradiciones jurídicas, diversas vías, aunque la tendencia indiscutible es la de otorgarles a éstos una protección judicial, pero diferenciada de la que ordinariamente se presta para los demás derechos e intereses. Las características descollantes de tales procesos de tutela de los derechos fundamentales son, normalmente, dos: la efectividad y la intervención de tribunales especializados.

No parece conveniente, en verdad, que dicho valor supremo del ordenamiento jurídico, como es la tutela de los derechos constitucionales, quede al discurrir del aparato y los procesos ordinarios de justicia, que están pasando hoy en día, en la mayoría de los Estados occidentales por una verdadera crisis a razón, precisamente, de la poca eficacia de sus resoluciones, debido a varias causas comunes entre las que debe nombrarse, siquiera, el retardo en decidir¹⁰. De allí, que la tendencia palpable en cada país es que paralelamente con la jurisdicción ordinaria se acomoden procesos para amparar derechos fundamentales que gocen de las notas de brevedad, preferencia y efectividad.

Asimismo, para garantizar que esa actuación de los tribunales alcance de la mejor manera posible el fin supremo de cuidar efectivamente tales derechos, ha sido necesario asentar tal competencia en órganos jurisdiccionales especializados en la materia, que estén en condiciones de responder más eficientemente al cometido señalado y, a la vez, que de algún modo sean capaces de asegurar un orden en la interpretación y aplicación de esos derechos y de evitar excesos o faltas en la tutela. Así es como la tuición de los derechos fundamentales ha quedado incorporada en las jurisdicciones constitucionales y se le califica, entonces, de cualificada o reforzada.

Dando como válida la premisa anterior, de conferir a los derechos humanos o constitucionales una tutela efectiva y cualificada, diversos países han acercado su actuar a tales requerimientos y, para ello, ensayan diferentes opciones.

El ejemplo más patente de ese propósito de garantizar plenamente los derechos fundamentales, sin dudas, lo constituye Alemania, que luego del desastre social y moral, pero también jurídico, de la última guerra mundial se inclinó por crear un Tribunal Constitución y Federal que se dedicara a vigilar por el apego del legislador a la Constitución y, especialmente, por amparar todos los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la actuación u omisión de los poderes públicos. Dicho Tribunal tiene la encomienda (artículo 93.4ª constitucional) de reparar, a solicitud de los ciudadanos afectados, las lesiones causadas por los entes públicos en sus derechos fundamentales una vez que las vías judiciales ordinarias, a las que se reconocen como dotadas de suficiente efectividad, no hubieran sido capaces o eficaces para cumplir con tal misión, que le es en principio propia¹¹.

¹⁰ Sobre la ineffectividad de los procesos judiciales en general, y algunas ideas para la solución del problema, puede verse el desarrollo de las XV y XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en 1996 y 1998 en Bogotá y Brasilia, respectivamente.

¹¹ HÄBERLE, Peter. «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional». En VVAA. «*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*». Madrid: Dykinson, 1997, pp. 267 y ss.

En España, asimismo, rige el principio de otorgar a los derechos fundamentales un auxilio efectivo y reforzado, siguiendo en buena medida la enseñanza alemana. Ese país, en la Constitución de 1978, resolvió por apartar un grupo significativo de libertades públicas, básicamente de contenido individual y político, a los que se da el carácter pleno de derechos fundamentales, directamente aplicables, exigibles y resistentes al legislador, y asegurar su respeto por un procedimiento sumario y preferente ante los tribunales ordinarios con la salvedad de que, de no resultar aquéllos debidamente atendidos, queda a merced del afectado requerir la intervención del Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo. El artículo 53.2 de la Constitución española, concretamente, señala: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

Es discutido en doctrina si del precepto anterior surge el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, que fue la preferencia del legislador español en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, para los casos de violación de derechos fundamentales por el gobierno nacional o autonómico o sus autoridades o funcionarios e incluso por los tribunales de justicia, pues hasta tanto no se hubieren intentado y agotado fallidamente los procesos ordinarios no es admisible pedir la intervención del aludido alto tribunal de la jurisdicción constitucional; y, tal debate, parece haberse zanjado con la conclusión de que, entre las diferentes opciones que permitía la Constitución, el legislador tomó una que consideró adecuada, eficiente y apegada, a todo evento, a la norma superior¹².

De forma que, en ese país, se ha arrimado la protección de los derechos supremos a las competencias del Tribunal Constitucional, el cual dispensa a aquéllos la protección reforzada y especializada, a la vez que acomete la tarea de uniformar la jurisprudencia sobre el alcance e interpreta-

¹² Esa discusión doctrinal sobre la naturaleza del amparo constitucional es extensa. Basta sólo nombrar algunos trabajos: DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo». En VVAA. *La Sentencia de Amparo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. (Cuadernos y Debates N° 63). RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1998. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

ción de las normas y derechos constitucionales en virtud de su título de intérprete supremo de la Constitución; pero ello no lo hace de forma única ni inicial —salvo el supuesto contemplado en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respecto a violaciones provenientes de actos sin valor de ley emanados del parlamento nacional o autonómico—, sino subsidiariamente, es decir, una vez que los jueces ordinarios, por un procedimiento especial que establece en cada caso el legislador, guarnecido con rasgos de sumariedad y preferencia, no hubieran suministrado la tutela pertinente.

Una opción diferente a las descritas, aunque también encauzada al objetivo de una protección efectiva y cualificada de los derechos fundamentales, es la asumida por un país como Costa Rica, que pese a sus dificultades inherentes ha logrado alcanzar un impresionante desarrollo de su Derecho, en general, y concretamente del constitucional. En el Tribunal Supremo de Justicia se insertó, por obra de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989, una Sala Constitucional que junto con el control de la legislación en toda su variedad se le confió la tutela de los derechos y garantías constitucionales, tanto individuales como sociales, que la Constitución misma reconoce e, incluso, de todos aquéllos recogidos en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y que puedan ser apreciados como inherentes a la persona.

En lugar de diseminar el amparo de esa amplia gama de derechos fundamentales entre los diferentes tribunales de justicia, el pequeño país centroamericano prefirió —precisamente por su tamaño y escasa población— por concentrarlo en la referida Sala Constitucional, la cual se expone entonces como la única instancia de resguardo de tales derechos, aunque también como una instancia especializada, cualificada. Además, tales procesos de amparo constitucional se siguen por unas pautas de celeridad, preferencia e informalidad que, sin dudas, quedan investidos de un alto grado de eficacia¹³.

Por último, es menester echar una mirada a la experiencia colombiana; visión obligada para los venezolanos dada la influencia recíproca que ha operado siempre a través de la historia, en todos los ámbitos y en éste, de la justicia constitucional, en particular. La Constitución de 1991 dio un paso decisivo en ese país al crear una Corte Constitucional avezada en asuntos constitucionales, entre cuyas atribuciones despunta la tutela de los derechos fundamentales, término en el cual se incluye una exten-

¹³ Sobre la justicia constitucional en Costa Rica, véase el trabajo de PIZA ESCALANTE, Rodolfo. «Justicia constitucional y Derecho de la Constitución». En VV.AA. *La jurisdicción constitucional. III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional*. San José: Juricentro, 1993, pp. 11-50.

sa variedad y naturaleza de libertades, como se aclaraba antes para los costarricenses.

La elección colombiana, en este sentido, difiere de las anteriores, aunque también es válida y se incardina en el objetivo antes señalado de cubrir los derechos fundamentales con una defensa efectiva y cualificada.

Esa alta Corte Constitucional, por un lado, entrega la protección cualificada y procura unificar y consolidar la doctrina constitucional, pero, a la par, su intervención ocurre luego de que los ciudadanos afectados hayan acudido a los tribunales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales mediante un único proceso extraordinario, que puede plantearse alternativamente con los mecanismos procesales ordinarios y que descuella por sus características de sumariedad, brevedad, preferencia, informalidad y efectividad: la acción de tutela.

La acción de tutela, entonces, se interpone directamente por los afectados sin necesidad de acudir ni agotar antes a las vías procesales ordinarias. Basta con que aquéllas se avizoren insuficientes o ineficaces. Los tribunales ordinarios, que conocen de esa acción de tutela, emiten el pronunciamiento oportuno, amparando de ser el caso el derecho fundamental menoscabado. Una vez dictada sentencia de tutela en segunda instancia es cuando comienza la participación de la Corte Constitucional, pues el legislador optó por disponer que se envíe de oficio por el juzgador superior la documentación pertinente para que, aquélla, de forma discrecional y no sujeta a petición de los interesados, seleccione los asuntos que por su trascendencia jurídica o para corregir los criterios o posiciones de los jueces ordinarios en la resolución de la controversia deben ser revisados, y por tanto, revocados, modificados o confirmados¹⁴.

Todas estas experiencias, como puede extraerse, si bien desemejantes en la articulación de las vías procesales y en las maneras en que se reparten las competencias y, en fin, de cómo se estructura el sistema, comulgan en el objetivo final de amparar o tutelar los derechos fundamentales, constitucionales o humanos de modo efectivo, vale decir, real, oportuno, eficaz e integral, y a la vez por unos tribunales especializados que suministran un veredicto cualificado o reforzado.

Justamente tales características en la tuición de los derechos constitucionales son las que parecen encontrar abrigo en la actual Constitución ve-

¹⁴ Un esquemático pero buen trabajo sobre la justicia constitucional en Colombia es el de NARANJO MEZA, Vladimiro. «La nueva jurisdicción constitucional colombiana». En *Instituto de Investigaciones Jurídicas*; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1998, pp. 601-624.

nezolana, pues en ella se mantiene la sumariedad, preferencia, informalidad y efectividad del amparo constitucional, a la vez que se atan tales procesos con el accionar de la Sala Constitucional, de la cual cabe esperar el resultado cualificado o reforzado de la tutela. Los preceptos constitucionales que establecen el marco del nuevo sistema son los artículos 27 y 336, número 10, que apuntan, respectivamente, lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos./ El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto...»; «Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva».

Es axiomático que con esta formulación constitucional se da por liquidada, finalmente, con la situación precedente en el país en torno al amparo de los derechos constitucionales. Situación que, por desacoplada y anárquica, era simple y llanamente inaguantable. Es preciso reconocer, mirando atrás, que la tutela de los derechos fundamentales se ordenaba de manera rápida, preferente y efectiva por intermedio de la acción de amparo constitucional, prevista en prácticamente idénticos términos en la Constitución de 1961 y desarrollada por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Solamente a las deficiencias propias del aparato judicial, y no a la concepción de ese proceso extraordinario —aunque su regulación legal exhibiera innumerables defectos—, eran achacables a la virtualidad del amparo constitucional. Pero, asimismo, debe censurarse que dicho sistema de resguardo de los derechos fundamentales adoleciera de instrumentos o estructuras que propendieran a su normalización, a una protección ordenada, certera e igualitaria, no sujeta a interpretaciones caprichosas o malsanas de jueces, quienes carecían de control eficaz. Las deficiencias de la jurisdicción constitucional venezolana mostraban todo su esplendor en esta materia, donde reinaba la inseguridad jurídica y ningún tribunal, ni la Corte Suprema de Justicia, tenía las herramientas ni la capacidad para poner término a tan delicada realidad.

El adelanto que supone el nuevo entorno constitucional en este tema, empero, demanda la escogencia atinada de las opciones que le deja abierta la Constitución en la configuración definitiva del régimen de protección de los derechos fundamentales, pues una equivocada regulación, aunque con apego a las directrices constitucionales, podría dejar en meras ilusiones las perspectivas ciertas de una total transformación en el sistema con miras a solventar los pesares anteriores. Tales alternativas, que deben ser adoptadas por el legislador nacional exclusivamente, giran realmente en lo que la intervención de la Sala Constitucional respecta.

Puede preverse, así, que el cuadro constitucional, aunque se encamina a la concurrencia de las notas de una tutela de los derechos constitucionales efectiva y cualificada, deja para el ensamblaje definitivo del sistema varias posibilidades en cuanto al rol que toca a la naciente Sala Constitucional. Dejando de lado los detalles, más concretamente es acertado hablar de tres opciones:

La primera, sería pensar que a la Sala Constitucional, en materia de amparo constitucional, corresponde, como dice el artículo 336, numeral 10, exclusivamente la revisión de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores, en el sentido de que conoce cual segunda instancia o tribunal superior de todos esos asuntos. De esta forma, toda sentencia de primera instancia que resuelva sobre un proceso especial de amparo de derechos constitucionales tendría apelación para ante la Sala Constitucional o subiría a ésta en consulta obligatoria, si se mantuviera una disposición como el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La segunda posibilidad vendría dada por considerar, al igual que la anterior, que la Constitución dispone la intervención de la Sala Constitucional sólo como una instancia de revisión de las sentencias de amparo constitucional y, por tanto, no atribuirle el conocimiento de esos procesos en primera instancia en ningún supuesto; pero, a la vez, entender que tal revisión de sentencias es diferente de la que compete a un tribunal superior, por intermedio de la apelación o consulta, y en cambio que se trata de una revisión facultativa y discrecional por la Sala —muy común en el funcionamiento de tribunales supremos o constitucionales de otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica o Alemania e incluso Argentina y Colombia— de aquellas sentencias que, ya, hubieran quedado como definitivas por los tribunales ordinarios, es decir, que hubieran sido resueltas en primera instancia por el tribunal competente y revisadas, mediante apelación o consulta obligatoria, por el tribunal superior respectivo de aquél.

Y la última, que pese a que la Constitución, en el referido artículo 336, señala que es atribución de la Sala Constitucional la revisión de las sentencias de amparo constitucional, deducir que tal competencia de revisión, sea como segunda instancia o mediante un método de selección discrecional y facultativo, es solamente una de las formas como ese Alto Tribunal conocerá de los procesos de amparo constitucional y que ello no obsta para que, concomitantemente, en determinados casos —por ejemplo, cuando se demanden ciertos funcionarios públicos de alta jerarquía—, pueda conferírsele también a la Sala el conocimiento en primera y única instancia de esos asuntos.

Todas las alternativas explicadas, en mayor o menor medida, parecen encontrar respaldo en las disposiciones constitucionales o, al menos, no transgredir éstas de forma perceptible, ya que incluso las dudas sobre la constitucionalidad de la última opción, al añadir a la Sala Constitucional el conocimiento de acción de amparo constitucional en primera instancia, atribución no contemplada en la Carta Magna, queda saldada con lo previsto en el aparte 11 del mismo artículo 336, que permite a la ley conferir nuevas atribuciones a dicho órgano de la jurisdicción constitucional.

Hay que mirar, por consiguiente, sólo la conveniencia y adecuación de tales posibilidades de regulación de la injerencia de la Sala Constitucional en el amparo constitucional para descartar las que no alcancen el cometido de buena gana o no se compaginen con fines o valores relevantes. La alternativa por la que se tome partido debería ser aquélla que, primero, asegure la participación de la Sala Constitucional en la resolución de todos los procesos de amparo constitucional, ya que de ese modo habría una protección de tales derechos y garantías cualificada o reforzada, con beneficio para el ciudadano afectado y para el ordenamiento en general; segundo, no disminuya las señas propias de ese proceso constitucional de brevedad y efectividad, es decir, que mantenga la aptitud para que los tribunales competentes emitan decisiones que restablezcan inmediatamente, sin retardo, los derechos o garantías fundamentales infringidos, y, tercero, que no entorpezca el normal funcionamiento de la Sala Constitucional de forma que quede tan agobiada de trabajo que le impida con presteza ocuparse de esa y de las demás atribuciones que le asigna la Constitución.

Bajo estas premisas, la primera condición puntualizada no se presenta como parámetro de selección al estar las tres alternativas que emanan de la Constitución en esta materia, todas, dispuestas de forma tal que la Sala Constitucional queda habilitada —bien directamente o al confirmar o revocar un fallo sujeto a su revisión— para resolver cualquier disputa

sobre libertades supremas que interesen los ciudadanos; de modo que éstos se ven agraciados con una tutela cualificada o reforzada, al tiempo que le permite a ese Alto Tribunal fungir como máximo intérprete de la parte dogmática de la Constitución y como órgano de unificación de la jurisprudencia constitucional.

Las discrepancias brotan en los dos siguientes requisitos, debido a que tanto en la alternativa primera como en la tercera, en las que la Sala Constitucional se levanta como el tribunal de segunda instancia en todos los procesos de amparo constitucional o se le tiene como tribunal de primera y única instancia en los supuestos en que las reclamaciones se formulen contra altos funcionarios nacionales, es previsible que difícilmente podrá respetarse el rigor procesal del amparo, la obligación de dar respuestas inmediatas a las solicitudes de los ciudadanos y, de forma palmaria, la Sala Constitucional quedaría abarrotada de trabajo excesivo que conllevaría a una carencia en tutela desde el punto de vista cuantitativo y, lo que es más trágico, cualitativo.

Es la segunda opción la que, en consecuencia, luce como la más adecuada y conveniente; la que conduce a la Sala Constitucional a suministrar una tutela cualificada a los ciudadanos en sus derechos y garantías constitucionales y a tomar un control sobre la lectura constitucional como el que deriva de su condición de supremo intérprete, que le confiere la Constitución, en el artículo 335; la que en ningún sentido pone trabas a la resolución inmediata de los planteamientos de los ciudadanos por el hecho de que todos los tribunales del país mantienen su condición de jueces de amparo constitucional y están obligados a darle a éstos preferencia sobre cualquier otro asunto —que es la otra característica, efectividad, que debe fomentarse de la tutela judicial de tales libertades supremas—; y, por último, la que garantiza a la Sala Constitucional un ritmo de trabajo acorde con su estructura, para nada agobiante, al poder dedicarse a resolver únicamente aquellos procesos de amparo constitucional en los que el dictamen de los tribunales ordinarios no sea acertado o en los que, por sus características, sea de utilidad el caso para sentar o uniformar la jurisprudencia constitucional.

Pues bien, luego de las anteriores consideraciones es menester repasar que, ante la inexistencia de una legislación dictada sobre la base de la nueva Constitución, la Sala Constitucional, usurpando claramente potestades del legislador, sostuvo en la sentencia de 20 de enero de 2000 que en materia de amparo constitucional ella tiene la competencia en primera y única instancia cuando se demande un alto funcionario nacional, de los que enumera el artículo 8º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; cuando hubiera conocido en primera instan-

cia un Tribunal Superior, una Corte de Apelaciones o la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por vía de apelación o consulta; cuando se cuestionen por vía de amparo una sentencia proveniente de esos tribunales superiores; o en cualquier otro caso, cuando se trate de revisar sentencias de amparo de cualquier otro tribunal y así lo decida de forma facultativa y discrecional.

Esta opción arrogada por la Sala Constitucional, si bien con apoyo constitucional, como antes se indicó, es manifiestamente inconveniente e inadecuada. Quizás sea la peor de las que el marco constitucional permite, pues no será capaz dicho tribunal de garantizar a los ciudadanos el restablecimiento inmediato de sus derechos y garantías constitucionales, ni funcionará con la calidad debida en virtud del fatigoso número de asuntos que deba despachar, ni podrá, en definitiva, cumplir a cabalidad con las demás competencias trascendentales que el ordenamiento jurídico le confiere.

No está la Sala Constitucional para andar tramitando y decidiendo directamente un alto porcentaje de las acciones de amparo constitucional que planteen los ciudadanos: las que se interpongan contra los altos funcionarios nacionales, las que se ejercen contra sentencias emanadas de los tribunales de segunda instancia y las apelaciones y consultas de cualquier otro proceso que conozcan aquéllos en primera instancia. Ninguna de las Salas anteriores de la Corte Suprema de Justicia, conformada cada una por cinco Magistrados, pese al esfuerzo en ese sentido, lograron mantener bajo control, a manejar, el increíble número de amparos que le llegaban día a día; y realmente es ingenuo pensar que ahora, cuando todos los expedientes pendientes pasaron de sopetón a la Sala Constitucional y en ella se alojarán los nuevos que por esas competencias vayan surgiendo, una sola Sala, por más especializada que sea, vaya a dominar el ingente trabajo y a hacerlo, además, con calidad. La prueba de lo dicho, lamentablemente, ya se ve en la práctica...

Por lo anterior, y ante la desdicha que se cierne sobre la Sala Constitucional, no queda más que llamar a la rectificación y rogar que el legislador, cuando asuma sus obligaciones constitucionales, adopte la mejor alternativa posible en esta materia, que no es ni próximamente la que se arrogó el alto tribunal en los fallos comentados.

4. REFLEXIONES FINALES

Son muchas, y buenas, las expectativas en torno a la novel Sala Constitucional. Este tribunal que se inaugura en la historia venezolana y que de seguro permanecerá en el futuro, incluso, cuando acabe este régimen

político que apenas comienza, tiene en el país, en su devenir jurídico, una función capital que desempeñar.

No sólo es que le toca controlar que el legislador se apegue a la Constitución y evitar que bajo el manto de la voluntad popular se subyugue a un país y se cometan arbitrariedades; tampoco que vigile que el reparto de competencias entre diferentes ramas del poder público sea respetado; ni siquiera que teja una red de protección integral de los derechos fundamentales, constitucionales o humanos; es que, además de todo eso, de esas funciones ya arduas, la Sala constitucional tiene sobre sí el gran peso de hacer de la Constitución un sistema, de edificar toda una teoría constitucional que se erija en la luz que alumbre los pasos de los órganos y funcionarios públicos y, más aún, de cada uno los miembros de la sociedad.

Pero esas funciones tan trascendentes corren en la actualidad el riesgo de quedar a medio cumplir debido al ingente y creciente número de asuntos que deberá manejar por la concepción de la propia Sala Constitucional acerca del carácter del amparo constitucional. En su primer año de funcionamiento, es decir, desde enero del 2000 hasta el día 14 de diciembre del mismo, según ella misma ha revelado, ingresaron a esa Sala 3224 expedientes, de los cuales 2519 son acciones de amparo constitucional, es decir, poco más de un 78%¹⁵.

Por ello, en cuanto a la protección directa de derechos fundamentales, es indispensable tomar decisiones perentorias y repensar la función de la Sala Constitucional. Es menester partir de que todos los jueces, en el ámbito de sus competencias, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, según acota el artículo 334 constitucional y, primordialmente en materia de amparo de los derechos fundamentales

¹⁵ Hasta esa fecha, 14 de diciembre de 2000, la Sala Constitucional había dictado 1562 decisiones en total, incluyendo autos y sentencias. De ellas, según indica el mismo Informe, 1326 decisiones, no necesariamente de fondo ni definitivas, recayeron en procesos de amparo constitucional. Estos datos vienen a corroborar, sin más, muchas de las consideraciones antes expuestas, pues, por un lado, poco control acerca de la calidad y armonía de las sentencias de esa alta instancia judicial puede esperarse cuando debe dictar, al fin, más de cuatro decisiones diarias, sin restar días feriados, no laborables ni períodos de vacaciones; por otro, el esfuerzo de la Sala se ha diluido en la resolución de peticiones de amparo, ya que más de un 85% de su trabajo se refieren a esos procesos, en detrimento de las otras competencias (en materia de acciones de nulidad, por ejemplo); y, por último, es patente la imposibilidad de responder de forma inmediata, como debería ser, a todas las denuncias de violación de derechos fundamentales: el primer año de funcionamiento quedaron ya pendientes de decisión bastante más de la mitad de los expedientes de amparo constitucional que ingresaron, pues, si bien no hay datos oficiales al respecto, aún asumiendo que todas las decisiones sobre amparo en ese período hubieran puesto fin a los expedientes correspondientes, es decir, que no hubiera ninguna de trámite —lo cual es totalmente insostenible—, habría todavía un desfase entre asuntos ingresados y despachados que alcanza los 1193 expedientes.

tal carga está repartida entre todos los tribunales del país; pues aquélla da a la Sala Constitucional únicamente la competencia de revisar las sentencias de amparo constitucional, a la vez que deja a los tribunales en general, competentes según la ley, la protección en primera instancia de esos bienes supremos (artículos 336, número 10, y 27).

Es evidente que la Sala Constitucional no puede evadir su responsabilidad en esa materia, pero también que la mejor opción no es arrogarse el conocimiento único ni mayoritario de los reclamos de los ciudadanos por lesión de sus derechos fundamentales, sino dejar que sean los tribunales de la República, todos ellos según los repartos de competencia que haga la ley, los que en primer momento presten auxilio a los particulares, por cuanto son esos los más cercanos a los lesionados y los que cuentan sin duda con una infraestructura para responder ágilmente al requerimiento de tutela.

El alto tribunal de la jurisdicción constitucional, no el único —vale aclarar—, debe centrarse entonces en educar a los demás tribunales del país a amparar a los ciudadanos en sus derechos y garantías fundamentales, en mostrarle la manera en que deberían actuar, en proporcionarle las definiciones de cada derecho constitucional; a todo evento, es que debería estar presta para corregir la plana a los tribunales ordinarios de ser necesario. Su actuación en esta atribución debe ser subsidiaria¹⁶.

Seguramente al comienzo la labor de la Sala Constitucional en esta materia será más relevante e intensiva; luego, cuando ya hayan sido impartidas varias lecciones y los tribunales ordinarios las aprueben, el alto tribunal quedaría ya como una última instancia a la cual pueden acudir los ciudadanos afectados para salvar injusticias y, en su caso, puntualizar los criterios que deban seguirse en ocasiones futuras. De lo contrario, la falla del sistema será patente y el desgaste de la Sala, irremediable.

¹⁶ Lo cual no desdeña, de forma alguna, la previsión de mecanismos que le permitan en ciertos casos extremos posesionarse de los expedientes de amparo constitucional concretos que cursen ante algún tribunal y emitir directamente la decisión correspondiente.

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la Constitución de 1999

ORLANDO CÁRDENAS PERDOMO*

I. INTRODUCCIÓN

EN LOS ÚLTIMOS AÑOS la transparencia de las acciones del Estado se ha considerado una condición consustancial de los regímenes democráticos ya que esta forma de gobierno excluye la ocultación y el secreto de las medidas y decisiones que se producen en favor de los intereses generales, lo anterior puede resumirse —como lo hace SAVELLI— en que la vida democrática exige «que todo pueda debatirse a la luz del sol»¹.

Cuando aplicamos la idea de transparencia al ámbito administrativo surge el término «transparencia administrativa», el cual se usa como metáfora pues la transparencia constituye una propiedad física de los cuerpos. Los países que han incorporado la noción de transparencia administrativa a sus ordenamientos han experimentado una redefinición de las relaciones entre la Administración y los administrados, obligando a la primera a acompañar sus actuaciones con medidas de publicidad, de información activa y participación, mejorando así las garantías de las libertades públicas y reforzando al mismo tiempo el control sobre la Administración.

No obstante estas tendencias, Venezuela permaneció por muchos años de espaldas al proceso de apertura al que se han visto sometidas las Administraciones modernas, conservando la injustificada reserva de los archivos administrativos contenida en la Ley Orgánica de Administración

* Abogado UCV 1992, Especialista en Derecho Administrativo UCV 1996, Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid 2000 (sobresaliente cum laude por unanimidad).

¹ Citado por Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, «El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales», *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 8, Madrid, 1976, p. 118.

Central en donde la opacidad era el signo distintivo. De ahí que no sea exagerado afirmar que el secreto constituyó una constante incrustada en todos los resortes activos de la Administración Pública venezolana. Frente a esta realidad los administrados eran cada vez más transparentes para la Administración, lo que suponía un inexplicable desequilibrio en los ejes de la relación².

Finalmente, la noción de transparencia administrativa y el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos han hecho aparición en el ordenamiento jurídico venezolano a través de la Constitución de 1999, lo que representa una revolución sin precedentes en la forma en como se venían planteando las relaciones informativas entre los ciudadanos y la Administración. La Administración venezolana tradicionalmente acostumbrada a no informar y a mantener la información como patrimonio exclusivo, ahora se ve obligada a dar a conocer los datos que reposan en sus archivos. Dada la manifiesta trascendencia que tiene el derecho de acceso, trataremos de destacar sus aspectos más relevantes.

II. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La transparencia se asocia al simbolismo de lo visible y accesible, por contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. La transparencia se identifica a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se domina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido. Siguiendo a RIVERO³, la palabra «transparencia» no constituye una creación de los juristas sino que aparece en el discurso político-sociológico identificada con la imagen de «la maison de verre» (la casa de cristal), en la que se pretende convertir a la Administración después del largo período de opacidad en el que ha permanecido.

La idea de transparencia aplicada al campo administrativo no se agota en un único instituto, sino que se entiende como un grupo de institutos y normas que, en su conjunto, delinean un modo de ser de la Administración, un objetivo a alcanzar a través de diversos medios⁴. La transparen-

² Como ejemplo de este desequilibrio obsérvese el artículo 28 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece la obligación de los administrados de facilitar a la Administración Pública la información de que dispongan. Sin embargo no existe una disposición que obligue a la Administración a suministrarle información a los administrados.

³ Jean RIVERO, «Rapport de synthèse» », *La transparence administrative en Europe*, París, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 307.

⁴ Gregorio ARENA, «Transparencia administrativa y democracia», *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 37, Oñati, 1993, p. 9.

cia administrativa, en general, cualifica el movimiento de apertura de la Administración hacia el exterior⁵. De ahí que la transparencia en la Administración no sea algo palpable y determinado, sino que constituye un ideal, un objetivo a alcanzar. Asimismo, la transparencia no precisa de una concreta relación con la Administración, sino que apunta hacia un aparato burocrático visible y accesible para cualquiera, sin que sea necesario estar involucrado como destinatario o parte interesada en una específica actividad administrativa.

El artículo 141 de la Constitución de 1999, reconoce al principio de transparencia como uno de los que fundamenta la actuación administrativa. En efecto, este precepto establece: «La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, *transparencia*, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho» (cursivas nuestras).

Con esta disposición, no queda duda sobre el carácter de principio general de la transparencia administrativa en Venezuela⁶. La transparencia administrativa encuentra fundamento en el principio democrático, pues a través de la accesibilidad, visibilidad y cognoscibilidad de la Administración, se refuerza el control sobre sus actos y se fortalece —al mismo tiempo— su legitimidad democrática⁷. El principio democrático no sólo significa una legitimación de la Administración en su origen y fundamento, sino también la exigencia de un control democrático en el ejercicio de sus atribuciones⁸. El régimen democrático contemporáneo descansa, en el plano organizativo, en las ideas de control y responsabilidad de los poderes públicos como materialización del principio de soberanía popular, y aquéllas sólo pueden tener lugar en la medida en que el principio

⁵ Charles DEBBASCH (dir), *La transparence administrative en Europe*, París, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, pp. 11 y ss.

⁶ Estimamos oportuno remitirnos nuevamente a Gregorio ARENA, quien a este respecto expresa: «en nuestra sociedad, sobre todo en los últimos años, la transparencia y la democracia han devenido dos conceptos tan relacionados que no es posible citar uno sin pensar en el otro, de tal modo que parece obvio afirmar que no puede ejercerse una verdadera democracia sin transparencia y al revés», «Transparencia administrativa y democracia...», op. cit., p. 9.

⁷ En este sentido, Agustín CERRILLO MARTÍNEZ comenta: «el principio de transparencia de la actuación de la Administración pública, supone un refuerzo al principio democrático y a la tradicional legitimidad democrática, puesto que permite a los ciudadanos, que son los que en última instancia legitiman la actividad administrativa, formarse una opinión y conocer qué sucede en el interior de las oficinas públicas», *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 32.

⁸ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 318.

de transparencia presida el funcionamiento de las instituciones. Sólo en la medida en que la actuación de la Administración, en tanto que poder público, sea conocida, puede hablarse de un poder controlado y políticamente responsable. Además, la transparencia contribuye a la eficacia de la Administración, es garantía de la rectitud y objetividad de su actuación. Del lado de los administrados, la transparencia constituye un contrapeso de gran importancia frente a las prerrogativas de la Administración.

El reconocimiento de la transparencia administrativa como principio general en la actuación administrativa, hace obligatoria su presencia en las diversas actividades de la Administración. Los medios para alcanzar el ideal de transparencia generalmente están asociados a las regulaciones que establecen el acceso a los documentos administrativos y las que protegen el conjunto de datos personales de los individuos. Ambas manifestaciones de la transparencia administrativa están presentes en la nueva Constitución.

En primer lugar, el derecho de acceso está recogido, en el artículo 143, según el cual:

...los ciudadanos tienen derecho a ser informados oportunamente y verazmente, por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. *Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley, que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.* (cursivas nuestras).

En segundo lugar, la protección de los datos personales se encuentra regulada en el artículo 28 de la Constitución, que expresa: «Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados de carácter público, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos».

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

Uno de los mecanismos que las legislaciones actuales contemplan para alcanzar la transparencia administrativa consiste en el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Este derecho garantiza la posibilidad de que los administrados se dirijan a la Administración y solici-

ten los documentos que estén en su poder. El conocimiento de la información en manos de la Administración acarrea todas las consecuencias positivas de la transparencia administrativa, tales como: la aceptación de los ciudadanos de las decisiones administrativas, el control del buen funcionamiento administrativo, el fortalecimiento de la eficacia administrativa y la disminución de la corrupción.

Hasta el reconocimiento del derecho de acceso los administrados eran meros sujetos pasivos sometidos a las labores de búsqueda de información de la Administración. Ahora, con el establecimiento del derecho de acceso, los administrados adquieren una postura activa que le permite dirigirse a la Administración y preguntar qué guarda en su interior. SÁNCHEZ MORÓN explica cuáles son las funciones de este derecho, a saber: *a)* pretende satisfacer el interés individual de los titulares del derecho a obtener una información que les puede afectar o que desean conocer, cualesquiera que sean las razones de su iniciativa. Desde este punto de vista —comenta el autor—, las normas que sancionan el acceso a la información contemplan un derecho subjetivo de carácter sustantivo, conectado con el derecho a la información, aunque mantengan su diferencia; *b)* desde una dimensión objetiva, el derecho repercute directamente sobre el funcionamiento de la Administración, ya que es una forma de evidenciar la responsabilidad de la Administración y de sus agentes, lo que estimula su eficacia y la corrección de su actuación y; *c)* el acceso a la información permite al particular adquirir elementos de conocimiento o de juicio que pueden ser necesarios para la defensa de sus derechos e intereses. Desde este enfoque, el derecho de acceso tiene un significado instrumental, ya que constituye un apoyo para el ejercicio de derechos de participación, de intervención en procedimientos administrativos o para la preparación de acciones y recursos⁹.

Las funciones que cumple el derecho de acceso permiten distinguirlo de las normas que tienen por finalidad difundir informaciones para el público en general. Estas formas de información se inscriben en un concepto de relaciones públicas de la Administración, que debe cuidar y convencer a su clientela. De ahí, la proliferación de las ruedas de prensa, portavoces, oficinas de información, intervenciones en medios de comunicación de altos cargos, etc.

Aunque hablamos del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, debemos precisar que la Constitución de 1999 no contiene

⁹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, N° 137, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 33-34.

el término «derecho» al referirse a la figura que nos ocupa. El primer aparte del artículo 143 hace referencia al derecho de los ciudadanos a ser informados por la Administración sobre el estado de las actuaciones y las decisiones adoptadas, y el segundo aparte, alude al acceso a los archivos y registros administrativos, al indicar: «Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos...». Si bien a primera vista no es evidente, a nuestro modo de ver, esta expresión consagra un verdadero derecho de acceso¹⁰.

Ciertamente, el artículo 143 contiene dos supuestos diferentes, pero relacionados entre sí. El primer supuesto, alude a la existencia de un derecho, y, en el segundo, al abordarse el tema del acceso se utiliza el término «asimismo», lo que ofrece una idea de continuidad y prolongación de lo expresado anteriormente. La continuidad apunta en dos sentidos: en primer lugar, hacia los destinatarios de la regulación y; en segundo, hacia la existencia de otro derecho frente a la Administración. Cuando se dice: «Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros..», se alude a los ciudadanos, para los cuales está prevista la posibilidad de acceder a los archivos; pero, además, a que éstos tienen —también— el derecho de acceso a los archivos y registros, así como lo tienen a ser informados por la Administración del estado de las actuaciones en las que están interesados.

A idéntica conclusión se llega al examinar la Exposición de Motivos de la Constitución, que al referirse al artículo 143 señala:

Se consagra en favor de ciudadanos y ciudadanas, el derecho a la información oportuna y veraz por parte de la Administración Pública. *Este derecho adquiere suficiente amplitud y precisión, ya que abarca lo relativo a las actuaciones de las cuales sean parte interesada, así como al conocimiento de las resoluciones definitivas que se dictaren, y acceso a los archivos y registros administrativos, salvo las excepciones legales.*

El derecho de acceso consagrado en la Constitución de Venezuela se asemeja —sin llegar a ser idéntico— al contenido en la Carta Fundamental de España. La similitud de la norma venezolana respecto a la española es tal, que incluso los límites mencionados en los respectivos textos constitucionales son los mismos. En efecto, las materias relacionadas con la seguridad del Estado, las investigaciones de delitos y la intimidad de las personas, constituyen los límites que ambas Constituciones expresamente admiten para el derecho de acceso.

La constitucionalización del derecho de acceso en Venezuela reafirma al principio de transparencia administrativa como valor del ordenamiento

¹⁰ También éste es el parecer de Allan R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, p. 84.

jurídico, que se inserta con fuerza vinculante para todos los sectores de la Administración Pública. Ha sido ampliamente admitido que la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, y que todos sus preceptos son aplicables¹¹. La Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos están sujetos a ella. Así expresamente lo prevé el artículo 7º de la Constitución, según el cual: «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución».

De otra parte, el reconocimiento del derecho de acceso como manifestación del principio de transparencia impone, además, que la consulta de los archivos administrativos prevalezca sobre las excepciones en la materia. La constitucionalización del derecho convierte al acceso en regla de conducta para la Administración, la cual no debe obstaculizar el acceso, sino, por el contrario, facilitarlo sobre todas las cosas. Sólo excepcionalmente, si el acceso pudiere afectar algún interés protegido, aquélla podrá rechazar la consulta.

La entrada en vigor de la nueva Constitución supone la derogatoria parcial de la mayoría de las disposiciones relativas a los archivos administrativos¹². La reserva ya no es una de las características consustanciales a los archivos, toda vez que su acceso o consulta no está sometida a la obtención de una autorización especial. La consagración del derecho de acceso conlleva una declaratoria implícita de publicidad de los archivos administrativos que, a partir de ahora, son accesibles por todos los ciudadanos. Esta publicidad no puede condicionarse ni legal ni administrativamente, por lo que el legislador debe cuidarse de no crear límites injustificados para el ejercicio del derecho. El derecho de acceso conlleva la consulta directa de los documentos requeridos, así como su consul-

¹¹ Como doctrina más calificada, *vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 63 y ss.

¹² Ciertamente, a partir de la entrada en vigor de la Constitución todas las disposiciones que la contradigan o se aparten de ella, quedaron automáticamente derogadas. En este orden de ideas, Allan R. BREWER-CARÍAS explica: «Una vez que entró en vigencia la Constitución, mediante su publicación en la Gaceta Oficial luego de la aprobación por referéndum el 15 de diciembre de 1999, el texto de la Constitución de 1999 comenzó a regir como norma suprema (artículo 7) y, por tanto, con las consecuencias que ello conlleva: en primer lugar, la supremacía misma, que implica tanto el poder derogatorio de la Constitución respecto de toda norma que contradiga o se aparte de las previsiones del texto constitucional; como la nulidad de todo acto estatal que se dicte en contravención con sus disposiciones», *La Constitución de 1999...*, op. cit., p. 227.

ta indirecta a través de su reproducción. Ahora cualquier ciudadano sin tener que alegar ni probar ningún interés específico puede solicitar la reproducción de los documentos administrativos.

La onda expansiva de apertura de los archivos administrativos generada por la Constitución también afecta a los órganos judiciales, mejorando su posición al momento de consultar los documentos de la Administración. Si bien el derecho de acceso está destinado para el público en general, y no para los poderes públicos, no podemos obviar que la declaratoria de publicidad se extiende en todas direcciones, por lo que es imposible e inapropiado acotarla exclusivamente a los ciudadanos. Sería un contrasentido sostener la publicidad de los archivos frente a los particulares, pero no frente a los órganos del Poder Público. Con esto no queremos decir que los órganos del Poder Público sean beneficiarios del derecho de acceso, sino que los argumentos que permitían colocar obstáculos al suministro de información administrativa han desaparecido, con lo que el acceso de los tribunales a los documentos administrativos debe facilitarse, sin mayores límites que los establecidos para el ejercicio del derecho de acceso por parte de los particulares.

IV. EFICACIA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

La forma en que está previsto el acceso a los archivos administrativos, seguramente hará surgir distintas opiniones en torno a la eficacia del derecho que contiene el artículo 143 de la Constitución. No queremos crear polémica donde aún no existe, pero creemos que éste es el mejor momento para aclarar dudas sobre un aspecto que será fundamental en los primeros tiempos de vigencia del precepto. El artículo 143 establece: «Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley, que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto».

A nuestro entender, no resulta discutible que esta disposición consagra el derecho inmediato de acceso a los archivos y registros administrativos. Sin embargo, no podemos obviar la frase «de conformidad con la ley», que incorpora el precepto, cuya interpretación puede dar lugar a una polémica similar a la planteada en España. La remisión a la Ley resulta parecida a la contenida en el artículo 105.b) de la Constitución española, de ahí que los términos en que fue discutida la eficacia del derecho en

dicho país, puedan arrojar alguna luz para la interpretación de nuestro ordenamiento.

Una interpretación restrictiva indicaría que si bien el artículo 143 reconoce el acceso a los archivos como regla general, la inserción de la frase «de conformidad con la ley», contiene una expresa reserva material de Ley en relación con el surgimiento efectivo del derecho subjetivo de acceso a los archivos. Por esta razón, la inexistencia del desarrollo legal impediría que la Administración determinase, por sí sola, los supuestos en los que procede el acceso. Conforme a este argumento, la vinculación al ordenamiento no puede verse cumplida *per saltum* con una vinculación a los dictados de la Constitución, hipótesis que de aceptarse crearía inseguridad jurídica¹³.

En el otro extremo se encontraría la posición —a la cual nos sumamos desde ya— que defendería la eficacia directa del derecho de acceso, ya que la expresión «de conformidad con la ley» no lo condiciona. Si bien el artículo 143 reconoce el acceso a los archivos, sin perjuicio de las excepciones correspondientes y «de conformidad con la ley», ello no significa que el nacimiento del derecho de acceso deba esperar por la actuación del legislador. El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos ya existe, lo que el legislador hará posteriormente es ordenar la forma del acceso, pero no hay que esperar hasta ese momento para formular solicitudes a la Administración. En este sentido se pronuncia BREWER-CARÍAS, para quien: «desde que entró en vigencia la Constitución, la misma goza de *imperatividad*, es decir, de fuerza coercitiva inmediata y por sí misma, lo que implica que sus normas son de aplicación inmediata»¹⁴. En efecto, el artículo 143 no es un catálogo de principios vagos que requieran ser concretados por la interposición del legislador. Por el contrario, tiene un contenido bien definido, tanto positiva (el acceso de los ciudadanos a los registros y archivos administrativos), como negativamente (las excepciones referidas a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas).

Sobran los ejemplos en nuestra jurisprudencia para apoyar este argumento. Basta recordar que mucho antes de que fuese dictada la Ley Orgánica de Amparo, ya la Corte Suprema de Justicia había reconocido la eficacia directa del artículo 49 de la Constitución de 1961, que contemplaba la acción de amparo constitucional. De otra parte, el incuestionable ca-

¹³ Vid. Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989, pp. 127-145.

¹⁴ Allan R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999...*, op. cit., p. 228.

rácter de norma jurídica que posee la Constitución y su fuerza vinculatoria respecto a todos los poderes públicos, apuntan hacia la eficacia inmediata del derecho de acceso.

V. VÍNCULOS ENTRE EL DERECHO DE ACCESO Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

A. *El derecho a la información y el derecho de acceso*

El artículo 58 de la Constitución de 1999 consagra el derecho a la información en los siguientes términos: «La comunicación es libre y plural, comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral»¹⁵.

A diferencia de la Constitución de 1961, la nueva Carta Magna distingue entre la libertad de expresión (artículo 57) y el derecho a la información¹⁶. Al realizar esta distinción, la Constitución de 1999 se aproxima a la Constitución alemana (artículo 5), española (20.1.a y 20.1.d), portuguesa, así como a la Carta de los Derechos y Libertades de la Persona de Quebec de 1975. Esta diferenciación es acertada, pues el derecho a la información posee características propias que la distinguen de la libertad de expresión. Siguiendo a NOVOA MONREAL, la libertad de expresión tiene su centro de gravedad en el individuo que transmite a otros sus ideas y conocimientos, lo que le confiere carácter individualista. En cambio, el derecho a la información interesa y compromete a toda la sociedad y no exclusivamente al individuo, ya que versa sobre hechos o noticias de trascendencia pública¹⁷. La posibilidad de distinguir entre

¹⁵ Respecto a este artículo Allan R. BREWER-CARÍAS comenta: «Una larga polémica se planteó respecto a la utilización de los adjetivos “oportuna, veraz e imparcial” para calificar la información que toda persona tiene derecho a recibir, no porque deba ser así, sino porque todos estos calificativos en la Constitución podrían dar lugar a que desde el Estado pueda establecer algún control para determinar la veracidad, la oportunidad o la imparcialidad de la información, y con ello el establecimiento de alguna «verdad oficial». En una Constitución signada por el principio de la progresión en la mayoría de los derechos individuales, esta regresión en materia de derechos individuales es inadmisibles, pues abre una grieta que puede servir al autoritarismo», *Ibidem*, p. 175.

¹⁶ En efecto, la Constitución de 1961 sólo contenía el artículo 66, que expresaba: «Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa».

¹⁷ Eduardo NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 4ta. edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1989, p. 143.

ambas libertades no se traduce en su falta de conexión ya que, el derecho a la información es el presupuesto de la formación de la opinión, que precede a la expresión de ésta. La información facilita la formación y expresión de la opinión.

El artículo 58 de la Norma Fundamental de Venezuela no hace expresa mención al contenido del derecho a la información, en el sentido de que no alude directamente a las facultades de búsqueda, difusión y recepción de la información. No obstante, como veremos inmediatamente, el artículo 28 de la Constitución sí alude a la búsqueda de la información. De otra parte, los Convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela que, según el artículo 23 de la Constitución, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, por lo que son de aplicación inmediata, también hacen referencia al contenido del derecho a la información¹⁸. En este sentido, remitimos a la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 (artículo 19)¹⁹ y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (artículo 13)²⁰. Si bien los Convenios citados versan sobre la libertad de expresión, debemos recordar que el derecho a la información tuvo sus orígenes en ésta y, que cuando los Convenios hacen referencia a las facultades de búsqueda, recepción y difusión de la información, se está siguiendo un criterio superado, que concebía el derecho a la información como manifestación de la libertad de expresión y opinión. De esta forma, cuando el derecho a la información obtuvo su carta de naturaleza propia y llega a distinguirse de la libertad de expresión, arrastró las facultades que le son inherentes, es decir, la búsqueda, difusión y recepción de la información.

Estas facultades se refieren a los diversos aspectos concurrentes en el proceso informativo. En primer lugar, la búsqueda de información alude al conjunto de tareas previas para la difusión y recepción de la infor-

¹⁸ El artículo 23 de la Constitución de 1999 establece: «Los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

¹⁹ Dicho artículo expresa: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»

²⁰ Según este precepto: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de elección».

mación. Tradicionalmente esta libertad se ha encontrado vinculada a la actividad periodística. En segundo lugar, la libertad de difundir información alude a la libertad de informar, y aunque cualquier individuo puede servirse de los medios de comunicación social, está claro que la libertad de informar es ejercida masivamente por los medios de comunicación y los profesionales del sector. Por último, la libertad de recibir información supone la contrapartida de la facultad de difusión y comporta la libertad de todo individuo de recibir libremente información sin restricciones o trabas injustificadas. La interpretación más extendida de esta última facultad indica que se refiere únicamente a las informaciones e ideas transmitidas por los medios de comunicación social.

Descrito brevemente el contenido del derecho a la información, podemos apuntar los vínculos que mantiene con el derecho de acceso. El primer punto de encuentro entre dichos derechos, coloca al derecho de acceso como instrumento de los medios de comunicación y periodistas para consultar los archivos y registros administrativos. Este vínculo encuentra reflejo en el texto constitucional de 1999 ya que, conforme al artículo 28, toda persona tiene derecho de acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información de interés para comunidades o grupo de personas. A través de esta disposición, se consolida la facultad de búsqueda como elemento indispensable del derecho a la información, que utilizado por los medios de comunicación o periodistas, permite acceder a documentos de cualquier índole, incluyendo los de carácter administrativo. Ahora bien, al existir una disposición específica para la consulta de los archivos y registros administrativos, la búsqueda de la información contenida en éstos, debe realizarse a través del mecanismo habilitado al efecto, es decir, mediante el ejercicio del derecho de acceso. De esta forma, el derecho de acceso se convierte en una herramienta al servicio del derecho a la información. La aplicación conjunta de ambos derechos acarrea la apertura de las arcas informativas de la Administración, con lo que, los profesionales de la información pueden difundir aquellos asuntos de trascendencia pública contenidos en los archivos y registros administrativos, lo que contribuirá, en definitiva, a la conformación de una opinión pública libre²¹.

El segundo vínculo entre los derechos reviste mayor importancia, pues identifica al derecho de acceso como manifestación concreta, en el campo administrativo, del más general derecho a la información. Dicho vínculo se apoya en la interpretación amplia de la facultad de búsqueda de la

²¹ En este sentido, *vid.* JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. (Análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 102-104.

información, entendiéndola ejercitable por toda la colectividad y sus miembros, distanciándose de su tradicional lectura, que la coloca a disposición exclusiva de los periodistas. Conforme dicha interpretación, la colectividad y sus miembros no están condenados a ejercer un rol meramente pasivo, sino que el derecho a la información, especialmente la facultad de búsqueda, está pensada para aquellos destinatarios de la información inquietos, que no se conforman con ser meros receptores pasivos de lo que otros transmiten, sino que se movilizan en la búsqueda y obtención de la información que les interesa²². Cuando dicha información se encuentra almacenada en los archivos y registros administrativos, la labor de búsqueda se canaliza a través del ejercicio del derecho de acceso, puesto que no existe otra vía para consultar los datos administrativos²³.

De la lectura de los artículos 28 y 58 de la Constitución, se desprende con claridad que el derecho a la información y en particular el derecho a buscar información, están previstos para todas las personas. Aunque los medios de comunicación y periodistas lo ejerciten con mayor frecuencia, ello no desdibuja la titularidad que le corresponde a la colectividad y sus miembros, quienes tienen el derecho de informarse y recibir información en los asuntos que le interesen. El derecho a informarse previsto en el artículo 28, se presenta más amplio que el derecho de acceso, pues está consagrado para todas las personas y tiene como objeto documentos de cualquier naturaleza, lo que sirve para defender la relación género-especie respecto al derecho de acceso. De otra parte, la búsqueda de información, tal y como la entiende la Constitución de 1999, se identifica con la actitud activa del requirente de información, toda vez que éste se dirige directamente a las fuentes de datos para ubicar aquello que le interesa. Carácter activo que también se encuentra presente en el derecho de acceso, pues el particular interesado en determinada información administrativa debe acudir ante la Administración y solicitar los documentos correspondientes. El acceso a los documentos administrativos únicamente se concreta por medio de la solicitud del particular, ya que la Administración no desarrolla una tarea divulgativa de los datos almacenados en sus archivos y registros.

²² Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 19-20.

²³ Gregorio ARENA defiende esta interpretación, pues comenta: «cuando se ejercita el derecho de acceder a un documento administrativo se realiza un perfil particular del más general derecho a la información frente a la Administración pública; es ciertamente verdad que el objeto inmediato del derecho de acceso son los documentos, pero sólo porque no hay otro modo para acceder a las informaciones que están en ellos representadas y, en consecuencia, para trabar el conocimiento que el solicitante de acceso estima que pueda permitirle tutelar una situación jurídicamente relevante, propia o ajena», «La transparencia administrativa», *Documentación Administrativa*, N° 248-249, Madrid, INAP, 1997, p. 375.

El argumento definitivo que ratifica el carácter del derecho de acceso como manifestación del derecho a la información, deriva del propio artículo 143 de la Constitución. Según se ha expuesto, dicho precepto consagra el derecho a la información sobre el estado de las actuaciones administrativas, así como el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Ambos supuestos —aunque distintos— presentan un factor común: la obtención de información administrativa.

No es mera casualidad que en el primer supuesto la disposición haga expresa mención al «derecho a la información» de los ciudadanos. Con dicha alusión, la Constitución establece el vínculo entre el derecho a la información en general y el derecho a informarse sobre el estado de las actuaciones como expresión de aquél. Ahora bien, la referencia al derecho a la información no se circunscribe al primer supuesto, sino que trasciende a toda la disposición, por lo que el acceso a los archivos y registros administrativos representa otra forma de manifestación del derecho a la información en el campo administrativo.

La relación género especie entre el derecho a la información y derecho de acceso, se desprende con claridad de la Exposición de Motivos de la Constitución, según la cual, el artículo 143: «consagra en favor de ciudadanos y ciudadanas, el derecho a la información oportuna y veraz por parte de la Administración Pública. *Este derecho* [se refiere al derecho a la información] *adquiere suficiente amplitud y precisión, ya que abarca lo relativo a las actuaciones de las cuales sean parte interesada, así como al conocimiento de las resoluciones definitivas que se dictaren, y acceso a los archivos y registros administrativos, salvo las excepciones legales*».

B. El derecho a la participación y el derecho de acceso

La Constitución de 1999 contiene varias normas destinadas a la participación política y administrativa²⁴. En este sentido, el artículo 6° declara el carácter participativo del Gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen²⁵. Por su parte, el artículo 62 consagra el derecho de participación política directa de los ciudadanos, así la partici-

²⁴ Si bien la Constitución de 1999 reconoce el derecho a la participación política, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1996 (bajo el imperio de la Constitución de 1961), reconoció el derecho a la participación política como derecho humano de rango constitucional. *Vid.* Carlos AYALA CORAO, «El derecho a la participación política de los pueblos indígenas», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 26, San José de Costa Rica, 1997, pp. 107-134.

²⁵ El artículo 6° establece: «El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables».

pación indirecta a través de sus representantes²⁶. El contenido de la participación política se encuentra desglosado en el artículo 70, según el cual: «son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros»²⁷. Asimismo, respecto a la participación administrativa, la Constitución incluye al principio de participación como fundamento de la actividad de la Administración Pública (artículo 141).

La participación política, al estar circunscrita al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, no abarca al derecho de acceso. A pesar de que ambas figuras encuentran su fundamento último en el régimen democrático, discurren por caminos distintos. La participación política se conecta con el ejercicio de la soberanía popular y el derecho de acceso responde al principio de transparencia administrativa. De otro lado, el derecho de acceso tampoco constituye un mecanismo de participación administrativa, pues no encuadra en los supuestos de participación procedimental u orgánica.

Aunque el derecho de acceso no puede catalogarse como expresión de la participación política o administrativa, sí guarda importantes nexos con estos derechos. La información obtenida a través del acceso a los archivos y registros administrativos permitirá que los ciudadanos dispongan de los datos necesarios para sacar el máximo provecho a su participación.

Por lo certero del comentario, acudimos a **ÁLVAREZ RICO**, quien a este respecto expresa:

...para participar activamente, y no de manera vaporosa y distante, en la resolución de los asuntos que interesan a la colectividad, a cualquier nivel (...) para expresarse con libertad, y a la vez con responsabilidad, hace falta disponer de una información acorde con aquello que se debate. Para criticar el hacer de los funcionarios y empleados públicos, más

²⁶ El segundo párrafo de la disposición, dispone: «La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica».

²⁷ La disposición también prevé medios de participación en lo social y económico, a saber: «las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y solidaridad».

allá de una mera reacción contestataria sin base suficiente, se requiere contar con un arsenal de datos y antecedentes que permitan enjuiciar con objetividad lo que deciden aquéllos en el ejercicio de sus funciones. Y, en definitiva, para ejercitar los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, inserta en un contexto social determinado, debemos convencernos que sólo si goza de información adecuada desplegará recatemente dichos derechos y libertades, recordando la expresión ahora tan de moda de que «sólo quien está bien informado es verdaderamente libre»: *sin información no hay participación*.²⁸ (cursivas nuestras).

C. El derecho de acceso y la actividad administrativa venezolana

Las bondades del derecho de acceso en relación con la actividad de la Administración entroncan directamente con las causas que impulsaron el surgimiento del principio de transparencia administrativa. Ciertamente, la libre consulta de los archivos y registros administrativos mejora la imagen de la Administración Pública ante los ciudadanos, por lo que, al hacerse transparente la gestión administrativa, se incentiva, además, el cumplimiento voluntario de las decisiones administrativas. Igualmente, la eficacia administrativa se ve fortalecida con la incorporación del derecho de acceso. De otra parte, al convertirse los archivos administrativos en públicos se facilita el control de la Administración por parte de la colectividad y de los órganos competentes. Por último, la transparencia administrativa constituye una de las mejores herramientas para combatir la corrupción.

La llegada del nuevo derecho a la realidad administrativa venezolana, sin duda que traerá todos los beneficios apuntados anteriormente. Sin embargo, debemos decir que su éxito dependerá de la capacidad de la Administración Pública de organizar adecuadamente sus archivos. Para nadie es un secreto la desorganización existente dentro de los archivos administrativos venezolanos, lo que es bastante preocupante en una época en que el crecimiento de dichos materiales tiene un ritmo bastante acelerado. Otro obstáculo que habrá que vencer para que el derecho de acceso rinda sus frutos, está referido a la falta de profesionalidad de los funcionarios que tienen encargada la labor de archivo. De otra parte,

²⁸ Manuel ALVAREZ RICO, «El acceso de los ciudadanos a los documentos, «El acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, N° 182, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979, pp. 105 y 126. En el mismo sentido, Fernando SAINZ MORENO indica que «el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos», «Secreto e información en el Derecho Público», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Madrid, Civitas, 1991, p. 2864.

habrá que superar la arraigada costumbre de no informar de los funcionarios públicos.

Llevará tiempo subsanar las profundas deficiencias de los archivos de la Administración Pública venezolana, así como erradicar la tendencia al secretismo de los funcionarios públicos, por lo que es previsible una etapa de transición para que tanto los ciudadanos como la Administración venezolana tomen conciencia de la trascendencia y alcance del derecho de acceso.

VI. ELEMENTOS DEL DERECHO DE ACCESO

A. Los titulares del derecho

El centro de gravedad en el tema de la titularidad del derecho reside en la exigencia o no de un interés determinado para acceder a los archivos administrativos. La concepción amplia admite que el derecho puede ser ejercido por cualquier persona²⁹. En cambio, la concepción restringida requiere que el derecho de acceso se ejerza exclusivamente por quienes tienen un interés específico³⁰.

El acceso a los documentos administrativos, al ser una manifestación del principio de transparencia administrativa, no puede ser limitado mediante la exigencia de un interés determinado. Esta exigencia desnaturalizaría la esencia del derecho, que persigue una Administración más visible y accesible, a través de la libre consulta de la información que reposa en sus archivos.

²⁹ Dentro de la concepción amplia se ubican el ordenamiento francés, estadounidense y español. En Francia los beneficiarios del derecho de acceso incluye tanto a las personas físicas como jurídicas —tanto de derecho privado como público—, nacionales y extranjeros (incluso aunque no residan en Francia), así como a los funcionarios. Igualmente, en Estados Unidos cualquier persona puede ser beneficiario del derecho de acceso, lo que incluye tanto a los nacionales como a los extranjeros, cualquier tipo de organismo público o privado, excepto los organismos públicos federales. La interpretación que se le ha dado a la Federal of Information Act (FOIA) ha sido bastante extensiva ya que incluso los extranjeros que no residen en el país pueden dirigir solicitudes de información a las instituciones estadounidenses, así como los gobiernos de Estados extranjeros que son incluidos dentro de la noción de organismos públicos. Por último, España también aplica la concepción amplia del derecho de acceso, ya que el término «ciudadanos» al que hacen mención las disposiciones constitucionales y legales ha sido interpretado de manera amplia para no excluir a los extranjeros y a las personas jurídicas.

³⁰ En la concepción restrictiva de la titularidad del derecho se encuadra la experiencia italiana. La Ley 241, de 7 de agosto de 1990, contempla el acceso a los documentos administrativos para aquellos que tengan un interés jurídicamente relevante. En este sentido, son titulares del derecho de acceso los ciudadanos italianos, individuales o asociados, las Administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos extranjeros cuya solicitud de acceso esté motivada por la exigencia de tutelar una «situación jurídica relevante».

De otra parte, el movimiento de apertura que está detrás del derecho de acceso, no precisa de una concreta relación con la Administración, de ahí que éste pueda ser ejercido por cualquier particular.

Partiendo de estas premisas, observamos que el derecho de acceso previsto en la Constitución de 1999, se reconoce a favor de todos los ciudadanos, lo que indudablemente descarta el principio de interés presente en los procedimientos administrativos. De esta forma, Venezuela se suma al grupo de países que acertadamente permiten el acceso a los archivos administrativos sin requerir un interés determinado en los documentos que se consulten. El concepto «ciudadanos» constituye una noción más amplia que la de «interesados», pero también más restringida que la de «administrados», ya que, en principio, excluye a los extranjeros y personas jurídicas como titulares del derecho de acceso.

Aun cuando la Constitución contempla el derecho de acceso para los ciudadanos, ello no se traduce en la imposibilidad absoluta de que los extranjeros puedan ser titulares del mismo. El artículo 39 de la Carta Magna indica que los extranjeros, residentes en el país, gozarán de los mismos derechos y deberes que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas en la Constitución y las leyes. Los límites que la Constitución impone a los extranjeros se circunscriben al ejercicio de algunos derechos políticos, así como el desempeño de determinados cargos públicos³¹. La distinción entre nacionales y extranjeros en el ámbito de los derechos políticos se acorta en el ámbito local, ya que el artículo 65 de la Constitución reconoce el voto de los extranjeros, mayores de dieciocho años de edad y con más de diez años de residencia en el país, para las elecciones estatales, municipales y parroquiales. La expresión «ciudadanos» utilizada por la Carta Magna para el derecho de acceso debe interpretarse en relación con el derecho a la información previsto en el

³¹ El artículo 40 de la Constitución establece: «Los derechos políticos se reservan a los venezolanos y venezolanas. Gozarán de los mismos derechos que los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría». Por su parte, el artículo 41 señala: «Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, Presidente y Vicepresidente de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Procurador General de la República, Contralor General de la República, ministros de asuntos referidos a seguridad de la nación, finanzas, energía y minas, gobernadores, y alcaldes de los estados fronterizos». Por último, el artículo 42 dispone: «Los venezolanos y venezolanas por naturalización podrán ejercer cargos de representación en la Asamblea Nacional, Ministro, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Defensor del Pueblo, Gobernadores de Estado y Alcaldes no fronterizos si poseen domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela, no menos de quince (15) años y si cumple los requisitos de aptitud previstos en la ley».

artículo 58, que lo dispone para toda persona, independientemente de su condición de nacional o extranjero.

La inclusión de los extranjeros como sujetos activos del derecho de acceso resulta acertada en la medida en que éstos tengan la condición de administrados y, por tanto, susceptibles de ser afectados por las decisiones y actuaciones de la Administración. De ahí que resulte lógico que se le permita, en su condición de administrados, consultar las interioridades de la Administración, bien para el mejor ejercicio de sus derechos, o por el simple hecho de saber cómo funciona ese órgano que le controla y supervisa. No todos los extranjeros podrían alegar la titularidad del derecho, sólo aquéllos que residan legalmente en el país. Esta alusión reviste gran importancia, sobre todo a la luz de la experiencia de Estados Unidos, en donde el acceso puede ser ejercido por extranjeros residiendo fuera del país, con lo que el conjunto de legitimados prácticamente incluye a toda la humanidad. Por esta circunstancia, nos parece apropiado el requisito de la residencia en el país, ya que estos extranjeros tienen contacto con la Administración Pública venezolana y se encuentran dentro de su radio de acción.

Desde este punto de vista, el ejercicio del derecho de acceso por parte de los «ciudadanos», no debe ser considerado en su sentido estricto de ciudadano venezolano, sino en uno más amplio, que abarca a todas aquellas personas extranjeras que se encuentren legalmente residiendo en Venezuela. En consecuencia, en lo que el derecho de acceso se refiere el *status* de los extranjeros, residentes legalmente en Venezuela, es idéntico al de los venezolanos.

La misma conclusión puede alcanzarse para las personas jurídicas, dado que el derecho a la información (artículo 58) no se prevé de forma exclusiva y excluyente para las personas naturales, sino que —como se ha dicho— se coloca a disposición de todas las personas. Esta conclusión se ratifica al remitirnos al artículo 28 que también establece el derecho a informarse para «toda persona», lo que evidentemente incluye a las personas jurídicas.

La inclusión de las personas jurídicas como titulares del derecho de acceso resulta lógica, pues éste no concreta un derecho político, sino que se inserta en las relaciones entre la Administración y los administrados. De modo, que la condición de ciudadano no debe presentar relevancia significativa en la medida en que las personas jurídicas son —en buena parte— destinatarios de la actividad administrativa. Si se privase a las personas jurídicas del derecho de acceso, se les colocaría en situación de desventaja respecto al resto de los administrados, dado que no podrían obtener la información que le resulte útil para el ejercicio y defensa de sus derechos. Dicha limitación haría un flaco servicio a la transparencia

administrativa, puesto que para garantizar este principio, la posibilidad de acceder a los documentos administrativos debe referirse a todos los sujetos del ordenamiento, sin exigir determinados requerimientos cognoscitivos a los solicitantes de información.

B. Sujetos pasivos del derecho

De la lectura conjunta de los artículos 141 y 143 del texto constitucional, puede deducirse la clara voluntad de proclamar la vigencia del principio de transparencia y el derecho de acceso en todas las Administraciones Públicas. Cuando el artículo 141 se refiere a la Administración Pública, alude a las Administraciones Públicas en general, y no sólo a la Administración Pública Nacional. La aplicación del principio de transparencia y del derecho de acceso para todas las Administraciones Públicas deriva directamente del carácter de norma suprema de la Constitución, la cual vincula a todos los poderes públicos sin distinguir el nivel en donde despliegan su actividad. De esta forma, el derecho de acceso afecta a la Administración Nacional, Estatal y Municipal.

El derecho de acceso ya había sido reconocido a nivel municipal. En este ámbito, la Administración se encuentra más cercana a los ciudadanos y, por tanto, la necesidad de que ésta fuese visible y accesible surgió con mayor prontitud. El derecho previsto en la LORM y en la Constitución es el mismo, por lo que la aparición de la fórmula constitucional no introduce ningún cambio o modificación al acceso de los archivos y registros municipales. Por el contrario, la constitucionalización del principio de transparencia administrativa y del derecho de acceso refuerza la institución local, ya que ahora el derecho disfruta de las garantías que acompañan a los derechos constitucionales, tales como la acción de amparo constitucional.

Además, la Administración Pública estatal también está sometida a la obligación de facilitar el acceso a los archivos y registros administrativos. La introducción del derecho de acceso en el ámbito estatal es novedoso a diferencia de lo que sucede en los Municipios. A nuestro entender, no resulta procedente alegar la vulneración de la autonomía de los Estados como obstáculo para la aplicación del derecho de acceso, tal y como ocurrió con la promulgación de la LOPA³². Por el contrario, la fuerza

³² A este respecto, Luis TORREALBA NARVÁEZ explica que: «mediante una Ley y por el solo hecho de la Ley, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, no puede establecer las normas para la organización y funcionamiento de las esferas autonómicas, estatales y municipales», «La aplicabilidad de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los Estados y Municipios», *Archivo de derecho público y ciencias de la Administración. El*

vinculante del mandato constitucional alcanza a la Administración estatal y, en consecuencia, la eficacia del derecho de acceso resulta indiscutible.

Evidentemente, la Administración Pública Nacional se encuentra sometida al derecho de acceso, y no podía ser de otro modo, ya que constituye una de las principales depositarias de información administrativa. Dentro de la Administración Pública Nacional puede distinguirse entre la Administración Pública Central y la Administración Pública Descentralizada. Entre los órganos de la Administración Central afectados por el derecho de acceso, podemos mencionar: los organismos de la Presidencia de la República, Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, Comisiones y Comisionados Presidenciales, organismos de coordinación presidencial o interministerial y autoridades únicas de área. Cuando se hace referencia a la Administración Central se alude a los órganos mencionados en el Decreto N° 369 de 5 de octubre de 1999, que reforma la Ley Orgánica de Administración Central. No obstante, no toda la Administración Central se encuentra regulada en dicho instrumento, dado que existe otro órgano que forma parte de ésta, pero que no se menciona en el Decreto N° 369. Nos referimos, a la Procuraduría General de la República que como cuerpo de asesoría legal y de representación judicial y extrajudicial de la República, forma parte de la Administración Central y, como tal, también está sometido al derecho de acceso.

Por su parte, la organización de la Administración Pública Descentralizada depende de la forma jurídica empleada por el Estado para constituir los entes descentralizados. En efecto, como comenta BREWER-CARÍAS:

...el Estado no sólo ha utilizado formas de derecho público sino también formas de derecho privado y, por tanto, forman parte de la Administración Pública Descentralizada, no sólo los establecimientos públicos en sus diversas formas y, entre ellos, básicamente, los Institutos Autónomos como típica forma de derecho público de la Administración Descentralizada; sino que también forman parte de la Administración Descentralizada, aquellas entidades constituidas por el Estado con formas jurídicas de derecho privado, como las empresas del Estado y las Fundaciones creadas y dirigidas por el Estado³³.

Las entidades descentralizadas con forma de derecho público, como los Institutos Autónomos, son sujetos pasivos del derecho de acceso, ya que

procedimiento administrativo, Vol. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1983, p. 264. En el mismo sentido, Gustavo URDANETA TROCONIS, «En torno a la aplicabilidad de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los Estados y a los Municipios», *Archivos de derecho público...*, op. cit., pp. 275-287.

³³ Allan R. BREWER-CARÍAS, «Introducción al régimen de la Ley Orgánica», *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 8ª edición, 1994, op. cit., p. 20.

ejercen actividades y competencias del Estado y, en esa medida, sus archivos pueden calificarse como administrativos. Pero además, existen otros entes descentralizados con forma de derecho público y con carácter estatal que también se encuentran afectados por el derecho de acceso. Nos referimos a los establecimientos públicos corporativos como las Universidades nacionales, así como al Banco Central de Venezuela, establecimiento público estatal que tiene funciones reguladas por el derecho público. Faltaría determinar si las entidades descentralizadas con forma de derecho público, pero que no forman parte de la estructura organizativa del Estado, también están sometidas a la obligación de facilitar el acceso a sus archivos. Dentro de esta categoría están los Colegios Profesionales o las Academias, quienes al momento de ejercer competencias administrativas estarían igualmente sometidas al derecho de acceso.

Las entidades descentralizadas con forma de derecho privado realizan, en principio, actividades que se enmarcan en el ámbito del derecho privado, en las cuales no se ejercen potestades ni poderes públicos. Siendo esto así, el derecho de acceso no sería ejercitable en dichas entidades, pues éste supone la consulta de datos que por su relación con la actividad administrativa puedan interesar a los administrados. Ahora bien, la llamada «huida del Derecho Administrativo» explica como, cada vez con mayor frecuencia, se utilizan entes con forma de derecho privado para desempeñar funciones y potestades administrativas³⁴. En este sentido, la información almacenada y utilizada por dichas entidades, cuando ejercitan competencias administrativas, revisten el mismo carácter y, por lo tanto, la consulta de sus archivos es posible gracias al ejercicio del derecho de acceso.

La aplicación del derecho de acceso a las entidades descentralizadas con forma de derecho público y privado, cuando fuere procedente, también abarca los entes de la misma naturaleza a nivel estatal y municipal.

El acceso a la información administrativa, prescindiendo de la forma de derecho privado o público del ente que la contenga, es admitida tanto en Francia como en Estados Unidos. En efecto, la Ley francesa incluye dentro de los sujetos pasivos a los organismos de derecho privado encargados de la gestión de los servicios públicos. Del mismo modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha incluido entre los sujetos obligados por el acceso a las autoridades administrativas independientes. Por su parte, la Ley de Estados Unidos incluye entre los sujetos pasivos a toda

³⁴ Vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *Revista de Administración Pública*, N° 126, Madrid, 1991; y, Silvia DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992.

institución que desempeñe una función administrativa o que controle datos de interés general. La Federal of Information Act de Estados Unidos, considera como agencia a todo departamento del Ejecutivo, civil o militar, a toda sociedad nacional o bajo control del gobierno, así como toda entidad nacional dependiente del Poder Ejecutivo o todo organismo reglamentario independiente³⁵.

El criterio del Consejo de Estado francés (según el cual las autoridades administrativas independientes están sometidas al derecho de acceso), no resulta aplicable, sin más, al caso de Venezuela. Lo que en Francia, y también España, se denomina autoridades administrativas independientes, en Venezuela lo conocemos como entes con autonomía funcional, entre las que se encuentran: la Fiscalía, Contraloría General de la República y Consejo Nacional Electoral. Dichos entes cumplen funciones de control y no son encuadrables dentro de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado. De ahí que el acceso a los archivos de dichos entes sólo sea posible en la medida en que la Ley que desarrolle el derecho lo disponga expresamente³⁶.

C. Objeto del derecho

El artículo 143 de la Constitución prevé el derecho de acceso sobre los «archivos y registros administrativos». Esta referencia coincide con la terminología empleada por la LORM, que desarrolla el ejercicio del derecho a nivel municipal.

³⁵ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos...*, op. cit., pp. 75-81 y p. 34.

³⁶ La necesidad de la previsión legal expresa se aprecia en el artículo 1° de la LOPA, según el cual: «...la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable». A este respecto, Allan BREWER-CARÍAS comenta: «¿por qué la Ley habla de la Fiscalía y de la Contraloría General de la República? En primer lugar, porque no se trata de órganos que forman parte de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada. Nos encontramos con un tercer género dentro de lo que se denomina la Organización Administrativa Nacional. Además de la Administración Central y de la Administración Descentralizada, hay una serie de organizaciones en la Administración Pública Nacional, órganos que se han venido delineando en nuestro ordenamiento constitucional, y que tienen y gozan de autonomía funcional y que, por tanto, no tienen dependencia jerárquica respecto a ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, siendo en general, entes que tienen funciones de control. Ni la Fiscalía ni la Contraloría dependen del Congreso, ni del Poder Ejecutivo, ni del Poder Judicial, y por eso, el legislador se sintió obligado a mencionarlas expresamente, a los efectos de señalar que esas entidades, siendo parte de la Administración Nacional, están sometidas a la Ley Orgánica...», «Introducción al régimen de la Ley Orgánica...», op. cit., p. 22.

En cuanto al concepto de archivos, debemos remontarnos a la LOAC de 1976, cuyo artículo 51 preveía la existencia de un archivo general en todos los organismos de la Administración Pública Nacional, en donde se conservaban los expedientes que tuviesen más de tres años terminados o paralizados³⁷. Aunque dicha disposición está derogada, a nuestro entender permanecen inalterables las nociones que la fundamentan, por lo que entendemos válida la noción de «archivos» que propugna como: *aquellos lugares destinados al almacenamiento y conservación de los expedientes y documentos*.

Por su parte, el concepto de registro lo encontramos en el artículo 44 de la LOPA, que dispone que todas las dependencias públicas llevarán un registro de presentación de documentos, en el cual se dejará constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los administrados, así como de las comunicaciones de otras autoridades. El registro funciona, pues, como instrumento de control, no sólo de la entrada, sino también de la tramitación de los escritos, peticiones y recursos de los particulares, así como de las comunicaciones de otras autoridades.

Si bien la Constitución no hace mención expresa a los documentos administrativos, esta noción es consustancial al derecho de acceso, ya que los documentos constituyen el soporte físico que acoge la información³⁸. El archivo está compuesto por un conjunto de documentos y el registro sirve como instrumento de control de la entrada, tramitación y salida de los documentos. Por ello, no es errado precisar que la noción de docu-

³⁷ Nos remitimos a la LOAC de 1976, toda vez que el Decreto N° 369, del 5 de octubre de 1999, no contiene una disposición que permita extraer un concepto de los archivos. En efecto, el precepto que sustituye el artículo 51 de la LOAC elimina la finalidad de conservación que tienen los archivos, poniendo hincapié en el traspaso de los archivos parciales de la Administración al Archivo General de la Nación. Así, el artículo 72 del Decreto expresa: «en la Presidencia de la República, en cada Ministerio y demás organismos de la Administración Pública Nacional habrá una unidad de archivos administrativos con la finalidad de valorar, seleccionar, desincorporar y transferir a los archivos intermedios o al Archivo General de la Nación, según sea el caso, los documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser archivados por haber cumplido con las condiciones estipuladas por el reglamento respectivo, de acuerdo a los lapsos de retención».

³⁸ A este respecto, José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS expresa que «la noción de documentación es una noción objetiva, en tanto que la de información es una noción subjetiva, relativa. Aquélla sirve de base materia de ésta: el documento constituye el soporte físico que acoge la información como producto intelectual del hombre... En suma, básicamente el soporte es un concepto puramente material que se opone a la información, que presenta, por naturaleza, un carácter inmaterial. La expresión jurídica del soporte de información constituiría el documento», «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 88, Madrid, Civitas, 1995, pp. 537 y 543.

mento constituye el concepto básico e informador de los archivos y registros, y que cuando se contempla el acceso a los archivos y registros, se está admitiendo el acceso a los documentos administrativos³⁹.

Cuando se habla de documento administrativo se tiende a pensar en algún tipo de material escrito. No obstante, coinciden todas las regulaciones de Derecho comparado en que el término documento se aplica a cualquier tipo de formato gráfico, sonoro o visual, incluyendo los ficheros informáticos. De ahí que la forma de almacenamiento no resulte determinante para definir a los documentos administrativos.

El hecho de que los ordenamientos analizados ofrezcan una definición amplia de documento administrativo, responde principalmente a dos circunstancias. La primera de ellas, consiste en que el objeto de estas regulaciones es permitir el mayor acceso posible a las interioridades de la Administración, por lo que una definición estricta de lo que debe considerarse documento administrativo impediría un verdadero acceso a los datos contenidos en éstos. Además, permitir el acceso exclusivamente a los documentos escritos, dejando de lado a los documentos visuales o sonoros, por ejemplo, crearía un incentivo para archivar la mayoría de los documentos administrativos en estos últimos formatos, a fin de mantener un mayor control sobre la información y evitar su consulta. Igualmente, la amplitud de la definición de documentos administrativos facilita su adaptabilidad a las nuevas tecnologías de almacenamiento de la información.

³⁹ Por este hecho y en defensa de la doctrina que sostiene que el derecho de acceso es una manifestación del derecho a recibir información Manuel ÁLVAREZ RICO e Isabel ÁLVAREZ RICO expresan que: «El objeto del derecho de acceso es, en realidad, como hemos dicho anteriormente, la información contenida en las oficinas públicas en forma que resulte clara e inteligible, en tanto que los archivos, registros y documentos son los medios instrumentales que posibilitan el ejercicio de tal derecho. No obstante, se trata de una expresión aceptada generalmente que pone de relieve, en todo caso, la importancia de los instrumentos de información en este caso», «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 484. Asimismo, F. Javier SANCHO CUESTA indica que: «En realidad, las distintas expresiones utilizadas — documento, archivo, registro— no sirven más que para referirse, sin carácter exhaustivo, a los distintos medios materiales en los que se contiene la información administrativa, pues lo que se regula es el acceso a tales medios más que el derecho al conocimiento», «El derecho de acceso a los archivos y registros conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1993, p. 80.

La segunda circunstancia que explica la omnicompreensiva definición de documentos administrativos se refiere a que el documento solamente constituye el soporte físico que acoge a la información administrativa. De ahí que lo importante en las regulaciones de acceso no sea la forma en que está almacenada la información (documentos), sino la información en sí misma considerada. Al permitirse el acceso a los documentos administrativos, con prescindencia de su formato, se permite la consulta de la información administrativa almacenada en las más diversas formas posibles.

De la amplitud de la noción de documento administrativo depende, en buena parte, la efectividad del derecho de acceso. Por ello, la lectura que se haga del texto constitucional debe hacerse en este sentido, sin limitar el derecho de acceso exclusivamente a los archivos y registros. El derecho de acceso va mucho más allá, tiende a facilitar el acceso a los documentos como soporte material de la información cualquiera que sea su naturaleza. Lo anterior se encuentra directamente relacionado con el hecho de que el acceso pueda ejercitarse sobre los documentos producidos por la Administración y sobre los documentos provenientes de los particulares que estén en posesión de aquélla. De esta forma, el derecho de acceso no se limita exclusivamente a los documentos administrativos, en sentido estricto, se refiere a los documentos que se encuentren en posesión de la Administración.

Aun cuando lo que realmente interesa al solicitante es la información que se pueda encontrar dentro del documento administrativo, debemos precisar que el derecho de acceso supone la existencia de un documento, lo que excluye el ejercicio del derecho de acceso sobre la información que no esté materializada o plasmada en un documento. La información no consignada o reproducida, no constituye un documento y, por tanto, no es susceptible de ser objeto del derecho de acceso. La obtención de la información en «bruto», es decir, que no se encuentre recogida en un documento, «comporta necesariamente un derecho de estructura prestacional, en el cual el objeto del derecho —a falta de documento— no puede ser otro que la actividad de prestación informativa de la Administración»⁴⁰. No obstante, el derecho en cuestión no comporta un derecho de carácter prestacional, en el que la Administración se encuentra obligada a desplegar una actividad divulgativa del contenido de sus archivos, sino que se traduce en permitir el acceso a los mismos, facilitando al solicitante todos los documentos que requiera.

Si bien la Administración no desempeña una actividad prestacional, ello no está reñido con los deberes de información positiva que permiten el

⁴⁰ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos...*, op. cit., p. 423.

conocimiento de los documentos accesibles. El derecho de acceso debe ir acompañado de mecanismos que permitan saber de antemano cuáles documentos están dentro de las arcas administrativas. De esta forma, el administrado podrá identificar, previamente a su solicitud, el documento que quiere consultar. La necesaria implementación de mecanismos que faciliten la individualización de la información permitirá, al mismo tiempo, que la Administración atienda de forma rápida todas las solicitudes que le dirijan. En este sentido, cualquier requisito que —por vía legal— se imponga para evitar solicitudes genéricas de información, debe estar vinculada a mecanismos que faciliten la identificación de la información que se desee consultar. De lo contrario, el derecho de acceso no pasará de una mera declaración de intenciones, ya que pedir que el solicitante identifique un documento, sin ofrecerle mayor información, es tanto como pedirle que adivine en cuál documento se encuentran almacenados los datos que le interesan.

La Constitución al no hacer referencia expresa de los documentos administrativos como objeto del derecho de acceso, no especifica si éstos, para ser accesibles, deben estar terminados como es el caso de Francia e Italia, o si por el contrario, pueden ser accesibles los borradores, versiones parciales, proyectos, propuestas y documentos preparatorios como ocurre en Estados Unidos. La falta de determinación en este ámbito requiere de una respuesta legislativa, sobre todo en lo que toca a la accesibilidad de los documentos no terminados, pues el acceso sobre los documentos terminados o acabados no resulta discutible. En todo caso, parece prudente delimitar el acceso para aquellos documentos que hayan sido terminados, dado que la consulta de documentos inconclusos, proyectos y documentos preparatorios, puede interferir con el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa. Además que el conocimiento de los documentos no concluidos, precisamente por este carácter, no permite conocer con seguridad el contenido de la voluntad administrativa (si la hubiere), ni la forma en que dicho documento puede afectar al solicitante.

Llegados a este punto, debemos plantearnos si el derecho de acceso acarrea la posibilidad de que cualquier persona consulte los documentos de un procedimiento administrativo en curso, ya que es obvia la posibilidad de consultar los procedimientos terminados. El planteamiento reviste gran importancia, puesto que según el artículo 59 de la LOPA sólo los interesados o sus representantes pueden consultar el expediente administrativo. El argumento para rechazar el acceso se apoyaría en el perjuicio que se le puede producir a los interesados en el procedimiento administrativo, por lo que sería recomendable esperar a la conclusión de éste para permitir la consulta.

No percibimos los eventuales riesgos que pueda acarrear la consulta del expediente administrativo por personas no interesadas. Al contrario, el acceso fortalece la imagen de transparencia y objetividad de la Administración Pública. Una experiencia similar ha tenido bastante éxito en los juicios ordinarios, en donde los procedimientos son públicos y los expedientes pueden ser consultados por cualquiera. La publicidad de las actuaciones judiciales constituye la garantía del control de la generalidad de la Ley y de su fiel aplicación. La publicidad judicial supone una de las condiciones de legitimidad de la administración de justicia. Esto no es diferente en los procedimientos administrativos. La transparencia en todos los ámbitos administrativos y, por supuesto, en los procedimientos administrativos, constituye una técnica al servicio de la objetividad y del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración en su acción. De otra parte, los intereses ventilados en juicios ordinarios no son diferentes a los involucrados en un procedimiento administrativo, por lo que la posición de los interesados no quedaría vulnerada por el acceso de otras personas a los documentos y datos contenidos en el expediente. Si existiese el riesgo de que el acceso afecte algún interés, existen mecanismos de confidencialidad a través de los cuales el interesado puede proteger su intimidad o información relacionada con el secreto empresarial. Lo mismo cabe decir para la protección de los intereses públicos.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que la entrada en vigor del artículo 143 de la Constitución supone la derogatoria parcial del artículo 59 de la LOPA, en el sentido de que no sólo los interesados legítimos pueden consultar el expediente administrativo, pues el acceso está permitido para todos los ciudadanos. Por idénticos argumentos la conclusión resulta extensible para todos los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales, por ejemplo: procedimiento administrativo de la ley antidumping, procedimiento de la ley para promover y proteger la libre competencia.

VII. LÍMITES DEL DERECHO

Como es bien conocido, los derechos no tienen carácter absoluto, puesto que generalmente presentan límites impuestos por el ordenamiento jurídico, lo que les confiere carácter relativo. El derecho que nos ocupa no escapa de esta relatividad, y su ejercicio se ve limitado en casos en los que se podría atentar contra otros derechos o intereses a los cuales el ordenamiento les confiere mayor prevalencia en un momento determinado.

La relatividad del derecho de acceso no desvirtúa el carácter de regla o principio general de la transparencia y del acceso a los archivos administrativos, así como tampoco elimina la condición excepcional del secreto. Ni la transparencia ni el acceso son principios absolutos, dado que admiten modulaciones en aras de la protección de otros bienes o intereses jurídicos. La existencia de ámbitos reservados o secretos no desvirtúa el principio de transparencia, siempre y cuando el conjunto de excepciones sea limitado e inferior a los casos en los que el acceso a la información administrativa está permitido. Esta precisión es importante, pues una grandilocuente declaración de transparencia y de pleno acceso a los archivos administrativos puede quedar vacía de contenido mediante la inserción de excesivos límites.

Los límites se clasifican en atención a la función que cumplen y en relación con su titular, de ahí que se hable de forma generalizada de límites para proteger intereses públicos o intereses privados. El equilibrio entre el derecho de acceso y los intereses públicos y privados susceptibles de prevalecer sobre aquél no es una tarea sencilla, debido a que si el argumento para limitar el acceso es la protección de otros bienes o intereses jurídicos, no debe olvidarse que el derecho que examinamos también responde a un valor querido y protegido por el ordenamiento, como es la transparencia administrativa.

En este apartado trataremos de encontrar ese equilibrio, examinando, en primer lugar, los límites que expresamente establece el artículo 143, para luego examinar la posibilidad de incorporar nuevas excepciones a través de la Ley y, si esto es posible, determinar qué parámetros debe seguir y respetar el legislador.

Sabemos que el artículo 143 consagra el derecho de acceso a los archivos y registros, «sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley, que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto». La lectura de este precepto nos recuerda al artículo 105.b) de la Constitución española. Ciertamente, el artículo 105.b) reconoce el derecho de acceso «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Aunque la redacción no es idéntica, en ambas Constituciones se prevén los mismos límites para el derecho de acceso.

La seguridad y defensa del Estado, las investigaciones criminales y la intimidad de las personas configuran los límites expresamente reconocidos por la Constitución. Si bien estos límites comparten la misma función como excepciones al derecho, mantienen su independencia, en el senti-

do de que actúan en coordenadas sustancialmente diferentes. Los límites expresamente contemplados en la Constitución han sido aceptados —de forma general— por la doctrina española, ya que se ha entendido que tienen relación con valores preferentes a los perseguidos por el derecho de acceso.

A. Límites expresamente previstos en la Constitución.

a. La intimidad

El reconocimiento de la intimidad como límite al derecho de acceso debe interpretarse como una toma de conciencia sobre los riesgos que su ejercicio encierra para la intimidad de las personas. Este temor no es infundado pues muchas veces los archivos administrativos contienen datos relacionados con la intimidad de las personas. Por ello, es necesario que un mecanismo como el estudiado contenga previsiones expresas respecto al mantenimiento del secreto que debe acompañar la esfera de la intimidad de los particulares.

Tanto la intimidad, como la confidencialidad que le acompaña, se encuentran garantizados en el artículo 61 de la nueva Constitución. Del mismo modo, la intimidad se protege con el establecimiento del derecho a la autodeterminación informativa (artículo 28), la inviolabilidad del domicilio (artículo 48) y de las comunicaciones (artículo 49). Existe un nada despreciable número de regulaciones cuyo propósito principal es resguardar la intimidad de los individuos. En este sentido debe interpretarse la excepción al acceso, vale decir, como un mecanismo más para la protección de la intimidad.

La Administración puede poseer información de carácter íntimo de las personas. Ahora bien, la obtención de dichos datos debe someterse a determinados requisitos, a saber: *legalidad*, toda intromisión en la vida privada de las personas debe estar prevista en una Ley; *adecuación*, la información debe ser necesaria para el fin para el que se pide, es decir, para el fin previsto en la Ley; *proporcionalidad*, la información debe ser imprescindible para el cumplimiento del fin legal; *motivada*, la Ley debe ofrecer una explicación precisa del fin para el que se pide la información y; *garantizada*, el Estado debe garantizar que los datos personales no serán mal utilizados ni difundidos.

Los requisitos anteriores calzan a la perfección con la excepción que estamos analizando, puesto que en la medida en que la información íntima debe ser adecuada para el cumplimiento del fin que justifica su recopilación, esto significa, que los datos sólo pueden ser dispuestos para el objetivo fijado en la Ley correspondiente, quedando inhabilitado su uso

para otros fines, incluida su consulta por terceras personas. La garantía del Estado de que los datos personales no serán mal utilizados, también comprende la obligación de permitir su consulta, en principio, sólo a los afectados, excluyendo al resto de particulares. De otra parte, la protección de la esfera privada de los individuos tiene efectos positivos para la Administración, en el sentido de que los individuos facilitarán sus datos personales con menos resistencia si tienen la seguridad de que éstos no serán divulgados.

A consecuencia de la dificultad que supone precisar el ámbito material que compone la intimidad, la delimitación de la excepción resulta igualmente difícil. De ahí que a partir de la noción genérica de la intimidad deba analizarse caso a caso. En este sentido, y utilizando la definición de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia del 12 de agosto de 1994, podemos entender la intimidad como: «el derecho individual que tiene cada uno de los ciudadanos de la sociedad a no ser molestados por terceros y a guardar frente a ellos los atributos espirituales y materiales de su personalidad, es decir, es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de iguales ni del Estado, y a su vez la garantía de que estos terceros no puedan invadir los aspectos reservados de la vida de las personas». Esta definición mantiene algunos elementos del concepto elaborado por COOLEY como el derecho a ser dejados solos y también refleja un elemento común en todas las definiciones que la doctrina ha ofrecido respecto a la intimidad, como lo es su sentido de exclusión, ya que la intimidad se compone de una esfera propia, reservada, donde los demás no tienen cabida, salvo que la persona lo consienta.

Dentro de esta definición es fácil encuadrar la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que resguardan el espacio de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás. Del mismo modo, la información médica a la que hace referencia la Ley Orgánica de la Salud corresponde al ámbito íntimo de las personas. Responden al mismo principio las comunicaciones protegidas por la Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones. Asimismo, la información económica puede considerarse integrante de la vida privada, siempre y cuando a través de aquélla pueda reconstruirse, no sólo la situación patrimonial de los individuos sino, además, su intimidad.

En todo caso, las reflexiones de NOVOA MONREAL sobre los diversos elementos de la intimidad pueden ser de utilidad a fin de precisar su extensión. Según el autor, componen la intimidad: a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al

conocimiento ajeno; b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; c) Aspectos no conocidos por extraños a la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo; d) Defectos o anomalías físicos o psíquicos no ostensibles; e) Comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél; f) Afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto; g) Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas; h) La vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste; i) Orígenes familiares que lastimen la posición social y en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil; j) El cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción y acto relativos al propio cuerpo que son tenidos como repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos en cavidades naturales, etc.); k) Momentos penosos o de extremo abatimiento y; l) En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocido por otro, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial)⁴¹.

b. Las investigaciones criminales

La excepción referida a las investigaciones criminales nos merece los siguientes comentarios. En primer lugar, creemos que la inclusión del término «criminales» no es correcto ya que no es propio del derecho penal. Resulta más apropiado aludir a las investigaciones de los delitos o faltas, que comprenden la clasificación que realiza el Código Penal venezolano. Salvando esta observación terminológica, entendemos que la excepción se refiere a los documentos que formen parte de la averiguación de un delito en general. El interés protegido en esta excepción se centra en facilitar la actuación tendente a determinar la comisión de algún delito y su responsable. La publicidad de las actuaciones, mientras se desarrolla la investigación, podría ser perjudicial para la obtención de los resultados deseados. Por esta razón, el artículo 313 del COPP establece que todos los actos de la investigación serán reservados para los terceros. En este sentido, el artículo 112 del COPP prohíbe a los órganos de policía de investigaciones penales y a sus funcionarios, informar a terceros acerca de las diligencias que practiquen, de sus resultados y de las órdenes que deben cumplir. Dicha prohibición no incluye al Ministerio Público que dirige la investigación conforme al artículo 108 del COPP.

⁴¹ Eduardo NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada...*, op. cit., pp. 45 y ss.

La finalidad de la excepción reviste carácter temporal limitado, es decir, no serán consultables los documentos mientras la averiguación esté en curso, por lo que una vez concluida, los documentos son accesibles. El posible perjuicio para la investigación cesa con su culminación, pues sus resultados serán incorporados al expediente judicial que es público. De otra parte, la excepción la entendemos referida al ámbito exclusivamente penal, no siendo aplicable a las averiguaciones administrativas. Creemos que la excepción podrá hacerse valer en las investigaciones de delitos y faltas, toda vez que a partir de la expresión «averiguaciones criminales» no es posible excluir un tipo penal en favor del otro.

c. Los secretos de Estado

La incorporación del principio de transparencia administrativa como uno de los ejes centrales de la Administración Pública afecta directamente el tratamiento tradicional que los secretos de Estado habían recibido en Venezuela. Ahora, la regla general es la accesibilidad a los archivos y registros administrativos, y el secreto la excepción. Esto incluye, claro está, al secreto por razones de seguridad y defensa del Estado, que sigue presente en nuestro ordenamiento jurídico, pero redimensionado. La continuidad de la figura del secreto en nuestro ordenamiento no debe extrañar, toda vez que el secreto de Estado no es incompatible con el Estado Democrático de Derecho, lo que resulta incompatible con la democracia es que el secreto escape a la Ley⁴².

En efecto, el sometimiento del secreto de Estado a la Ley, significa que debe cumplir determinados parámetros que lo hagan compatible con el principio de transparencia administrativa, a saber: *a)* el secreto requiere estar previsto y regulado legalmente; *b)* el secreto debe corresponder a la existencia de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico, es decir, la seguridad y defensa del Estado; *c)* las nociones de seguridad y defensa del Estado debe delimitarse lo más posible, de modo que el secreto no se extienda a otros supuestos; *d)* el número de materias secretas debe ser sustancialmente inferior a los supuestos en que está permitido el acceso, pues el secreto siempre es excepcional; *e)* el secreto se impone a la publicidad exclusivamente cuando su revelación suponga un riesgo o amenaza para el interés protegido, por lo que cuando dicho riesgo no exista el acceso debe permitirse; *f)* el secreto debe limitarse temporalmente, ya que no existe ninguna información cuya divulgación afecte por tiempo indeterminado la seguridad y defensa del Estado; *g)* las autoridades competentes para clasificar información deben ser limitadas, ya

⁴² F. Javier DE LUCAS MARTÍN, «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, Madrid, 1990, p. 141.

que mientras más autoridades clasificatorias mayor será el número de documentos clasificados y; *b*) la clasificación de una materia como secreta debe estar sometida a controles parlamentarios y jurisdiccionales, ya que el secreto de Estado no comprende una área exenta de supervisión.

Muchas de estas directrices están previstas en la Constitución de 1999, y otras son consecuencia directa del principio de transparencia, por lo que deberán ser acatadas por el legislador. Respecto a la previsión legal del secreto, este requisito puede verificarse en los artículos 143 y 325 de la Constitución. Según el primero, el acceso a los archivos administrativos puede excepcionarse cuando medien razones de seguridad interior y exterior y; conforme al segundo, se reserva al Ejecutivo Nacional la clasificación y divulgación de los asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación. Ambas disposiciones apuntan hacia la misma dirección, vale decir: prevén la existencia del secreto como mecanismo válido de excepción frente al derecho de acceso a los archivos administrativos y, del mismo modo, se refieren a la seguridad y defensa como intereses constitucionalmente tutelados.

Rastreado el texto constitucional venezolano podemos hallar varios preceptos que presuponen o comportan la existencia de la seguridad y defensa del Estado como intereses constitucionalmente protegidos, e incluso, a partir de ellos, es posible realizar una reconstrucción sistemática de sus elementos más significativos. La defensa del Estado, en su más amplio sentido, es un valor que el constituyente consideró digno de protección y que tiene su más clara expresión en el artículo 130, que consagra como deber constitucional de todos los venezolanos la defensa de la patria, defensa que el artículo 328 configura como misión por excelencia de las Fuerzas Armadas, en el marco de distribución de funciones y competencia de los diferentes órganos estatales. Por su parte, el ya citado artículo 143 excepciona el acceso generalizado de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos cuando el tema afecte la seguridad del Estado. Asimismo, el artículo 325 habilita al Ejecutivo para clasificar los asuntos que guarden relación directa con la seguridad y defensa. El artículo 322 reserva como competencia exclusiva del Estado la defensa y la seguridad de la Nación. Por último, los artículos 337 y 338 prevén los estados de excepción cuando circunstancias de diverso orden afecten la seguridad de la Nación.

Admitido que la seguridad y defensa del Estado constituyen intereses constitucionalmente tutelados, no hace falta mucho esfuerzo para aceptar la legitimidad constitucional de ciertas potestades y facultades de los poderes públicos enderezadas a dar satisfacción a tales intereses; entre

éstas, la de sustraer determinadas cuestiones al principio general de transparencia, pues, como la señala DIEZ-PICAZO: «posturas utópicas maximalistas aparte, es poco discutible que, incluso en el Estado democrático de Derecho, la defensa y la seguridad nacionales requieren ciertos ámbitos de secreto y reserva»⁴³.

Para que el secreto sea una figura limitada y no invierta su carácter excepcional, es necesario interpretar restrictivamente las nociones de seguridad y defensa. Debe desecharse cualquier acercamiento de las nociones de seguridad y defensa del Estado a la concepción omnicompreensiva y totalizante contenida en la Exposición de Motivos de la LOSD y que influyó sobre la Constitución de 1999, según la cual, la seguridad envuelve directa o indirectamente todas las actividades del Estado. Por este motivo, nos parece ajustado a las necesidades del Estado y al carácter excepcional del secreto, que se interprete la noción de seguridad del Estado como la garantía de la soberanía, independencia e integridad territorial de Venezuela (seguridad exterior) y la protección del orden constitucional (seguridad interior). Debemos destacar que este concepto era el contenido en el Anteproyecto de la Ley de acceso a los archivos de la Administración Pública y el secreto de Estado de 1998, que pretendía restringir la desmedida extensión de dicha noción. La defensa nacional, por su parte, se identifica como el conjunto de medios mediante los cuales se mantiene o garantiza la seguridad del Estado. Ofrecemos estas definiciones sin perder de vista que las nociones de las que hablamos constituyen conceptos jurídicos indeterminados.

El secreto se impone a la publicidad exclusivamente cuando su revelación suponga un riesgo o amenaza para el interés protegido, por lo que el acceso debe permitirse cuando ello no suponga riesgo alguno para la seguridad y defensa del Estado. No toda información de los órganos encargados de velar por la seguridad y defensa del Estado debe integrarse dentro de los secretos de Estado. Por el contrario, deberá realizarse un *juicio previo de probabilidad*, mediante el cual se determine la idoneidad de los datos para perjudicar la seguridad y defensa⁴⁴. De forma tal, sólo serán objeto de protección aquellas informaciones cuya revelación pueda poner en peligro los intereses que se tratan de asegurar. No debe ser secreto todo lo que guarda alguna relación con la seguridad y defensa, sino

⁴³ Luis María DIEZ-PICAZO, «El secreto de Estado en el proceso penal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995)», *La Ley*, Diario 3952 del 15 de enero de 1996, N° 1, Madrid, *La Ley-Actualidad*, 1996, p. 1565.

⁴⁴ Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, op. cit., p. 227.

sólo aquello cuya difusión pueda dañar las tareas de seguridad y defensa encomendadas al Estado⁴⁵.

La exigencia del vínculo de causalidad entre las informaciones y el riesgo para la seguridad y defensa impide una extensión indefinida del secreto. Este requisito ha sido admitido por la mayoría de los ordenamientos, que exigen una relación directa o inmediata entre el secreto de la información y un peligro grave y cierto para la seguridad y defensa del Estado. Dicho requisito también se encuentra presente en el artículo 325 de la Constitución venezolana, según el cual: «El Ejecutivo Nacional se reserva la clasificación y divulgación de aquellos asuntos que guarden *relación directa* con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación, en los términos que la ley establezca» (cursivas nuestras).

No es suficiente que la información simplemente verse sobre la seguridad y defensa para que, sin más, se considere secreta. Al contrario, el secreto debe guardar relación directa con los intereses protegidos, si no es así, la información debe ser pública. La relación directa entre la información protegida y la seguridad y defensa del Estado se traduce en términos de riesgo o peligro para estos últimos, lo que legitima —en última instancia— el secreto. De esta forma, el riesgo para la seguridad y defensa del Estado, que supone la divulgación de la información, es consustancial al secreto de Estado. Al punto que sin dicho riesgo no puede hablarse de secreto.

El nuevo planteamiento de la Constitución de 1999, deroga el artículo 4° de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (LOSD) que atribuye carácter secreto a los documentos de cualquier naturaleza y otras informaciones, con el único requisito de estar relacionadas con la seguridad y defensa del Estado. Este precepto no considera si la divulgación de la información afecta o no la seguridad, sino que presupone el riesgo, y extiende indiscriminadamente el manto del secreto en todas direcciones.

La Constitución de 1999 camina en dirección contraria, el Ejecutivo puede clasificar aquellos asuntos cuya divulgación suponga un riesgo para la seguridad del Estado. En este sentido, el artículo 4° de la LOSD está derogado, pues no requiere este elemento.

⁴⁵ Fernando SAINZ MORENO, «Secreto e información...», op. cit., p. 2895. A este respecto, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS expone: «En todo caso, frente a la tendencia constante de las nociones de defensa y seguridad del Estado a expandirse indefinidamente debe observarse que no es legítimo entender que toda información relativa a la actividad o funcionamiento de las Fuerzas Armadas (...) esté cubierta por el secreto», *El derecho de acceso de los documentos...*, op. cit., p. 473.

A partir de la nueva Carta Magna, no puede admitirse que cualquier información relacionada con la seguridad y defensa del Estado se clasifique como secreto sin ponderar si realmente existe algún riesgo para dichos intereses. De esta forma, la información contenida en el Ministerio de la Defensa y las Fuerzas Armadas se rige por el principio de la accesibilidad, como el resto de la Administración Pública, y sólo aquélla que suponga un riesgo para la seguridad del Estado podrá excluirse de la publicidad.

La necesidad del riesgo para el interés tutelado no es exclusiva de los secretos de Estado. También se requiere para los otros supuestos de excepción del derecho de acceso, pues sólo cuando exista el riesgo de que el conocimiento público de datos referidos, por ejemplo, a la intimidad, averiguación de delitos, libertad económica o política monetaria, pueda perjudicar tales intereses, entonces, se impone el secreto sobre la publicidad.

Existe otro argumento que confirma la derogación del artículo 4° de la LOSD. La facultad clasificatoria que el artículo 325 de la Constitución atribuye al Ejecutivo conlleva la realización de un juicio valorativo, caso a caso, de los asuntos que puedan afectar la seguridad. De la ponderación del riesgo a la seguridad del Estado que la divulgación de la información acarrearía, surge el convencimiento en el Ejecutivo de que el asunto en particular debe conferírsele carácter secreto. La competencia prevista en el artículo 325 no es, ni mucho menos, un cheque en blanco que el Ejecutivo completará sin ningún parámetro. El acto clasificatorio tiene una finalidad muy concreta, como es, proteger la seguridad del Estado de los eventuales perjuicios que pueden derivar de la divulgación de determinada información. Ahora bien, este proceso reflexivo, mediante el cual el Ejecutivo llega a la convicción de que un documento debe ser sustraído de la publicidad, ha de estar reflejado en el acto clasificatorio, es decir, debe motivar su decisión. En efecto, el Ejecutivo tiene la obligación, al ejercer su potestad de justificar los criterios seguidos, a fin de hacer explícita la coherencia entre la decisión tomada y su fundamento legitimador.

Por estas razones, no es válida la clasificación de secreto de Estado contenida en el artículo 4° de la LOSD, que confiere dicho carácter sin ningún tipo de distinciones entre los variados temas comprendidos dentro de las indeterminadas nociones de seguridad y defensa, sin evaluar los diversos riesgos de la divulgación, y sin exponer —siquiera superficialmente— los motivos de la clasificación.

En cuanto al fundamento legitimador de la clasificación, el artículo 325 se refiere a la planificación y ejecución de operaciones concernientes a

la seguridad de la Nación. A pesar de la referencia a la planificación y ejecución de operaciones de seguridad, el secreto puede referirse a otros asuntos de relevancia para la seguridad del Estado. Recordemos que en tiempo de paz y de estabilidad democrática las acciones de defensa interna y externa se orientan hacia la preservación de la seguridad del Estado, por lo que son actividades netamente preventivas y de control. Las múltiples formas y vías por las que un Estado puede verse amenazado supone que las vías para su defensa también sean multiformes, razón por la cual, el secreto de Estado puede afectar otras materias distintas a la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad. Tal referencia es enunciativa y no limitativa de la facultad clasificatoria.

B. Otros límites al derecho de acceso

Debemos preguntarnos si los límites contenidos en el artículo 143 de la Constitución constituyen un *numerus clausus*, o si por el contrario, pueden ser ampliables por el legislador, y si es así, bajo qué parámetros puede hacerlo.

La primera lectura que puede darse a este asunto, supone negar la posibilidad de que el legislador amplíe las causas de excepción del derecho de acceso. Desde este punto de vista, la Ley se limitaría a concretar el alcance de las excepciones expresamente contenidas en la Constitución sin poder agregar otras diferentes. Nos inclinamos por una segunda posición, según la cual, debe admitirse la ampliación legal del listado de materias excluidas del derecho de acceso. Esta posición tiene su origen en la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, que explica que los derechos y libertades han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. Una de las consecuencias de este planteamiento es que la habilitación al legislador para limitar un derecho no está exclusivamente dirigida a proteger el bien en específico, sino que le habilita para imponer otros límites en cuanto resulten justificadas para la protección de los derechos fundamentales y de bienes o valores constitucionalmente protegidos⁴⁶.

En aplicación de este criterio, el derecho de acceso se encuentra limitado por las excepciones establecidas en el artículo 143 de la Constitución, pero, además, presenta una limitación genérica establecida de modo implícito para todo derecho, por lo que debe conciliarse con otros derechos y bienes del ordenamiento jurídico, a pesar de que éstos no se mencio-

⁴⁶ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 107-108.

nen expresamente como causas de excepción del acceso. Pues bien, el legislador puede llevar a cabo esta labor de conciliación al incorporar aquellos supuestos que pueden excepcionarse del ámbito del derecho de acceso. En este sentido, el legislador tiene la posibilidad de añadir otras excepciones al derecho de acceso distintas de las previstas en el artículo 143, siempre y cuando respondan a la cobertura de derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Esta es la guía principal al momento de introducir nuevas excepciones al derecho de acceso por vía legal, lo que por su envés significa que el legislador no puede introducir, a su libre elección, el secreto para cualquier materia.

Ahora bien, la tarea de reconocimiento de los bienes tutelados constitucionalmente no es sencilla⁴⁷, razón por la cual, y, sin pretender agotar todas las causales de excepción, se detectan dos materias que pueden servir a dicho fin. En este sentido, la protección de la política monetaria, a la que alude el artículo 318 de la Constitución, puede fungir como causa de excepción al derecho de acceso, pues este supuesto tiene conexión con temas tan importantes como: la estabilidad de los precios, la cantidad o en el coste del dinero, control de la inflación, consecución de una tasa de crecimiento de la renta real o la mejora en el saldo de la balanza de pagos. Asimismo, la libertad económica prevista en el artículo 112 de la Constitución sirve de fundamento al secreto empresarial. Ya hemos señalado que la competitividad de las empresas se sustenta, en buena parte, en la confidencialidad de una serie de informaciones relativas al funcionamiento de las empresas, como las referidas a los procesos de producción (*know how*), e incluso de gestión u organización de estrategias comerciales, que si fuesen conocidas por las empresas competidoras colocarían a aquélla en una situación de inferioridad, falseándose así las reglas de competencia⁴⁸.

VIII. GARANTÍAS DEL DERECHO

Sin prejuzgar sobre la posibilidad de que la Ley que desarrolle el derecho de acceso establezca mecanismos tendentes a garantizar su eficacia. El marco jurídico venezolano consagra dos mecanismos jurisdiccionales mediante los cuales se puede garantizar el acceso a los archivos adminis-

⁴⁷ Tal y como exponen MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y DE OTTO Y PARDO, la mención a los bienes constitucionalmente protegidos presenta varios problemas como el de su reconocimiento, además de la ponderación que de éstos debe hacerse en relación con el derecho en específico, *Ibidem*, pp. 119-124.

⁴⁸ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos...*, op. cit., pp. 520-521.

trativos: la acción de amparo constitucional y el recurso contencioso-administrativo.

La constitucionalización del derecho de acceso y su conexión con el derecho a la información, supone la aplicabilidad de la acción de amparo establecida en el artículo 27 de la Constitución, que establece: «Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos».

Conforme a dicho artículo, el procedimiento de la acción de amparo debe ser oral, breve, público, no sujeto a formalidad y debe tramitarse con preferencia a cualquier otro asunto, lo que supone que la autoridad judicial competente debe resolver rápidamente la demanda. Esta circunstancia determinará el ejercicio mayoritario de la acción de amparo como mecanismo de garantía del derecho de acceso frente al recurso contencioso-administrativo, que requiere más tiempo para su resolución. Conscientes de este hecho, debemos apuntar que la acción de amparo debe compatibilizarse con las características del derecho que nos ocupa. De esta forma, la Administración demandada deberá argumentar la presencia de alguna de las excepciones del derecho de acceso y, seguramente, tendrá que mostrar el documento para que el juez determine si el derecho ha sido vulnerado o no. Pues bien, la consulta del documento por parte del juez debe estar reservada exclusivamente a él, a fin de que el accionante no vea satisfecha su pretensión de forma anticipada, sin que antes se compruebe la correcta o incorrecta aplicación de la excepción. En caso de que el juez considere que la excepción ha sido mal aplicada, restablecerá la situación jurídica infringida ordenando la exhibición del documento. Caso contrario, ratificará la negativa de acceso.

La otra alternativa para garantizar el derecho de acceso es la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, si la Administración niega el acceso a través de un acto administrativo, éste puede impugnarse mediante recurso contencioso-administrativo de nulidad. En este supuesto, es a la Administración a la que le corresponderá demostrar que la negativa de acceso se encuentra fundamentada, pues el recurrente mal podría señalar que la excepción está mal aplicada cuando no tuvo posibilidad de acceder al documento. Además, estimamos prudente que durante el procedimiento debe mantenerse la secretud del documento impugnado, pues, si pudiera revisarse, el juicio perdería sentido, toda vez que el solicitante habría satisfecho su pretensión principal. Por ello, la incorporación del expediente administrativo a las actas del juicio debe preservar el docu-

mento solicitado, que debe incorporarse en pieza separada a la que sólo tenga acceso el juez de la causa.

Tanto en la acción de amparo constitucional como en el recurso contencioso-administrativo surge la necesidad de preservar el secreto de la información. Ahora bien, aunque apuntamos la reserva del documento sólo para la consulta del juez como una posible solución, debe destacarse que este supuesto no está previsto en las regulaciones procedimentales. Entre los preceptos más cercanos a lo que proponemos, encontramos el artículo 336.3 del COPP y el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil. Según la primera de las disposiciones, el debate oral del juicio penal es público, pero podrá realizarse a puertas cerradas, con presencia de las partes, cuando peligre un secreto oficial, y el tribunal podrá imponer el deber de guardar secreto sobre los hechos que conocieron, El segundo precepto permite que ciertos actos del procedimiento se desarrollen a puertas cerradas por motivos de decencia pública, eso sí, con la participación de las partes⁴⁹. Mientras no se contemple una disposición que preserve la integridad del documento hasta tanto se compruebe la validez de la excepción, proponemos la interpretación analógica de las disposiciones citadas con las modulaciones apuntadas. Aunque la solución definitiva para este supuesto consistirá en una expresa previsión legal.

⁴⁹ En sentencia de fecha 16 de octubre de 1997, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia aplicó el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil a una acción de amparo constitucional interpuesta por miembros de las Fuerzas Armadas infectados por el síndrome de inmuno deficiencia adquirida (SIDA). La Sala, a fin de preservar la confidencia y el carácter reservado del caso, acordó que la audiencia constitucional se celebrase a puertas cerradas.

El derecho de petición y la oportuna y adecuada respuesta en la Constitución de 1999

CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES*

I. ÁMBITO INTRODUCTORIO. EL CARÁCTER DUAL DEL DERECHO

ALGUNOS AUTORES de la doctrina más avanzada del Derecho Administrativo, a quienes nos adherimos, plantean su displicencia en la utilización del vocablo o voz «administrado» para referirse al «particular» que interviene en una relación jurídica administrativa, por cuanto en la actualidad dicho particular no es un ente pasivo o inerte ante los órganos públicos administrativos, sujeto irrestrictamente a la acción de administrar de los entes públicos, sino que por el contrario, con mayor frecuencia asume un rol activo y casi protagónico en los procedimientos administrativos constitutivos o revisorios, responsabilizándosele en muchas ocasiones de ser el generador de las conductas administrativas.

Esa posibilidad de los particulares de intervenir en los asuntos públicos e inducir en las conductas administrativas, se canaliza mediante el ejercicio de un derecho individual o garantía personal de petición, la cual es un denominador común de casi todos los ordenamientos jurídicos estatales, quienes por texto expreso otorgan al individuo nacional o extran-

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Post Grado de Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Derecho en el Centro de Estudios de Post-Grado de la Universidad Central de Venezuela. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Post Grado en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Pre Grado en la Cátedra de Derecho Administrativo y Derecho Civil IV en la Universidad Central de Venezuela. Ex Consultor Jurídico de la Bolsa de Productos e Insumos Agropecuarios de Venezuela. Ex Relator de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en materia de Amparo Constitucional. Ex Consultor Jurídico de la Comisión Nacional de Valores

jero, la facultad, potestad o poder de elevar opiniones, quejas o demandas al conocimiento de un órgano del Poder Público.

De tal manera que un sector importante de la doctrina asume que ese Derecho de Petición encarna a un verdadero Derecho Político, en virtud que es un mecanismo de participación del particular en los asuntos públicos del Estado, al permitir al ciudadano común, dirigir y presentar fluidamente cualquier género de escritos, representaciones, peticiones o solicitudes ante autoridades públicas personificadas en funcionarios, órganos o entidades estatales, sin ningún tipo de restricciones, siempre que sean inherentes a la competencia del ente público, al cual se le efectúa dicho requerimiento.

Sin embargo, dicha garantía individual no se concibe por sí sola, ya que detenta en sí misma un carácter dual, por cuanto requiere de la existencia de un correlativo necesario, como lo es el «Deber de dar una Respuesta Debida», que acarrea para el Estado una obligación tangible en dar respuesta a todos los requerimientos elevados a su conocimiento como autoridad competente y sobre el cual, el peticionante detenta un indudable derecho subjetivo para su obtención.

Mediante esa obligación de responder debidamente que encierra el Derecho de Petición, se genera una verdadera inferencia sobre la conducta estatal, ya que por el ejercicio de ese derecho, se configura una situación de poder deber, ya que no sólo se trata de la posibilidad de presentar o incoar todo género de requerimientos ante la autoridad pública sino también supone la inevitable producción de un correlativo necesario, como lo es la respuesta debida a la solicitud incoada, la cual siempre induce a una conducta de hacer por el ente público.

De manera que pensar en un Derecho de Petición desligado de un Deber de obtener respuesta de la Autoridad Estatal, sería ineficiente, inútil e ineficaz para el particular, ya que sería una especie de derecho de contenido vacío, sin sentido práctico y unidireccional, que no solventaría ni satisfaría las inquietudes del particular.

Este es el punto de partida para que algunos autores, ubiquen al Derecho de Petición como un Derecho Instrumental, por cuanto su esencia y razón de ser, está dirigida a dar vigencia y proteger a otros derechos individuales de la más variada gama, cuando estos últimos sean vulnerados, quebrantados o conculcados en alguna forma por la acción de un ente perteneciente al Poder Público.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO

La verdadera distinción dentro del Derecho de Petición de un derecho individual y otro político, fue materia discutida especialmente en la Asamblea Constituyente Francesa de 1791, y es universalmente conocida desde que figuró en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa.

En dicha Asamblea Constituyente, el ponente o relator Le Chapelier, distinguió claramente entre el Derecho de Queja como un derecho individual, y el Derecho de Petición, al cual consideró esencialmente político. Le Chapelier pidió que se garantizara en la Declaración de Derechos de la Constitución, sólo el Derecho de Queja, pretendiendo excluir adrede la consagración del Derecho de Petición. Sin embargo, los constituyentes franceses, mediante un brillante artilugio, se aseguraron de consagrar por texto expreso al Derecho de Petición como un derecho individual accesible para todos los individuos en Francia; consagración que se hizo precisamente, con un fin evidentemente político.¹

Ese fin político estaba dirigido a otorgar un mecanismo de participación en los actos del Poder Público, a los individuos que no tenían participación en la elección de los poderes públicos por sufragio, ya que en ese momento no todos los particulares tenían acceso al voto, por cuanto el ejercicio del mismo estaba reservado sólo a los ciudadanos; de manera que los Constituyentes Franceses, pensaron que al garantizar ese Derecho de Petición en forma amplia a todos los individuos, se garantizaba esa deseada participación política a quienes no gozaban de las prerrogativas del sufragio.

Sin embargo, si tratamos de atisbar realmente cuál es la génesis del Derecho de Petición tenemos que atribuirle una data más remota, se remonta a los orígenes del Constitucionalismo Clásico, ya que «los monarcas más absolutos, los déspotas más odiosos», han otorgado el Derecho de Petición a sus subordinados y lo han hecho, porque, diciéndose casi siempre los tutores de su pueblo, han debido mostrarse solícitos para recibir las quejas que se le dirigieran.

El Derecho de Petición en Inglaterra data de tiempo inmemorial; no habría sido necesario reconocerlo por ninguna legislación especial, estaba infiltrado en las costumbres; su existencia era por demás vulgar.²

¹ Al respecto ver: VIDAL VERGARA, Carlos. *Los derechos individuales en las constituciones modernas*, Editorial Nascimento. Santiago de Chile. Chile. 1936.

² MONTES DE OCA, M.A. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Notas tomadas por Alcides Calandrelli. Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires. Argentina. 1927. Pg. 343.

Asimismo, el Bill de derechos de 1689, dispone « que es un derecho de los súbditos dirigir peticiones al Rey, y las prisiones y procesos por haber hecho tales peticiones son ilegales».³

El Derecho de Petición y a obtener una respuesta debida, a través del devenir del tiempo, ha sido consagrado como un principio explícitamente inscrito en casi todas las Constituciones jurídicas, teniendo como eje de partida a la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1789, la cual dispone que «el Congreso no hará una Ley por la que ... se limite el Derecho del Pueblo ... a pedir al Gobierno la reparación de sus agravios».⁴

Y ain cuando no está consagrado expresamente como un Derecho Humano Fundamental en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, está implícitamente reconocido en su proclamación de libertades públicas y políticas en sus artículos 18 al 21, el erigirse como un derecho a participar en los asuntos públicos.

III. LA DIALÉCTICA EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO

La Tesis del Derecho Político

Los derechos políticos, tan íntimamente vinculados a las libertades políticas, en definitiva no son otra cosa que la prerrogativa que corresponde a los ciudadanos de participar en el ejercicio de la potestad pública, vale decir en la orientación, ejecución y control de todos los asuntos del Estado, influyendo, por lo tanto, directa o indirectamente, pero en forma eficaz en la vida política del respectivo país.⁵

En tal sentido, para algunos autores⁶, el Derecho de Petición puede considerarse un derecho de contenido eminentemente político, debido a que extravierte exclusivamente una relación entre un individuo gobernado con los órganos de la autoridad política que lo gobiernan, a los cuales está subordinado por un nexo de poder sumisión dominio; denotándose evidentemente su contraposición a los llamados derechos individuales, que indican siempre relaciones entre sujetos inordinados.

³ RAMELLA, Pablo. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Argentina.

⁴ *Lecciones de Derecho Constitucional*. Notas tomadas por Alcides Calandrelli. Obra Citada. Pg. 345.

⁵ OLANO, Carlos Alberto. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá Colombia. 1987.

⁶ FISCHBACH; VIDAL VERGARA y otros.

Este carácter político «con el tiempo ha tomado importancia porque se constituye en una de las formas de transmitir los pensamientos de las personas a las autoridades encargadas de conducirlas y dirigirlas».⁷

De manera que «ejercido como un objeto de interés general, se transforma en un Derecho Político, porque es una demanda a la autoridad que, si es aceptada, deberá traducirse en una norma de carácter general, obligatoria para todos».⁸

Sin lugar a dudas, siempre que el peticionario por medio del ejercicio de su solicitud, haga una intromisión o influya en la esfera del Poder Público, acarreando cambios en la estructura, diseño o lineamientos políticos de la organización del Estado, estaríamos en presencia de un verdadero derecho político, no pudiendo ser considerado como un simple derecho individual. Esto en muchas ocasiones vendría a redimensionar, ya sea por la participación, queja o denuncia, el ejercicio desorbitado de algunos órganos del Poder Público, los cuales a veces se encuentran inclinados a extralimitarse en sus funciones por el vértigo de la detentación del poder, e inclusive a cometer abusos y arbitrariedades de la autoridad política.

Por ello el Derecho de Petición, así considerado, es también una escisión política de la libertad de opinión, fundamento esencial del régimen democrático, y tendrá «solamente ese carácter político cuando se hace de ese derecho un uso político»,⁹ el cual emerge cuando «en su ejercicio se obra en función pública, en servicio de toda la comunidad, o en defensa de intereses que afecten a todos».¹⁰

La tesis del Derecho Individual

Por otra parte, existen partidarios¹¹ de una tesis contradictoria a la explanada precedentemente, la cual esgrime que el Derecho de Petición es exclusiva y monopólicamente un Derecho Individual, ya que es un medio personal e individual, por el cual el particular hace valer sus reclamos y solicitudes ante la autoridad política, persiguiendo un interés pu-

⁷ URIBE GIRALDO, Luz Elena. *El Estado, las libertades individuales y el Preámbulo de la Constitución*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. 1984.

⁸ VIDAL VERGARA, Carlos. *Los derechos individuales en las constituciones modernas*, Editorial Nascimento. Santiago de Chile. Chile. 1936. Pg. 145.

⁹ WOLF, Ernesto. *Tratado De Derecho Constitucional Venezolano*. Tipografía Americana. Caracas Venezuela. Tomo II. 1945. Pg.23.

¹⁰ SACHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Segunda Edición. 1966. Pg. 431.

¹¹ HAURIOU Maurice y otros.

ramente individual como objeto de su ejercicio, lo cual conduce a distanciamiento de la noción del derecho político, que siempre persigue un interés general como ya hemos reseñado.

Esto se debe a que «las libertades civiles, cuya regulación por las normas jurídicas positivas origina los derechos civiles y la consecuente posibilidad de ejercerlos contando con la tutela legal, están sustancialmente destinadas a satisfacer los intereses legítimos de los individuos o de la sociedad, prescindiendo de la tipificación del sistema político en el cual se desarrollan».¹²

Su ejercicio no implica una intervención sustancial, una participación real en el poder público, sino que la actuación del peticionario se limita a plantear un problema y a suscitar en el órgano estatal respectivo la inquietud de solución, es decir, que la petición se concreta a dar impulso, promover y a poner en marcha en su tarea normal al gobierno, sin que la petición se concrete a dar necesariamente una decisión determinada por parte del Estado, puesto que éste, al entrar en acción, simplemente hace operante su actividad regular de servidor público, gestor del bienestar común... ya que ... apenas atrae la atención del Estado sobre un aspecto no contemplado en la legislación o descuidado por la administración o por las entidades de vigilancia del cumplimiento de la ley.¹³

Asimismo, la naturaleza del Derecho de Petición, no está determinada por la autoridad ante la cual se ejerza, porque de ser así, cualquiera que fuera esa autoridad, legislativa, ejecutiva, jurisdiccional, y ahora ciudadana o electoral, siempre tendría un origen político, ya sea directo o derivado, y en consecuencia siempre se identificaría erróneamente al Derecho de Petición como un derecho político, cuando en la realidad no toda solicitud tiene un contenido político.

El Derecho de Petición, incontrovertiblemente es un derecho individual, aunque se ejerza en forma colectiva, y ante cualquier autoridad, pues «ejercido colectivamente puede considerarse como un corolario del derecho de reunión, y del de opinión, pero puede tenerse presente que el derecho de reunión, constituye simplemente la unión y el acuerdo entre los individuos, y el de petición constituye la demanda directa de esos acuerdos a la autoridad.¹⁴

¹² BADENI, Gregorio. *Nuevos derechos y garantías constitucionales*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. Pg. 22.

¹³ SACHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*. Obra Citada. Pg. 431.

¹⁴ VIDAL VERGARA, Carlos. *Los derechos individuales en las constituciones modernas*, Obra Citada. Pg. 145.

La tesis del Derecho Mixto

Como siempre cuando existen posiciones contrapuestas surge un grupo de autores eclécticos¹⁵, que pretenden generar una mixtura entre las posiciones antagónicas, y que en el caso del Derecho de Petición lo califican como un derecho de naturaleza mixta de naturaleza individual-política, al argumentar que «la diferencia entre las libertades civiles y las libertades políticas no reside en su naturaleza, sino en la finalidad a la cual responde su ejercicio. Las libertades de petición son manifestaciones del género libertad que pueden proyectarse tanto en el ámbito civil como en lo político, en consecuencia tiene un carácter mixto.»¹⁶

IV. TIPOS DE PETICIONES

De acuerdo al sustrato o contenido de la pretensión o finalidad perseguida con la solicitud a presentar al órgano público, se pueden distinguir tres grandes tipos de peticiones¹⁷:

La petición queja

Este tipo de requerimiento usualmente se identifica con la figura de la denuncia, y tiene por objeto llevar a conocimiento de la autoridad pública competente por la materia, territorio y jerarquía, las situaciones irregulares o anormales e inclusive hasta las arbitrariedades cometidas por los órganos públicos, comúnmente se presenta ante las autoridades superiores en jerarquía en relación al funcionario u órgano responsable de la infracción, con la finalidad que sea sancionada o corregida su conducta.

La petición manifestación

Este tipo de solicitud manifestación tiene como esencia dar una información o expresar un deseo a la autoridad competente, con miras a que se tomen las medidas pertinentes de carácter individual o colectivo, y se logren modificaciones, concesiones o dádivas que aludan al ámbito subjetivo del peticionario y en algunas ocasiones a la colectividad.

¹⁵ SANTA MARIA PAREDES; DUGUIT; BANEDI y otros.

¹⁶ BADENI, Gregorio. *Nuevos derechos y garantías constitucionales*. Obra Citada. Pg. 23.

¹⁷ Al respecto ver: NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Tercera Edición. 1990.

La petición demanda

Es aquella petición que se dirige fundamentalmente a los entes públicos que gozan de potestades jurisdiccionales, con el objeto de solicitar del Estado, que en ejercicio de la autoridad de Ley al impartir justicia, le sea reconocido o reestablecido un derecho público subjetivo o bien la legalidad, que le haya sido conculcada o amenazada por algún particular, entidad, funcionario público o conducta o acto administrativo.

Esas peticiones demandas se equiparan o corresponden a los llamadas acciones o recursos formales, lo que acarrearía una distinción entre sus beneficiarios que pueden ser, litigantes, si se tratase de causas contenciosas, y peticionarios, si se tratase de actos de cognición pacífica o jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

V. LÍMITES AL DERECHO DE PETICIÓN

Resulta oportuno remarcar que el Derecho de Petición está inscrito dentro de elenco plurisubjetivo de los llamados Derechos Públicos Subjetivos, los cuales han sido identificados como los que detentan «las personas, consideradas individual o colectivamente, y protegidas por medios jurídicos, o más precisamente jurisdiccionales, respecto de los demás, y, sobre todo, respecto de los poderes u órganos del Estado ... (y su ejercicio) ... se funda en la Constitución y las Leyes que, al establecerlos o reconocerlos, también puede limitarlos pero sin desnaturalizarlos ni afectar su esencia».¹⁸

Por ende, el Derecho de Petición, no es un derecho ilimitado y absoluto, debido a que puede ser condicionado en las modalidades de su ejercicio por normas de rango fundamental o legal específicas de determinado ordenamiento jurídico, en virtud del principio de legalidad; aun cuando a priori «es realmente individual, accesible a nacionales y extranjeros, sin condición de edad ni de capacidad; es tanto más amplio cuanto menos coacción única entraña para el poder gubernamental.»¹⁹

Sobre lo que sí ha habido general aceptación en la doctrina internacional²⁰, como únicos límites naturales insitos del Derecho de Petición, es

¹⁸ BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. Editorial Roque De Palma Editor. Segunda edición. Buenos Aires. 1954. Pg. 207.

¹⁹ HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Editorial Reus. Madrid. 1927. Pg. 133.

²⁰ Al respecto ver: BLUNTSCHLI, Gaspar. *Derecho Público Universal*. Centro Editorial de Góngora San Bernardo. Nueva Biblioteca universal. Tomo segundo; y , BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario. *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Chile. Tercera Edición. 1958.

que en primer lugar, el contenido de la petición corresponda a la esfera oficial de competencia del ente involucrado o ante el cual se ha incoado dicho requerimiento, pues supone la necesidad impretermitible que la autoridad a quien se dirige tenga plena facultad para acordar, negar o resolver lo solicitado²¹; y, en segundo lugar, que la forma de la petición no quebrante el decoro, honorabilidad o respeto debido a los funcionarios o autoridades a la cual se constriñe a responder, ya que con esto se persigue «el fomento de la educación cívica, y evitar que los funcionarios sean injuriados por razón de su cargo o en desempeño de las atribuciones que le fueren conferidas por la Ley».²²

En ese mismo sentido de no establecer restricciones o límites innecesarios al derecho de petición pronunció la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 13 de julio de 1995, bajo ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, en el caso Alexis Francisco Cerpa vs. Presidente de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho, al manifestar que:

... el derecho de petición en Venezuela, en su redacción en forma alguna da lugar a interpretaciones restrictivas, por el contrario, extiende su ámbito de aplicación a todas las situaciones en las que algún particular se dirija a cualquier entidad pública para plantear asuntos que le competen, o que le estén atribuidos, o en definitiva, que le incumban a éstas.

Este derecho de los particulares a obtener respuesta de las solicitudes que le planteen a los órganos del Poder Público —que tienen jerarquía constitucional en la mayoría de los países, luego de la revolución francesa—, se extiende a todos los entes que conforman el Estado y se presenta como un deber de los funcionarios públicos de contestar todas las solicitudes o planteamientos, aún aquellos que sean totalmente infundados.²³

VI. CORRELATIVOS SIMILARES EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL COMPARADO

Al efectuar una revisión en el derecho comparado, nos encontramos que mayoritariamente las Constituciones Políticas exaltan el Derecho de Petición, sin hacer una distinción formal entre su naturaleza o carácter de derecho individual o político.

²¹ *Lecciones de Derecho Constitucional*. Notas tomadas por Alcides Calandrelli. Obra Citada. Pg. 343.

²² DE PAULA PÉREZ, Francisco. *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Lerner. Quinta Edición. Bogotá. Colombia. Pg. 210.

²³ *Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*, en fecha 13 de julio de 1995, bajo ponencia de la Magistrado Josefina Calcano de Temeltas, Caso Alexis Francisco Cerpa vs. Presidente de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho.

Sin embargo, existen algunos países que enfatizan al Derecho de Petición como un derecho individual, e inclusive restringiendo su ejercicio estrictamente a solicitudes individuales, como sería el caso de las Constituciones de Ecuador, Cuba, Rumania, Egipto, Haití, Grecia. En ese mismo orden de ideas, del carácter de derecho individual, pero permitiendo el ejercicio también de requerimientos colectivos o de interés general, se circunscriben las Constituciones de Albania, Bolivia, Chile, Colombia, Portugal, Turquía, y la de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, por cierto, establece para su ejercicio la singularidad que «en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República, restringiendo el derecho político de petición, sólo a los ciudadanos de la república mexicana».

Las demás constituciones garantizan el derecho de petición en forma amplia, tanto como un ejercicio del derecho individual como del derecho político. Así sería el caso de las Constituciones de Alemania, Costa Rica, España, Estonia, Honduras, Lituania, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Venezuela y otras.

Al efecto de ilustrar las situaciones enunciadas, les transcribimos algunas formulaciones de ese Derecho en varias Constituciones Políticas de los países americanos²⁴:

ARGENTINA. *Artículo 14*. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: ...de peticionar a las autoridades; ...

BOLIVIA. *Artículo 7*. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

h. A formular peticiones individual o colectivamente;

CHILE. *Artículo 19*. La Constitución asegura a todas las personas:

14. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;

COLOMBIA. *Artículo 23*. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

²⁴ Al respecto ver: *Base de Datos Políticos de las Américas*. (1998). Derecho de Petición. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. Georgetown University y Organización de los Estados Americanos. <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/peticion.html>

Artículo 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.

COSTA RICA. *Artículo 27.* Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.

CUBA. *Artículo 63.* Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley.

ECUADOR. *Artículo 23.* Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado.

MÉXICO. *Artículo 8.* Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la república.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

NICARAGUA. *Artículo 52.* Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los Poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca.

PANAMÁ. *Artículo 41.* Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.

El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días.

La Ley señalará las sanciones que corresponden a la violación de esta norma.

PARAGUAY. *Artículo 38.* *Del derecho a la defensa de los intereses difusos.* Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural

nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

Artículo 40. Del derecho a peticionar a las autoridades. Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo.

PERÚ. *Artículo 2.* Toda persona tiene su derecho:

A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición. ...

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. *Amendment I.* Libertad de pensamiento y de expresión.

URUGUAY. *Artículo 30.* Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República.

VII. EL DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PETICIÓN EN VENEZUELA

Entre nosotros, el Derecho de Petición tiene un origen en la Legislación Española a través del Título dieciséis Libro tres de la Recopilación de Indias, en donde

...se insertan varias leyes dictadas por los monarcas, con el fin de hacerlo práctico. Las peticiones podrían dirigirse a la Corona o al Consejo de Indias por los funcionarios públicos, por los Cabildos o por los simples particulares. Respecto de éstos, la legislación determinaba que si los asuntos eran asuntos públicos, no debía enviarse el pedido a España, sin haber ocurrido previamente a los dignatarios coloniales; pero, si contenían quejas o agravios contra estos mismos dignatarios, debían dirigirse a la Metrópoli, para que las autoridades allí existentes las pudiesen tomar en consideración; y se acordaba un sin número de garantías individuales para impedir que estos agravios o estas quejas contra lo funcionarios locales de las Colonias pudieran dar un resultado que ellos ejercieran, a guisa de venganza, actos de presión contra los peticionantes.²⁵

²⁵ *Lecciones de Derecho Constitucional.* Notas tomadas por Alcides Calandrelli. Obra Citada. Pg. 346.

Aparece en nuestro ordenamiento constitucional desde nuestro primer texto constitucional de 1811, en su artículo 168 de la Sección Segunda denominada Derechos del hombre en sociedad, al preverse que

La libertad de reclamar cada ciudadano sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación, y respeto debidos, en ningún caso podrá impedirse, y limitarse. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto, y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias, y daños que sufrieren en su persona, en su propiedad, en su honor, y estimación.²⁶

Paradójicamente esta redacción desaparece en la Constitución de 1819, para reaparecer con idéntica enunciación en la Constitución de Cúcuta de 1821, aun cuando existen algunos autores que plantean que nuestro Libertador Simón Bolívar, insertó ese Derecho de Petición, como un contenido normativo en el Proyecto de Constitución de Angostura en 1819, sin embargo de la detallada lectura del texto de Constitución definitiva, no se extrae tal preceptuación, ya que sólo se infiere una consagración tímida en su artículo 5º de una libertad otorgada a los ciudadanos para reclamar sus derechos, lo cual a nuestro juicio, podría considerarse como una mediatizada consagración fundamental de un derecho a peticionar.²⁷

Sin embargo es la Constitución de 1830, la que exalta por primera vez el término «petición» como un derecho particular, al erigir en su artículo 193 que «Todo venezolano puede representar por escrito al Congreso, al Poder Ejecutivo, y demás autoridades constituidas, cuando considere conveniente al bien general del Estado; pero ningún individuo u asociación particular podrá hacer peticiones en nombre del pueblo, ni menos arrogarse la calificación de pueblo...».²⁸

Redimensionándose en la Constitución de 1857 al contemplarse en su artículo 115, que «El Derecho de Petición en ningún tiempo será impedido ni limitado, ejerciéndose con el respeto y decoro debidos al autoridad de que (*sic*) son depositarios son los empleados y funcionarios públicos».²⁹

Sin embargo, es en la Constitución de 1864, en su artículo 14 ordinal 10, donde se establece por primera vez como garantía para los venezolanos, el derecho de obtener resolución, como un correlativo ante el ejercicio de la libertad de petición, al contemplarse que «La Nación garantiza a los venezolanos: ... 10) La libertad de petición y el derecho de obtener reso-

²⁶ Constitución Federal para los Estados de Venezuela. 1811.

²⁷ Constitución de Cúcuta 1821.

²⁸ Constitución del Estado de Venezuela de 24 de septiembre de 1830.

²⁹ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 18 de Abril de 1857.

lución. Aquella podrá ser para ante cualquier funcionario, autoridad o corporación...».³⁰

Permanece incólume a través de las diversas Constituciones pero es hasta el texto fundamental de 1901 en su artículo 17 ordinal 10º. en donde se le inserta el calificativo de «pronta respuesta» a la obligación estatal de contestar los requerimientos presentados a su conocimiento por los particulares, al establecer que «La Nación garantiza a los venezolanos la efectividad de los siguientes derechos: ... 10) La libertad de petición, ésta podrá hacerse ante cualquier funcionario, autoridad o corporación, los cuales están obligados a dar pronta resolución...»³¹; no obstante, no es sino en la Constitución de 1925, en la cual surge una redacción de contenido similar a la que conocemos en la actualidad, al preceptuarse por primera vez el vocablo «oportuna respuesta» sustituyéndose la antigua designación «pronta resolución», al instaurar que: «La nación garantiza a los venezolanos:... 10) La libertad de petición ante cualquier funcionario público o corporación oficial, con derecho a obtener oportuna respuesta de la respectiva solicitud o representación».³²

Casuísticamente la Constitución de 1953, producto del régimen de facto, suprimió la consagración expresa del derecho de petición y su consecuencial derecho de obtener oportuna respuesta.

Hasta llegar a la redacción de la Constitución de 1961 que enuncia en su artículo 67 que: «Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna respuesta».³³

VIII. LA FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE PETICIÓN EN LA ACTUALIDAD VENEZOLANA

Nuestro ordenamiento jurídico positivo, antes de la entrada en vigencia de nuestra novedosa Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, erige dos normas que hacen alusión expresa al establecimiento del Derecho de Petición, una es el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, que exalta el tratamiento de las peticiones administrativas, al manifestar que: «Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos debe-

³⁰ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 22 de abril de 1864.

³¹ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 29 de marzo de 1901.

³² Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1º de julio de 1925.

³³ Constitución de la República de Venezuela de 1961.

rán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo».

Y la otra es el precepto 85 de la novísima Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de 1999, que eleva un derecho a peticionar para el caso específico de niños, niñas y adolescentes, al contemplar la siguiente redacción:

Todos los niños y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables.

Sin embargo, como veremos a continuación, nuestro ordenamiento legal tiene una serie de normas que regulan y condicionan los efectos relativos a la presentación, tramitación de las peticiones e inclusive los efectos y mecanismos procesales para atacar una eventual desatención de tales solicitudes.

IX. CONSECUENCIAS FORMALES DEL DERECHO DE PETICIÓN POR LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Esa regulación de rango legal en Venezuela del Derecho de Petición en la Ley de Procedimientos Administrativos del 1 de julio de 1981, trae variadas consecuencias formales al ejercicio de ese derecho, como es, en primer término, una distinción establecida en su artículo 48 de dos tipos de iniciación de los procedimientos constitutivos o de primer grado, cuya finalidad está dirigida a la confección de un acto administrativo definitivo.

Uno de esos procedimientos específicamente se genera por iniciación a instancia de parte interesada, a través de la presentación de una solicitud que puede contener simples peticiones o como se denominan en España peticiones graciabiles³⁴ «de información o consulta, o peticiones tendentes a lograr una decisión que creen o declaren un derecho. En este último caso, la Ley les exige una legitimación concreta para poder introducir peticiones, que corresponden a los “interesados”, es decir a quienes tengan interés personal, legítimo y directo en el asunto».³⁵ Sin embargo,

³⁴ Al respecto ver: RACHADELL, Manuel. *Las Garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración UCV. Volumen IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV Caracas Venezuela. 1983. Pg. 85.

³⁵ BREWER CARIAS, Allan. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo IV Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996. Pg. 100.

en data reciente, los Tribunales con competencia Contenciosa Administrativa, en atención a la nueva enunciación del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han ajustado dicha exigencia abriendo también la legitimación a quienes esgriman un interés difuso.

Ese interés difuso ha sido tratado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia del expediente N° 00-1728, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, al graduar, en principio, el carácter de los recurrentes que accedan al ente jurisdiccional contencioso administrativo, sin embargo también es esgrimible y aplicable por equiparación para quienes pretendan acceder a la fase constitutiva del acto administrativo en la sede administrativa.

De manera que el Máximo Tribunal en relación con el interés difuso ha puntualizado que:

Quando los derechos y garantías constitucionales que garantizan al conglomerado (ciudadanía) en forma general una aceptable calidad de la vida (condiciones básicas de existencia), se ven afectados, la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos se ve desmejorada, y surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad en que tal desmejora no suceda, y en que si ya ocurrió sea reparada. Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos), porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (*La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo*. Tirant. Monografías. Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual.

Con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales desti-

gados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas.

Debe, en estos casos, existir un vínculo común, así no sea jurídico, entre quien acciona para lograr la aplicación de una norma, y la sociedad o el segmento de ella, que al igual que el accionante (así sea un ente especial para ello), se ven afectados por la acción u omisión de alguien. Ese vínculo compartido, por máximas de experiencias comunes, se conoce cuando existe entre el demandante y el interés general de la sociedad o de un sector importante de ella, y por tanto estos derechos e intereses difusos o colectivos generan un interés social común, oponible al Estado, a grupos económicos y hasta a particulares individualizados.³⁶

En ese mismo orden de ideas, en otra decisión de la misma Sala del Tribunal Supremo de Justicia, bajo ponencia del mismo Magistrado Cabrera Romero, en el expediente 00-2397, se determinaron los requisitos o factores para hacer valer los intereses difusos, los cuales son aplicables también al procedimiento administrativo constitutivo originado a instancia de parte interesada mediante una Petición, al explicar que:

Para hacer valer derechos e intereses difusos o colectivos, es necesario que se conjuguen varios factores:

1. Que el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva.
2. Que la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida.
3. Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto (como lo sería el accionante).
4. Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda a toda la población del país o a un sector o grupo de ella.
5. Que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal). Daño o amenaza que conoce el Juez por máximas de experiencia, así como su posibilidad de acaecimiento.
6. Que exista una necesidad de satisfacer intereses sociales o colectivos, antepuestos a los individuales.

³⁶ *Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, expediente N° 00-1728, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.*

7. Que el obligado, deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.³⁷

Por otra parte, nuestra legislación de procedimientos administrativos, también establece diáfananamente en su artículo 49, cuáles son los elementos formales que debe contener una Petición, que van desde la identificación del organismo y del peticionante; una relación sucinta de los hechos y del derecho con precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivo de la pretensión en sede administrativa; la fijación del domicilio procedimental; hasta la firma del interesado.

Asimismo se edifica todo un sistema que regula la recepción de la petición, el cual está concebido para respetar y detentar un registro y orden de entrada de dichas solicitudes y documentos, «a los efectos de dar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones. Esto tiene una importancia procesal, por la obligación que la ley impone a los funcionarios de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones, al momento de decidir sobre las mismas y evitar así favoritismos».³⁸

Quizás uno de los aspectos más importantes en la regulación legal de la Ley de Procedimientos Administrativos, es lo atinente a la regulación taxativa del momento exacto en que debe dimanarse la oportuna respuesta de dichas peticiones presentadas a conocimiento de los entes públicos.

Si se tratase de peticiones que acarrearán procedimientos simples que no requieren sustanciación, de acuerdo al artículo 5, los órganos de la Administración u otros órganos del Poder Público que ejerciten una actividad administrativa, estarán obligados a resolver los requerimientos incoados a su conocimiento en un lapso de 20 días hábiles a partir de su recepción; mientras que, si se tratase de peticiones que generen procedimientos que requieran sustanciación, el artículo 60 establece un lapso para decidir de cuatro meses con una posibilidad de extender dicho lapso por dos meses más, siempre y cuando dicha prórroga sea acordada temporáneamente.

Por último, otro aspecto de cardinal importancia que extravierte dicha Ley de Procedimientos Administrativos, es la posibilidad que se engendre responsabilidad de los funcionarios públicos, por quebrantamiento, distorsión, demora del ámbito de regulación del Derecho de Petición y del Derecho de obtener Oportuna Respuesta.

³⁷ *Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, expediente N° 00-2397, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

³⁸ BREWER CARÍAS, Allan. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Obra Citada. Pg. 100-101.

X. LA MOTIVACIÓN DEL CONSTITUYENTE PARA PRODUCIR LA MODIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PETICIÓN Y SU GARANTÍA DE RESPUESTA DEBIDA

Paradójicamente frente al amplísimo espectro de desarrollo normativo del Derecho de Petición y de su correlativo la Garantía de Oportuna Respuesta, la cual tiene toda una trascendencia de amplia data en nuestro devenir constitucional y legal, como ya hemos explicado precedentemente, es significativo resaltar el argumento recogido en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, referido a las motivaciones que tuvieron los constituyentes al redactar la Constitución de 1999, para modificar el Derecho de Petición y Oportuna Respuesta.

El proyecto de texto del artículo para ese momento 53, sometido a discusión de la Asamblea Nacional Constituyente, preveía una redacción idéntica a la que estaba establecida en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, la cual era del siguiente tenor:

Artículo 53. Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público sobre los asuntos que sean de competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta.

En tal sentido la constituyente Antonia Muñoz, argumentó que:

Quería hacer un comentario en el artículo 53. Primero, solicitar sanción expresa para el no cumplimiento de este artículo, y explicó un poco por qué solicitó esto.

El artículo 53 es exactamente igual al artículo 67 de la Constitución del 61. Ese artículo ha estado en nuestra Constitución 38 años, si hay una falla de esta democracia es la actitud que toman los funcionarios públicos ante los ciudadanos y ese papel que llamó en un lenguaje coloquial «de perdonavidas», que ellos consideran que están allí porque se lo merecen todo y porque son jefes y tienen poder, pero en ningún momento aparecen ante la colectividad como servidores públicos, por lo tanto, en general, no contestan las peticiones que le hacen los ciudadanos, no los atienden apropiadamente, no respetan su tiempo porque lo hacen esperar infinidad de horas y después, «venga mañana, venga pasado, venga la próxima semana» y el ciudadano está allí inerte ante esos que deberían ser servidores públicos, pero que los llamó perdonavidas, y simplemente no encuentran los ciudadanos respuesta a sus planteamientos.

Por lo tanto en ese artículo —si por 38 años se ha hecho, se puede seguir haciendo, violarlo flagrantemente— debe señalarse alguna sanción. Qué le pasa a los funcionarios públicos que no atienden a los ciudadanos, que no entienden que su papel es de servidores públicos.³⁹

³⁹Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constituyente*. Diario de Debates Octubre Noviembre 1999. Imprenta del Congreso de la República. Caracas. 23/10/99. Pg. 12.

Posteriormente, el constituyente Alejandro Silva, acotó que:

...era para aclarar que ese artículo 67 de la Constitución fue suficientemente desarrollado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y allí se prevén sanciones, inclusive de destitución, lo único es que en este país no se cumplen las leyes. Esa ley está vigente desde el gobierno de Luis Herrera cuando se aprobó y prácticamente no se cumple, pero ahí hay sanciones que acarrearán la destitución de los funcionarios que no cumplan con los mandatos en los ocho días hábiles siguientes.⁴⁰

XI. LA BICEFALIA DE DERECHOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999. LA NOVEDAD DE LA «ADECUADA RESPUESTA»

La redacción del artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, aun cuando está bajo la orientación de la redacción del artículo 67 de la Constitución de 1961, nos trae la modificación del Derecho de Petición y oportuna respuesta tradicional, a ahora un Derecho de Petición y Oportuna y Adecuada respuesta al establecer que:

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la Ley, pudiendo ser destituidos y destituidas del cargo respectivo.

Esta modificación podría pasar desapercibida al descuidado lector del texto constitucional, sin embargo, su importancia es mucho más significativa de lo que pareciera a simple vista, pues verdaderamente acarreará cambios no sólo en la conducta del funcionario público, que esté obligado a responder, sino también generará una profunda modificación en el tratamiento de su quebrantamiento, ahora no sólo por una eventual abstención o incumplimiento de respuesta oportuna, sino también en relación al contenido y calidad de esa respuesta por la inserción del vocablo «adecuada».

Apriorísticamente, podríamos deducir que por la interpretación semántica del vocablo o voz «adecuada», que según el Diccionario de la Lengua Española, quiere decir «Apropiado o acomodado a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa»⁴¹, se exigiría un comportamiento más cuidadoso en cabeza del funcionario perteneciente al ente del Poder

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España. 1970. Pg. 24.

Público, al cual se le ha presentado la Petición, de verificar que su respuesta sea inherente, pertinente, o coherente con el objeto de lo peticionado por el particular.

Sin embargo, la cuestión planteada no se reduce sencillamente a esa precisión lingüística, pues en atención a la forma y manera de conducirse los entes públicos, cuya conducta debe darse en estricto apego a la norma expresa que atribuye competencia; por respuesta «adecuada», se podría entender, aquella que taxativamente se contemple o consagre de manera expresa en dicha norma de competencia.

Ahora bien, para poder adentrarnos en esa explicación, resulta imperativo, efectuar previamente algunas precisiones en torno a cuáles son los medios procesales de protección de ese Derecho de Petición y Oportuna Respuesta, así como, cuál ha sido el tratamiento que nuestra jurisprudencia tanto Constitucional y Contenciosa Administrativa, que de manera casi pretoriana, ha dado a su contenido y alcance.

XII. LOS VEHÍCULOS PROCESALES PARA ATACAR LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE PETICIÓN Y DE RESPUESTA DEBIDA

En nuestro derecho positivo vigente existen tres vehículos procesales para atacar la inobservancia o quebrantamiento del Derecho de Petición y su correlativo deber de respuesta debida.

En primer término se erige la vía de protección constitucional por el llamado «Amparo Constitucional contra las Omisiones» preyisto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que reza textualmente que:

La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualesquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley...⁴²

Nuestra jurisprudencia pacífica y reiteradamente, ha delineado los supuestos de procedencia de esta especial Acción de Amparo Constitucional contra las omisiones o conductas omisivas de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, que violen o amenacen violar un derecho o garantía de estricta previsión constitucional, cuya finalidad unívoca

⁴² Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Artículo 2. Gaceta Oficial N° 33.891 del 22 de enero de 1988.

será la restitución o restablecimiento de la situación jurídica infringida, verbigracia la garantía o derecho vulnerado.

De tal forma que, en esta acción el elemento indisponible es el cimiento de la petición en la previsión habida en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que exalta el derecho o garantía Constitucional de peticionar y de obtener oportuna y adecuada respuesta de los entes públicos, ante cualquier tipo de peticiones presentadas a su conocimiento por los particulares.

En tal sentido, habría varias vertientes de quebrantamientos que eventualmente podrían generar una acción de protección constitucional; en un primer plano, podría conculcarse el ejercicio fluido del Derecho de Petición, ya sea por entrabar u obstaculizar la presentación de una petición o solicitud ante la autoridad competente; y en un segundo plano, podría violarse el deber de responder oportuna y adecuadamente, siempre que sobre dicha autoridad pública penda una «obligación genérica» de contestación; en el sentido que para satisfacer la pretensión de la petición tal ente público podría producir cualquier declaración, «... o bien las razones por las cuales ella no otorga ninguna de las peticiones antes aludidas según el caso...»⁴³, ya que no se deduce de dicho Mandato Constitucional, ninguna forma específica de como debe responder la autoridad conminada a dar dicha contestación, en función de una petición sustentada en el artículo 51 aludido.

En ese orden de ideas, se circunscribe la Sentencia dimanada de la Corte Suprema de Justicia, 11 de julio de 1991, bajo Ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa, en el Caso José Emisael Durán Díaz Vs. Cuerpo Técnico de Policía Judicial y Ministerio de Justicia, en la cual se señalan firmemente los supuestos de la Acción de Amparo referida a la Mora de la Administración, manifestando que:

... a) La conducta lesiva que permite la interposición de la acción ha de ser absoluta y, en consecuencia, el pronunciamiento de la administración de cualquier tipo que éste sea, impediría su ejercicio. En efecto, de existir un acto administrativo expreso surgido en el procedimiento constitutivo o en el revisorio, se deberá proceder a la interposición de otros recursos, tales como la acción de amparo (no por omisión de la administración sino por el menoscabo de los derechos constitucionales) conjuntamente con el recurso de nulidad por ilegalidad o la interposición de este último recurso acompañado de una solicitud, si ello fuere procedente, de la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado

⁴³ *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa*, de fecha 17 de diciembre de 1985, bajo ponencia de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, Caso Fincas Algaba.

conforme lo permite el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

b) La omisión de la Administración que habilita el ejercicio de la mencionada acción de amparo por mora, es la genérica de pronunciarse y no la específica que ha venido exigiendo la jurisprudencia en el caso de la acción de abstención. Es decir, la solicitud de amparo va dirigida a que el Juez ordene el pronunciamiento de la administración sin que le corresponda a aquél precisar la forma concreta como debe actuar la Administración; simplemente la obliga a actuar a fin de evitar la violación de algún derecho constitucional...⁴⁴; por lo que resulta fácil deducir, la imposible procedencia de una acción de amparo por omisión de respuesta de la Administración a una petición del particular, distinta a la establecida en el artículo 67 ... [actual 51] ... de la Carta Fundamental, ya que éste sólo erige una obligación genérica de respuesta sin establecer la forma y manera concreta de como ha de producirse dicha actuación conminada; y por otra parte si dicha Administración emite cualquier pronunciamiento, ya sea parcial, total o erróneo; éste, imposibilitaría indefectiblemente el ejercicio de la enunciada Acción de Amparo Constitucional; sólo siendo viable la interposición de los Recursos Revisorios de Segundo Grado.

Asimismo, se pronuncia una más reciente Sentencia dimanada de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 1 de Febrero de 1993, en el caso Jean Marie Mirtho y otros Vs. Ministerio de Relaciones Interiores, la cual precisa lo siguiente:

La Sala ha ido definiendo los requisitos que deben existir para que sea admitida la acción de amparo constitucional contra las «conductas omisivas» en que incurre la Administración. Al efecto se ha precisado que la omisión o inactividad debe ocurrir ante la obligación genérica de pronunciarse y no ante las obligaciones específicas que le sean determinadas o impuestas por ley. Además, se exige que esa omisión sea absoluta, es decir, que la Administración no se hubiere pronunciado previamente sobre el mismo asunto (sentencia de esta Sala del 11-7-91 caso: José Emisael Durán Díaz; reiterada el 13-08-92, caso: Navío Jesús Salas Grado).

Puede observarse que se ha negado la admisión de acciones de amparo constitucional cuando la Administración se haya abstenido de —o negado a— realizar el acto, entendido en el sentido amplio de actuación, que una disposición legal le imponga de manera específica. Esto se explica porque aceptar lo contrario, sería contradecir dos principios fundamentales de la doctrina, los cuales esta Sala, laboriosamente a través de su jurisprudencia, ha ido atribuyendo a la acción de amparo constitucional cuando se ejerza en forma exclusiva; a saber: a) el de la necesaria viola-

⁴⁴ *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa*, de fecha 11 de julio de 1991, bajo ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa, Caso José Emisael Durán Díaz Vs. Cuerpo Técnico de Policía Judicial y Ministerio de Justicia.

ción directa e inmediata de la Constitución; y b) el del carácter extraordinario o especial de la acción de amparo.

En efecto, ha sostenido la Sala en repetidas oportunidades que para la procedencia del amparo constitucional el acto, hecho u omisión cuestionados deben infringir directamente o inmediatamente una disposición fundamental. Esto no significa, precisó igualmente la Corte, que «el derecho o garantía de que se trate no estén desarrollados o regulados en textos normativos de rango inferior, pero sin que sea necesario al juzgador acudir o fundamentarse en ellos para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía se ha consumado» (Sentencia N° 343 del 10-07-91, caso Tarjetas Banvenez).

En los casos de abstenciones u omisiones de la Administración puede observarse una distinción entre las normas constitucionales lesionadas cuando aquéllas ocurren ante obligaciones genéricas o específicas. En el primer supuesto, cuando un ente público no cumple con la obligación genérica de responder o tramitar un asunto o recurso interpuesto por un particular, se infringe el derecho de éste a obtener oportuna respuesta, consagrado en el artículo 67 ... [actual 51] ... de la Constitución; mientras que cuando la inactividad se produce ante una obligación específica que la ley le impone de una manera concreta e ineludible, no se viola esa disposición constitucional ni alguna otra directamente. Requisito el [sic] último que se ha venido exigiendo nuestra jurisprudencia para que pueda accionarse en vía constitucional, derivándolo de los términos del artículo 133 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando éste haya sido concebido en relación con el 177, el cual «por su propia y específica formulación, jamás puede ser violado en forma directa» (sentencia Corte Suprema de Justicia del 23-05-88 caso Fincas Algaba).

De esta manera, resulta concluyente para la Sala que la inactividad de la Administración ante una obligación legal específica infringe en forma directa e inmediata, precisamente, el texto legal que la contempla, y entonces la Constitución resultaría violada de manera indirecta o mediata. En efecto, para que un Juez de Amparo pueda detectar si la abstención de un ente agravante lesiona efectivamente un derecho o garantía consagrado en la Constitución, deberá, en primera instancia, acudir o fundamentarse en la supuesta ley incumplida para verificar si la abstención se produjo ante una obligación específica. Lo cual significaría negarle al amparo su carácter de acción constitucional y otorgarle otro, ...».⁴⁵

En segundo término, se erige el denominado Recurso de Carencia⁴⁶ o por Abstención, el cual realmente es una verdadera acción en sede jurisdic-

⁴⁵ *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa*, de fecha 4 de marzo de 1993, bajo ponencia del Magistrado Luis Henrique Farias Mata, Caso Jean Marie Myrtho vs. Ministerio de Relaciones Interiores.

⁴⁶ Al respecto ver: CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones y omisiones de los funcionarios públicos*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela. 1998.

cional, ya que el accionante quejoso, pone en movimiento por primera vez el aparato jurisdiccional del Estado, por el ejercicio de su derecho de accionar, que concretiza una específica pretensión dirigida a impugnar una inercia, omisión o negativa a actuar de una autoridad pública, siempre que compruebe que dicho ente público estaba inmerso en un supuesto legal que le imponía una obligación específica y concreta de obrar, y suponía como subsecuente consecuencia, la realización por ende de un acto o acción de orden administrativo, que en la práctica desconoció o no realizó.

De tal manera que, cuando existe una especial previsión en un supuesto de hecho de una norma de rango legal, la cual determina taxativa e imperativamente, una obligación legal, concreta y específica de como dicho Funcionario deba actuar, conformando lapidariamente una conducta reglada para éste, a través de un grado de vinculación máxima al texto de dicha norma, sin haber ningún margen de discrecionalidad, nos encontramos en presencia de una peculiar situación bicéfala entre Administración-Administrado, constituida por la Relación «Deber Legal Específico de Actuación Administrativa-Poder Jurídico del Particular Peticionante», que otorga a dicho Particular, la facultad de constreñir a la Administración para que cumpla con los actos a que esté obligada a efectuar, lo que posteriormente, se configuraría como un verdadero Derecho Subjetivo de orden administrativo habido en cabeza del mismo Particular Solicitante, originado por el incumplimiento de dicha obligación, al producirse la omisión en el actuar administrativo y que se materializaría por la falta de substantividad del acto incumplido, «... ya sea porque la Administración se abstenga a dictar el acto requerido o sea porque se niegue a hacerlo ...».⁴⁷

El fundamento legal de tal recurso o acción por abstención, reside en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976, en dos de sus artículos, como lo son: el 42 ordinal 23 y el 182 ordinal 1º; preceptos que edifican el esquema legislativo venezolano de distribución dual de competencias en materia del Recurso por Abstención, pues no incluye más que a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, en atención al «...criterio orgánico, es decir, que la determinación del Tribunal competente en un caso concreto dependerá de cual sea el órgano cuya conducta sea atacada por el recurrente...».⁴⁸

⁴⁷ BREWER CARIÁS Allan. *Nuevas tendencias del contencioso administrativo en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo UCAB N° 4. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1993. Pg. 106.

⁴⁸ *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Político Administrativa*, de fecha 2 de mayo de 1995, bajo ponencia del Magistrado Alfredo Ducharme en el *Caso Horacio Velázquez Ferrer Vs. Ministerio de Justicia*.

Así pues, el artículo 42 numeral 23^o otorga competencia a la Corte Suprema de Justicia para «Conocer de la Abstención o Negativa de los Funcionarios Nacionales, a cumplir determinados actos a que esté obligado por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas»,⁴⁹ conformando por mandato de la Ley, un monopolio jurisdiccional cuando la inactividad administrativa dimane de un órgano con jerarquía nacional; y por su parte, el artículo 182 numeral 1^o confiere dicha competencia a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, para «Conocer de la Abstención o Negativa de las Autoridades Estadales o Municipales, a cumplir determinados actos a que esté obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas».⁵⁰

Sin embargo dicha competencia dual, fue trastocada por una decisión de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 2 de mayo de 1995, bajo ponencia del Magistrado Alfredo Ducharme en el caso Horacio Velásquez Ferrer Vs. Ministerio de Justicia, quien al actuar como juez regulador de su propia competencia, apuntó hacia una distribución tripartita de competencias, equiparándolo por un fenómeno de mimetismo al esquema de competencias que rige al Contencioso Administrativo de Anulación; según las tesis del «paralelismo de competencias» y las «competencias implícitas»⁵¹; engendrando modificaciones sobre el monopolio jurisdiccional que venía ejerciendo la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, para controlar las inactividades de todos los órganos de índole nacional, en virtud de la expresión «Funcionarios Nacionales» contenida en el artículo 42 numeral 23.

De manera que, la calificación de la expresión «Funcionarios Nacionales» fue transformada, ya que originalmente se incluía a todo ente perteneciente a la élite territorial nacional independientemente de su jerarquía, lo que según criterio de la Corte resultaría

...ser contradictorio con la competencia que ... el legislador asignó a esta materia al distribuir entre otros Tribunales el control de la legalidad y dejar en la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal sólo el conocimiento de las decisiones dictadas por los órganos ubicados jerárquicamente en los niveles más altos del Poder Ejecutivo Nacional ... ya que su esfera de competencia queda circunscrita a los órganos de

⁴⁹ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Artículo 42 Ordinal 23^o. Gaceta Oficial N^o.1.893, de fecha 30 de julio de 1976.

⁵⁰ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Artículo 182 Ordinal 1^o.

⁵¹ *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa*, de fecha 14 de febrero de 1996, bajo ponencia del Magistrado Gonzalo Pérez Luciani, en el *Caso Amado Nell Espina*.

la Administración Central integrada por el Presidente de la República, los Ministros y las Oficinas Centrales de la Presidencia...⁵²;

por lo que según esta nueva vertiente jurisprudencial, se le asignaría una competencia de carácter residual a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por equiparación de la competencia de las acciones o recursos de nulidad por ilegalidad establecidas en el artículo 185 ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de la abstención o negativa de Funcionarios Nacionales que no estén ubicados jerárquicamente en los altos estratos del Poder Ejecutivo Nacional.

Por último, ya no como un real mecanismo procesal para atacar la conculcación del Derecho de Petición y su correlativo de respuesta debida, sino como un recurso procedimental en sede administrativa, emerge el llamado «Recurso de Queja», previsto en el artículo 3 en concordancia con el artículo 100 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que exalta que:

Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la administración pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por la faltas en que incurran.

Los interesados podrán reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, del retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto.

Este reclamo deberá interponerse en forma escrita y razonada y será resuelto entre los quince (15) días siguientes. La reclamación no acarreará la paralización del procedimiento ni obstaculizará la posibilidad de (sic) que sean subsanadas las fallas u omisiones. Si el superior jerárquico encontrare fundado el reclamo, impondrá al infractor o infractores la sanción prevista en el artículo 100 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.⁵³

XIII. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE INTERPRETACIÓN DE LA OPORTUNA RESPUESTA

Nuestros órganos jurisdiccionales a través de diversas decisiones han ido decantando y delineando el criterio que debe entenderse por Oportuna

⁵² *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa*, de fecha 2 de mayo de 1995, bajo ponencia del Magistrado Alfredo Ducharme en el *Caso Horacio Velázquez Ferrer Vs. Ministerio de Justicia*.

⁵³ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Artículo 3. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de fecha 1 de julio de 1981.

Respuesta, encaminado tal interpretación judicial hacia el criterio de la cronología en la cual debe darse o producirse la respuesta debida por el ente público.

Dicho criterio cronológico se basa en la interpretación semántica del vocablo o voz «Oportuno» como «que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene»,⁵⁴ o «lo hecho o dicho en la ocasión propicia. Conveniente. Favorecedor. Beneficioso. A tiempo»,⁵⁵ lo cual explica la necesidad impretermitible que tuvo el Juez constitucional de recurrir a la norma de rango legal para tener una determinación objetiva que le revelará el criterio de esa «oportunidad», la cual fue entendida como el lapso para que la autoridad conminada debía generar su respuesta.

Esa oportunidad de responder ante solicitudes presentadas por los particulares está taxativamente reseñada en la Ley de Procedimientos Administrativos, y dependerá del tipo de solicitud o petición que ha sido incoada, pues de tratarse de peticiones graciables que inicien procedimientos que no requieran sustanciación, el artículo 5 establece que deberán ser resueltas, evacuadas o respondidas en un lapso breve y sumario de veinte (20) días hábiles; y de tratarse de peticiones que promuevan procedimientos que requieran la formación de un expediente administrativo y su formal sustanciación, el artículo 60 indica que deberán ser resueltas y respondidas en un lapso de cuatro meses con la posibilidad de extensión en dos meses más, siempre que dicha prórroga sea acordada temporalmente; ambos lapsos enunciados se contarán a partir del momento en que fue recibida la solicitud de manos del particular peticionante.

Paradigmas de esos pronunciamientos lo constituyen diversas decisiones dimanadas de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, entre ellas la de fecha 4 de junio de 1992, Caso: José de Jesús Pesquera Verdú vs. Alcaldía del Municipio Baruta; y la de fecha 12 de abril de 1999, bajo ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, en el caso José Ramón Lazo Riccardi vs. Dirección General Sectorial del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en la cual se concretó que: «... ha sido criterio jurisprudencial reiterado que el derecho de petición consagrado en el artículo 67 ...[actual 51]... de la Constitución se concreta en el derecho de obtener oportuna respuesta, en el sentido de que la autoridad reque-

⁵⁴ Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España. 1970. Pg. 945.

⁵⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina.

rida ha de suministrar la respuesta dentro de los lapsos legales correspondientes». ⁵⁶ Acota la decisión aducida que:

... esta Corte observa que, según se ha sostenido en reiterada jurisprudencia, la obligación impuesta a la Administración en el citado artículo 67 ... [actual 51] ... del texto fundamental se satisface con el hecho mismo de la emisión de una respuesta a la solicitud formulada, independientemente de su contenido, y sin que ello exija que tal respuesta concuerde con lo pretendido por el requirente; en otras palabras, existe la obligación de contestar los planteamientos realizados, lo que no equivale a que esta respuesta sea afirmativa a la solicitud formulada. ⁵⁷

En ese mismo sentido se pronunció la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 28 de septiembre de 1995, bajo ponencia del Magistrado Humberto La Roche, expediente No. 11.773, en donde se patentizó que:

la violación del derecho a obtener oportuna respuesta es, justamente, el mandamiento dictado por el órgano judicial competente para que el funcionario o ente público decida, en un lapso perentorio, sobre la solicitud formulada por el particular, sin que pueda tal mandamiento extenderse al contenido de la respuesta formal conminada ni a la procedencia o no de la solicitud o el planteamiento que el particular hubiera formulado a la Administración. En otras palabras, el Juez sólo podría, para restablecer la infracción del derecho contemplado en el artículo 67 ... [actual 51] ... de la Ley Fundamental, ordenar al ente público agravante, a emitir, de manera expresa y formal, un pronunciamiento a las peticiones que se le hubieren propuesto, dejando a salvo la forma cómo éstas deberán ser resueltas. ⁵⁸

XIV. LINEAMIENTOS INNOVADORES EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA ADECUADA RESPUESTA

Luego de una exhaustiva y casi infructuosa búsqueda en los fallos dictados tanto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, como de la Sala Político Administrativa y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tratando de ubicar algún pronunciamiento en concreto que aludiera a la novedad constitucional de la «adecuada» respuesta, hasta el momento en que se redactó el presente trabajo, sólo logramos ubicar un fallo dimanado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 15 de noviembre de 2000, bajo ponencia del Magis-

⁵⁶ *Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* de fecha 12 de abril de 1999, bajo ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, Caso José Ramón Lazo Riccardi vs. Dirección General Sectorial del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*, de fecha 28 de septiembre de 1995, bajo ponencia del Magistrado Humberto La Roche, expediente N° 11.773.

trado Juan Carlos Apitz Barbera, en el Caso: Antonio José Várela vs. Rector de la Universidad Experimental Simón Bolívar, en el cual se alude a dicho vocablo, al exteriorizar que:

...adecuada, es decir, acorde con lo planteado por el solicitante, dentro de los parámetros de las peticiones formuladas, o sea, en el marco del asunto planteado o en armonía con él, sin que tal adecuación se vea impuesta como una obligación de respuesta en los términos de lo solicitado —se repite— sin que la misma deba ser favorable a los pedimentos...⁵⁹

Ahora bien, como ya hemos explanado previamente en este trabajo, existe una inquietud referida a que también pudiera interpretarse por «adecuación de respuesta», al apego de los funcionarios a lo ordenado por la norma de rango legal atributiva de competencia, de manera que, una respuesta será adecuada en la medida en que se ajuste a lo ordenado por la Ley, pues esa sería la actuación debida o esperada por el funcionario, en atención a las reglas que regulan la conducta de los entes del Poder Público.

Planteadas así las cosas, el Juez Constitucional que conozca de una denuncia de quebrantamiento en la adecuación de la respuesta ante una solicitud presentada a un órgano del Poder Público, a los efectos de tener un juicio objetivo e imparcial, debería acudir a la norma de rango legal, tal y como ya tuvo que hacerlo, para la determinación de la «oportunidad» de dicha respuesta, esta vez, para establecer si la respuesta dimanada por el funcionario se «adecuó» a lo que la norma de competencia le imponía como una conducta debida.

Esta formulación pudiese ser atentatoria del criterio clásico de distinción entre obligación genérica de respuesta típica de la acción de amparo constitucional y la obligación concreta de respuesta característica del recurso contenciosos administrativos de abstención o carencia, ya que por la vía de protección constitucional, pudiese sustituirse su esfera de control propia.

Todo ello en atención a que la novedosa inserción de la redacción constitucional del vocablo «adecuada», podrían plantearse solicitudes o peticiones fundadas en una norma de rango legal, la cual establezca u ordene una actuación, conducta o consecuencia específica ante ese requerimiento presentado a conocimiento del funcionario competente, lo cual, siempre ha sido objeto de control por los órganos jurisdiccionales contencioso administrativo, a través del específico recurso por abstención o carencia, previamente desarrollado en este trabajo, sin embargo, a la luz de la nueva estructura del correlativo constitucional el Juez Constitucional podría estar tentado a revisar en aras de protección de la adecuación.

⁵⁹ *Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, de fecha 15 de noviembre de 2000, bajo ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera, Caso: Antonio José Várela vs. Rector de la Universidad Experimental Simón Bolívar.

Lo que sí resulta inevitable es que el Juez Constitucional, efectúe una revisión de los requisitos jurisprudenciales de procedencia para la acción de amparo por quebrantamiento de la respuesta adeudada como correlativo a una petición presentada, por cuanto a la luz de la redacción del texto constitucional de 1961, sólo se preveía el criterio de oportunidad, por ende las precisiones que: 1) haya habido una inacción absoluta del ente en responder, 2) que se hubiese violado directamente una garantía o derecho constitucional, 3) que se trate de una obligación genérica de responder; sólo serían aplicables en la actualidad a las denuncias del quebrantamiento de la oportunidad de la respuesta, mientras que para el caso de la adecuación, habría que desecharse el requerimiento de inacción absoluta, en virtud que existe de hecho una respuesta, la cuestión entonces sería determinar su ajuste o adecuación a la pertinencia de lo solicitado.

XV. LA SANCIÓN FUNCIONARIAL CONSTITUCIONAL DE DESTITUCIÓN POR EL QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER DE RESPUESTA

Por último, queremos resaltar la última parte de la redacción del artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que trae la innovación de una remisión a la Ley respectiva del Estatuto Funcionarial que en su oportunidad dicte la Asamblea Nacional, de una sanción funcionarial de destitución del funcionario público que no cumpla con su deber de responder oportuna y adecuadamente a las solicitudes y peticiones presentadas a su competente conocimiento.

De manera que por mandato del texto constitucional se ordena crear una nueva causal de destitución funcionarial, hasta este momento inédita en nuestro ordenamiento jurídico, la cual estará delineada por dicha Ley Especial, la cual sin lugar a dudas, debe prever todo un procedimiento constitutivo de primer grado, en el que se garantice ampliamente el derecho de la defensa del funcionario al cual pretenda aplicársele dicha medida de destitución, la cual sólo sería procedente previa demostración tangible de la inoportunidad o de la inadecuación de la respuesta, para lo cual tendremos que esperar para ver, si dicha Ley tipificará cual es el alcance y contenido de esa inadecuación o, será en su defecto, labor del Juez su definición y extensión.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

ANDUEZA, José Guillermo. «El derecho de petición y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos», *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. Volumen IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas 1983.

- Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constituyente*. Diario de Debates. Octubre Noviembre 1999. Imprenta del Congreso de la República. Caracas.
- BADENI, Gregorio. *Nuevos derechos y garantías constitucionales*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina.
- Base de Datos Políticos de las Américas*. (1998). Derecho de Petición. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. Georgetown University y Organización de los Estados Americanos. <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/peticion.html>
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario. *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Chile. Tercera Edición. 1958.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. Editorial Roque De Palma Editor. Segunda Edición. Buenos Aires. 1954.
- BLUNTSCHLI, Gaspar. *Derecho Público Universal*. Centro Editorial de Góngora San Bernardo. Nueva Biblioteca Universal. Tomo segundo.
- BREWER CARÍAS, Allan. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo IV. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996.
- . *La Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1999.
- . *Nuevas tendencias del contencioso administrativo en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo UCAB N°.4. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1993.
- CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones y omisiones de los funcionarios públicos*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela. 1998.
- DE PAULA PÉREZ, Francisco. *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Lerner. Quinta Edición. Bogotá. Colombia.
- GIL FORTOUL, José. *Filosofía Constitucional*. Editorial Cecilio Acosta. Caracas. 1940.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan. *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Guillermo Kraft LTDA. Buenos Aires. 1943.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Editorial Reus. Madrid. 1927.
- MONTES DE OCA, M.A. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Notas tomadas por Alcides Calandrelli. Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires. Argentina. 1927.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Tercera Edición. 1990.
- OLANO, Carlos Alberto. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá Colombia. 1987.
- RACHADELL, Manuel. *Las Garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración UCV. Volumen IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas Venezuela. 1983.
- RAMELLA, Pablo. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Argentina.
- RAMOS GARBIRAS, Alberto. *Derechos Humanos y Democracia*. Editorial FAID. Segunda Edición. Segunda Edición. 2000.
- Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España. 1970.
- RUGGERI PARRA, Pablo. *Derecho Constitucional Venezolano*. Editorial Cecilio Acosta. Caracas. 1944.

- SACHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Segunda Edición. 1966.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile. 1963.
- URIBE GIRALDO, Luz Elena. *El Estado, las libertades individuales y el Preámbulo de la Constitución*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. 1984.
- VIDAL VERGARA, Carlos. *Los derechos individuales en las constituciones modernas*, Editorial Nascimento. Santiago de Chile. Chile. 1936.
- WOLF, Ernesto. *Tratado De Derecho Constitucional Venezolano*. Tipografía Americana. Caracas Venezuela. Tomo II. 1945.

Sentencias consultadas

- Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*, en fecha 13 de julio de 1995, bajo ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, Caso Alexis Francisco Cerpa vs. Presidente de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, expediente N° 00-1728, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, expediente N° 00-2397, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa*, de fecha 17 de diciembre de 1985, bajo ponencia de la Magistrado Hildegard Rondón de Sanso, Caso Fincas Algaba.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa*, de fecha 11 de julio de 1991, bajo ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa, Caso José Emisael Duran Díaz Vs. Cuerpo Técnico de Policía Judicial y Ministerio de Justicia.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa*, de fecha 4 de marzo de 1993, bajo ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, Caso Jean Marie Myrtho vs. Ministerio de Relaciones Interiores.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa*, de fecha 2 de mayo de 1995, bajo ponencia del Magistrado Alfredo Ducharme en el *Caso Horacio Velázquez Ferrer Vs. Ministerio de Justicia*.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa*, de fecha 14 de febrero de 1996, bajo Ponencia del Magistrado Gonzalo Pérez Luciani, en el *Caso Amado Nell Espina*.
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* de fecha 12 de abril de 1999, bajo ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, Caso José Ramón Lazo Riccardi vs. Dirección General Sectorial del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*, de fecha 28 de septiembre de 1995, bajo ponencia del Magistrado Humberto La Roche, expediente N° 11.773.
- Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, de fecha 15 de noviembre de 2000, bajo ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera, Caso: Antonio José Várela vs. Rector de la Universidad Experimental Simón Bolívar.

La legislación aplicable en los procedimientos administrativos para la imposición de medidas de alivio comercial (salvaguardias, medidas antidumping y medidas compensatorias)

JORGE CASTRO BERNIERI*

EN LOS PROCEDIMIENTOS administrativos para la aplicación de las llamadas medidas de «remedio» o «alivio» comercial (salvaguardias, medidas antidumping y medidas compensatorias), corresponde tener en cuenta y aplicar simultáneamente normas de distinta fuente. En propiedad, lo que pudiéramos llamar la «legislación aplicable» en estas materias está constituida por reglas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por leyes nacionales y por normas reglamentarias nacionales. De igual manera, hace falta tener en cuenta compromisos internacionales asumidos por la República de Venezuela en el marco de tratados multilaterales y regionales de libre comercio.

En el presente artículo, trataremos de explicar las reglas que permiten determinar cuál es la legislación aplicable en diversos supuestos de procedimientos para la aplicación de medidas de alivio comercial en los países de la Comunidad Andina. Haremos referencia, tanto a los procedimientos que se intenten ante las autoridades nacionales y bajo la legislación nacional, como a aquéllos que se intenten ante las autoridades comunitarias y bajo las reglas de la normativa andina. Para cada uno de los supuestos, citaremos ejemplos de casos prácticos.

I. INTRODUCCIÓN: ¿DE QUÉ HABLAMOS?

Las reglas del sistema multilateral de comercio imponen a los países participantes el compromiso de garantizar un nivel de acceso a sus merca-

* Universidad Central de Venezuela, Profesor de Derecho Administrativo y Comercio Internacional.

dos. Al respecto, entre otros mecanismos, destaca la obligación de «consolidar» ciertos aranceles. Esto es, los países intercambian entre sí listas de productos a los cuales se imponen ciertos límites máximos o «techos», respecto del arancel que se aplicará. Las normas multilaterales en principio prohíben la imposición de restricciones cuantitativas (cuotas) a las importaciones.

No obstante lo anterior, las mismas reglas multilaterales permiten que en ciertas circunstancias excepcionales un país pueda restringir el ingreso de productos a su mercado, incluso apartándose del nivel «consolidado» de su arancel. Las salvaguardias comerciales, las medidas antidumping y las medidas compensatorias son algunas de las excepciones más importantes. Estas restricciones son a veces llamadas genéricamente medidas de «alivio comercial».

A través de las llamadas cláusulas de salvaguardia, un país puede restringir las importaciones de un determinado producto, si se demuestra que tales importaciones han aumentado abruptamente y se están produciendo en cantidades o condiciones tales que causan un grave daño a la industria local del país importador. No resulta relevante para la aplicación de una salvaguardia si los productos importados están ingresando al país importador en condiciones normales, o bajo la supuesta comisión de prácticas desleales de comercio.

Las medidas antidumping y compensatorias constituyen en cambio una respuesta aceptada por el sistema multilateral de comercio, frente a importaciones que ingresen respectivamente con prácticas de dumping o habiendo recibido subsidios.

Para la imposición de medidas de alivio comercial, las normas multilaterales exigen que se haya realizado una investigación previa, en la cual se cumplan ciertas formalidades. Entre estas formalidades destacan la existencia previa de una legislación local que regule la concesión de estas medidas, el cumplimiento con ciertas notificaciones durante el procedimiento y la posibilidad para que empresas y países interesados puedan participar en la investigación y presentar sus alegatos y evidencias. Las reglas multilaterales también exigen que la investigación que se realice compruebe que la industria local en el país (o grupo de países) en donde se vaya a imponer la restricción comercial, haya sufrido un perjuicio (o está amenazada de sufrirlo) como consecuencia de las importaciones. En el caso específico de las medidas antidumping y compensatorias, hace falta además demostrar que las importaciones están ingresando en condiciones de dumping o con subsidios.

Las normas que regulan la concesión de salvaguardias en Venezuela y en la Comunidad Andina son recientes. En abril de 1999, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 452 que permite la adopción comunitaria de medidas de salvaguardia sobre importaciones de países de fuera de la subregión.¹ Apenas cuatro meses después, en agosto de 1999, se aprobó la normativa nacional sobre medidas de salvaguardia, contenida en el Decreto Ley 250.²

Las normas sobre medidas antidumping y compensatorias son anteriores. En marzo de 1991, la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó la Decisión 283, por medio de la cual se dictaron las «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios».³ Unos meses más tarde, en mayo de 1992, el Congreso de la República de Venezuela aprobó en similar sentido la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional (conocida generalmente como «Ley Antidumping»)⁴.

La aprobación de normas antidumping y sobre subsidios en la Comunidad Andina y en Venezuela, fue una directa consecuencia de la mayor participación que los países de la subregión empezaron a tener en el sistema multilateral de comercio.⁵

La participación de los países andinos en el sistema del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), implicó que estos paí-

¹ Decisión 452 de la Comisión de la Comunidad Andina, «Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 426, del 14 de abril de 1999.

² Decreto N° 250, con rango y fuerza de ley sobre medidas de salvaguardia, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 5.372 extraordinario, del 11 de agosto de 1999.

³ Decisión 283 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80, del 4 de abril de 1991. Véase también la reimpresión de esta decisión andina en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.284 extraordinario, del 28 de junio de 1991. La Decisión 283 sustituyó a la anterior Decisión 230 de la Comisión, de diciembre de 1987, la cual había a su vez reemplazado a la Decisión 45, de diciembre de 1971. Sin embargo, las Decisiones 45 y 230 eran normas generales sobre competencia y no contenían reglas detalladas en materia de medidas antidumping y compensatorias.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.441 extraordinario, del 18 de junio de 1992.

⁵ Hasta la década de los ochenta, el único país andino que participaba en el sistema multilateral de comercio, al ser parte contratante del GATT, era Perú, que ingresó a este acuerdo en 1951. Esa situación cambió desde 1981 con el ingreso de Colombia y luego en 1990 con la adhesión de Bolivia y Venezuela.

ses abandonar progresivamente sus instrumentos tradicionales de regulación comercial y los sustituyeran por mecanismos tales como las medidas antidumping y compensatorias y las salvaguardias, que son compatibles con las normas multilaterales.

II. LA LEGISLACIÓN APLICABLE

La determinación de la legislación aplicable en procedimientos administrativos para la imposición de medidas de alivio comercial depende de dos factores: (a) el origen del producto objeto de la investigación y de la eventual aplicación de las restricciones comerciales; y, (b) la naturaleza de la producción afectada por las importaciones y, particularmente, si se trata de la producción nacional del país o si es una producción comunitaria andina.

Al mismo tiempo hace falta diferenciar entre dos aspectos relacionados, pero distintos. Una cosa es la legislación directamente aplicable a un procedimiento determinado y otra cosa son los compromisos internacionales que la República de Venezuela y los demás países andinos pudieran haber asumido en el marco de acuerdos comerciales multilaterales, regionales o bilaterales.

En principio, y como desarrollaremos más adelante, la regla es que si se trata de una investigación sobre importaciones originarias de países de la Comunidad Andina, la normativa aplicable es siempre la comunitaria.

En cambio, cuando se trata de importaciones originarias de países no miembros de la Comunidad Andina, la escogencia de la normativa aplicable depende de si el perjuicio ha estado limitado al país importador, o si por el contrario estas importaciones han causado efectos sobre productores comunitarios. En la práctica lo que ocurre es que el solicitante (normalmente la empresa afectada por las importaciones) escoge ante cuál de los sistemas acudir: el nacional o el comunitario. La escogencia depende del mercado en el cual el solicitante aspira a obtener protección. Obviamente, la concesión de la protección comercial depende del cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa correspondiente. En algunos casos, el solicitante pudiera incluso acudir ante ambas instancias; ante las autoridades nacionales, para pedir protección en el mercado de su propio país, y ante las instancias comunitarias para solicitar protección en el mercado de otros países andinos.

El estado actual de evolución de la normativa comunitaria andina presenta al menos dos problemas. Hacia adentro de la Comunidad Andina, la normativa aplicable a la imposición de medidas de alivio comercial al comercio intracomunitario no se adapta al estado actual de integración

andina, ni al objetivo expresado por los jefes de Estado de la subregión de alcanzar un mercado común a más tardar en el año 2005.⁶ Las cláusulas de salvaguardia comercial al comercio intracomunitario, por ejemplo, no han sido revisadas en casi catorce años,⁷ lo cual significa que datan de una época muy anterior al funcionamiento de una zona andina de libre comercio.

Hacia afuera, la normativa aplicable a la imposición de medidas de alivio comercial a importaciones extracomunitarias también presenta sus problemas. El fundamental es, a mi juicio, la falta de congruencia entre las normas comunitarias y algunos compromisos asumidos por los países andinos en el marco del sistema multilateral, contenido en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁸ Efectivamente, los acuerdos de la OMC permiten que los países que participen en acuerdos regionales de integración puedan imponer medidas de alivio comercial a nivel nacional o regional. Sin embargo, existe una limitación importante y es que las medidas sólo pueden ser aplicadas en la misma región en la cual se haya determinado la existencia de un perjuicio sobre los productores locales. Esta regla choca con el lenguaje de la normativa andina vigente que permite que se impongan medidas de alivio comercial en un país (por ejemplo, Ecuador) para proteger a productores comunitarios ubicados en otro país (por ejemplo, Venezuela). Se trata de una contradicción en el lenguaje, más que en la práctica, y el asunto pudiera ser corregido si apenas la normativa exigiera que las investigaciones tomaran en cuenta a los productores de toda la Comunidad y las medidas se aplicaran sobre las importaciones de toda la subregión.

De cualquier manera, debe precisarse que esa falta de congruencia entre las normas comunitarias y algunos compromisos asumidos por los países andinos en el marco del sistema multilateral contenido en los acuerdos de la OMC, no implica la falta de vigencia, ni la inaplicabilidad de la normativa comunitaria. Para empezar, por cuanto las normas del ordenamiento jurídico andino gozan de una aplicabilidad inmediata y de unos efectos directos de los cuales no disfrutaban las reglas de la OMC. Las re-

⁶ Véanse al respecto las directrices emanadas de la XI y XII reunión del Consejo Presidencial Andino, efectuadas respectivamente en Cartagena de Indias (en mayo de 1999) y en Lima (en junio de 2000).

⁷ La última reforma que se hizo a estas cláusulas fue la contenida en el llamado «Protocolo de Quito» modificadorio del Acuerdo de Cartagena, aprobado en 1987.

⁸ Publicados en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.829 extraordinario, del 28 de diciembre de 1994. Entre los textos incluidos en estos acuerdos se cuentan el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (acuerdo antidumping) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (acuerdo sobre subsidios).

glas de la OMC constituyen tan solo compromisos internacionales que los países asumen en el marco de estos acuerdos internacionales y que deberían ser implementados a través de las legislaciones nacionales o de la normativa comunitaria. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales pudiera existir un conflicto entre la normativa andina y los compromisos asumidos por los países andinos en el marco de la OMC, prevalecerá lo indicado en la normativa andina y los funcionarios comunitarios y nacionales deberán aplicar las normas regionales (sin perjuicio de que esta circunstancia pudiera generar una responsabilidad internacional de los países andinos en el marco de la OMC). Así lo ha expresado el Tribunal Andino de Justicia,

...La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha dejado claramente expresada la naturaleza del principio de supremacía del derecho comunitario. Así lo ha sentado a partir de la sentencia de nulidad del 10 de junio de 1987, producida con motivo del proceso 02-N-86... y más tarde lo ha reiterado en múltiples sentencias.⁹

Hasta ahora, sin embargo, este problema no ha tenido mayor relevancia práctica, ya que las únicas medidas de alivio comercial que los países de la Comunidad Andina han impuesto de manera comunitaria sobre importaciones de terceros países, han afectado a naciones que no pertenecen a la OMC: Rusia y Ucrania.

Finalmente, se supone que la normativa andina sobre medidas sobre importaciones extracomunitarias también debería ser actualizada para tener en cuenta el progreso de la integración andina hacia el establecimiento de un mercado común. En tal sentido, los mecanismos nacionales de protección comercial deberían ceder paulatinamente el paso a instrumentos comunitarios.

A. La legislación aplicable a las medidas sobre el comercio intracomunitario

El primer caso que podemos considerar es aquel en el cual se pretenda aplicar medidas de alivio comercial en el comercio intracomunitario, bajo

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de fecha 21 de julio de 1999, en el proceso 07-AI-98, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, del 4 de octubre de 1999.

la figura de salvaguardias, de medidas antidumping o de medidas compensatorias. Se trata obviamente de una situación anómala y transitoria, toda vez que como se ha indicado los países andinos participan en un proceso de integración profunda que los debe llevar, a más tardar para el año 2005, al establecimiento de un mercado común. En esta misma medida, se justifica cada vez menos la imposición de barreras comerciales al intercambio intracomunitario.

Sin embargo, y hasta tanto esa posibilidad sea eliminada por acuerdo de los países andinos, resulta factible desde el punto de vista legal aplicar medidas de alivio comercial al comercio intracomunitario, cuando la producción nacional de un país andino se vea afectada por importaciones originarias de otro país andino.

I. Salvaguardias en el comercio intracomunitario

En este caso, si se tratara de imponer salvaguardias comerciales, la normativa aplicable sería la contenida en los artículos 107 al 110 del Acuerdo de Cartagena (en general) o en los artículos 102 y 103 del Acuerdo de Cartagena (sólo para algunos productos agrícolas). La autorización de las medidas corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina, es decir que las restricciones comerciales no pueden ser aplicadas unilateralmente por el gobierno de un país andino.

Debe señalarse, sin embargo, que algunas cláusulas de salvaguardia del Acuerdo de Cartagena permiten que el gobierno de un país andino adopte de manera provisional restricciones comerciales bajo la figura de salvaguardias, y las someta a autorización posterior de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En este último caso, de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida contenida en el artículo 155 del Acuerdo de Cartagena, se derivan dos consecuencias para el gobierno que pretenda imponer una restricción comercial a un producto originario de cualquiera de los países de la Comunidad Andina. En primer lugar, este gobierno deberá asegurarse de que como resultado de la medida no se establezca una mayor limitación en el acceso a su mercado para los productos andinos, respecto del acceso que disfrutaban los productos similares de cualquier otro país no miembro de la Comunidad Andina. En segundo lugar, para la imposición de la restricción comercial el gobierno deberá asegurarse de que los productos andinos reciban las mismas garantías procedimentales y el mismo tratamiento favorable que recibirían los productos de cualquier otro país no miembro de la Comunidad Andina. Es decir, que la imposición de una medida de salvaguardia provisional de este tipo (sujeta a la autorización de la Secretaría General de la Comunidad Andina), deberá estar precedida de los procedimientos y

las determinaciones previstos en las normas de los acuerdos de los cuales es parte la República.

El Acuerdo de Cartagena permite la aplicación de medidas de salvaguardia al comercio intracomunitario en los siguientes casos taxativamente enumerados:

- a. «*Desequilibrios en la balanza de pagos global de un país miembro*». Supuesto previsto en el artículo 107 del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de extender al comercio intracomunitario, las medidas que se hubieran adoptado para corregir desequilibrios en la balanza de pagos global de un país miembro. Bajo este supuesto, no se podrían aplicar medidas contra productos específicos.
- b. «*Perjuicios graves a la economía de un país miembro, o a un sector significativo de su actividad económica*». Supuesto previsto en el artículo 108 del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de imponer restricciones comerciales para corregir perjuicios graves que se hubieran causado o amenazado causar a la economía de un país miembro, o a un sector significativo de su actividad económica, como consecuencia del cumplimiento del programa de liberación. El supuesto no se refiere a la posibilidad de adoptar medidas contra productos específicos, sino sobre toda la economía de un país miembro, o sobre un sector significativo de su actividad económica. El gobierno solicitante deberá demostrar que los perjuicios graves han sido causados o amenazados por el cumplimiento del programa de liberación del Acuerdo de Cartagena. Este programa de liberación culminó desde principios de la década de los noventa para todos los productos y para el comercio entre todos los países andinos (salvo en el caso de algunos productos comerciados con Perú, cuyo programa de liberación concluirá a más tardar en el año 2005¹⁰). Bajo este supuesto, y hasta tanto exista un pronunciamiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, las medidas que se apliquen no podrían significar una disminución de las importaciones del producto de que se trate, con respecto al promedio de los doce meses anteriores.
- c. «*Perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro*». Supuesto previsto en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de imponer restricciones comerciales para corregir perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro, causadas por las canti-

¹⁰ Decisión 414 de la Comisión de la Comunidad Andina, «Perfeccionamiento de la Integración Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 283, del 31 de julio de 1997.

dades o condiciones en que ocurran importaciones de productos originarios de otro país miembro. Bajo este supuesto, sólo se podrían aplicar medidas si existen importaciones de productos originarios de la comunidad que, por sus cantidades o condiciones de ingreso, causen «perturbaciones» en la producción nacional de productos específicos de un país miembro. El país solicitante deberá demostrar que la perturbación le ha sido causada por importaciones de productos originarios de la Comunidad Andina, y no por las importaciones de terceros, lo cual requeriría de un análisis separado —no acumulativo— del efecto de las importaciones (comunitarias por un lado, y extracomunitarias por el otro) sobre la producción nacional del país solicitante. Bajo este supuesto, las medidas que se apliquen deberían garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los últimos tres años.

- d. «*Alteraciones en las condiciones normales de competencia causadas por la devaluación monetaria efectuada por un país miembro*». Supuesto previsto en el artículo 110, que permite imponer medidas para corregir alteraciones en las condiciones normales de competencia causadas por la devaluación monetaria efectuada por un país miembro de la Comunidad Andina. Bajo este supuesto, las medidas que se apliquen no podrían significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación.

Las salvaguardias a las importaciones de madera contrachapada, madera chapada, y madera estratificada provenientes de Bolivia, Ecuador y Venezuela, aplicadas por el gobierno de Colombia

En junio de 1996, el gobierno de Colombia invocó el artículo 79A del Acuerdo de Cartagena (actual artículo 109), para imponer una medida de salvaguardia provisional, consistente en una sobretasa arancelaria del 15 por ciento, a las importaciones de madera contrachapada, madera chapada, y madera estratificada provenientes de Bolivia, Ecuador y Venezuela.

En octubre de 1996, la Junta del Acuerdo de Cartagena suspendió la medida de salvaguardia provisional en lo que se refería a las importaciones procedentes de Bolivia y Venezuela.¹¹ Al respecto, la Junta tomó en cuenta que durante el período 1994-95 no se habían registrado exportaciones de los productos investigados desde Bolivia hacia Colombia y que las exportaciones desde Venezuela habían sido insignificantes, al repre-

¹¹ Resolución 434 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 232, del 23 de octubre de 1996.

sentar tan sólo un 0,4 por ciento del total de importaciones colombianas de tales productos.

Al mes siguiente, la Junta autorizó al gobierno de Colombia para imponer una restricción comercial a las importaciones de madera contrachapada, madera chapada, y madera estratificada originarias de Ecuador, consistente en una sobretasa arancelaria del 15 por ciento.¹² La vigencia de la sobretasa fue de un año, contado a partir de la fecha en que se había impuesto la medida provisional, es decir hasta junio de 1997. La Junta también dispuso que la sobretasa sólo podría ser percibida sobre las importaciones ecuatorianas que excedieran del promedio anual de los tres años inmediatamente anteriores.

En agosto de 1997, un grupo de empresas ecuatorianas solicitó ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que se declarara la nulidad de la resolución de la Junta del Acuerdo de Cartagena. El Tribunal se pronunció en una sentencia de agosto de 1998,¹³ declarando la nulidad de la resolución impugnada, al considerar que la Junta no había demostrado la existencia de una relación de causalidad entre las importaciones de madera provenientes de Ecuador y las perturbaciones producidas en el mercado colombiano de ese producto. El Tribunal señaló por lo tanto que la resolución impugnada estaba incurso en el vicio de errónea motivación por falso supuesto de hecho.

2. Medidas antidumping o compensatorias en el comercio intracomunitario

Si el caso tuviera que ver con la imposición de medidas antidumping en el comercio intracomunitario, la normativa aplicable sería la contenida en la Decisión 456 de la Comisión.¹⁴ Finalmente, si fuera un caso relativo a la imposición de medidas contra subsidios, la normativa aplicable sería la contenida en la Decisión 457 de la Comisión sobre medidas compensatorias en el comercio intracomunitario.¹⁵

¹² Resolución 435 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 233, del 19 de noviembre de 1996.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de fecha 17 de agosto de 1998, en el proceso 04-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 373, del 21 de septiembre de 1998.

¹⁴ Decisión 456 de la Comisión de la Comunidad Andina, «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 436, del 7 de mayo de 1999.

¹⁵ Decisión 457 de la Comisión de la Comunidad Andina, «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 436, del 7 de mayo de 1999.

Las Decisiones 456 y 457 han derogado parcialmente a la Decisión 283, que en la actualidad sólo regula el caso de las importaciones de terceros países (no miembros de la Comunidad Andina). En lo que se refiere a la imposición de medidas antidumping o compensatorias en el comercio intracomunitario, la Decisión 283 ha sido sustituida por las normas de las Decisiones 456 y 457.

Las Decisiones 456 y 457 permiten aplicar medidas correctivas en dos casos:

- a. Cuando la práctica de dumping o el subsidio de que se trate se origine en un país andino y cause o amenace causar un perjuicio importante a la producción nacional de un país andino importador.
- b. Cuando la práctica de dumping o el subsidio de que se trate se origine en un país andino y cause o amenace causar un perjuicio importante a la producción nacional de otro país andino, destinada a su exportación a un tercer país andino. En este caso, el efecto del dumping o del subsidio sería el de permitir al productor de un país andino competir «deslealmente» con las exportaciones intracomunitarias del productor de otro país andino.

La autorización de las medidas antidumping o compensatorias bajo las Decisiones 456 y 457, incluyendo las eventuales medidas provisionales, corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina. Es decir, que las medidas antidumping o compensatorias en el comercio intracomunitario no pueden ser adoptadas de manera unilateral por el gobierno de un país andino, ni siquiera de forma provisional.

LAS MEDIDAS ANTIDUMPING A LAS IMPORTACIONES ECUATORIANAS DE TAPAS CORONA PROVENIENTES DE COLOMBIA

En noviembre de 1996, una empresa ecuatoriana solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de tapas corona de Colombia. En diciembre de 1996, la Junta inició la investigación.¹⁶

En febrero de 1997, la Junta autorizó la aplicación de medidas antidumping provisionales a las importaciones de una sola de las empresas denunciadas y denegó la solicitud para otras dos empresas, al considerar que no existían evidencias de que estas últimas hubieran incurrido en prácticas de dumping.¹⁷ La empresa colombiana a la que le fueron

¹⁶ Resolución 443 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 239, del 13 de diciembre de 1996.

¹⁷ Resolución 456 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 250, del 20 de febrero de 1997.

impuestas las medidas provisionales solicitó a la Junta la reconsideración de su resolución; la Junta confirmó su pronunciamiento en abril de 1997.¹⁸

Al final de la investigación, en mayo de 1997, la Junta impuso derechos antidumping definitivos a las importaciones de tapas corona de dos de las tres empresas colombianas denunciadas.¹⁹ La Junta no encontró evidencias de que la tercera empresa hubiera exportado tapas corona hacia Ecuador.

En mayo de 2000, la Secretaría General de la Comunidad Andina inició un examen sumario de las medidas antidumping impuestas, con el fin de revisar si se justificaba su mantenimiento.²⁰

En agosto de 2000, la Secretaría General decidió mantener los derechos antidumping para una sola de las empresas, y no aplicarlos a las tapas tipo *twist-off*, sino sólo a las de tipo *pry-off*.²¹ A pesar de que la empresa ecuatoriana solicitante pidió a la Secretaría General una reconsideración de su resolución, el organismo comunitario confirmó su pronunciamiento en septiembre de 2000.²²

B. La legislación aplicable a las medidas sobre importaciones extracomunitarias

El segundo caso a considerar es aquel en el cual se pretenda aplicar medidas de alivio comercial a importaciones extracomunitarias (originarias de países no miembros de la Comunidad Andina). En este caso, la legislación aplicable depende de la naturaleza de la producción que resulte afectada por las importaciones y, particularmente, si se trata de la producción nacional venezolana o si es una producción comunitaria andina.

En teoría (y mientras subsista la posibilidad de optar entre mecanismos comunitarios o nacionales), la determinación acerca de si unas importaciones de fuera de la subregión afectan a la producción nacional de un

¹⁸ Resolución 469 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 262, del 2 de mayo de 1997.

¹⁹ Resolución 473 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 266, del 20 de mayo de 1997.

²⁰ Resolución 390 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 564, del 11 de mayo de 2000.

²¹ Resolución 422 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 596, del 29 de agosto de 2000.

²² Resolución 430 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 603, del 23 de septiembre de 2000.

país, o si afectan a una producción comunitaria, debería depender de la manera en que la oferta y la demanda funcionan para el mercado del producto de que se trate. En otras palabras, se debería determinar hasta qué punto la oferta de un productor ubicado en un país de la Comunidad Andina se limita a abastecer su mercado nacional o hasta qué punto se destina al mercado ampliado subregional. De igual manera, habría que determinar hasta qué punto la demanda de cada país para el producto de que se trate se abastece sólo de productores ubicados en el mismo país, o hasta qué punto se abastece con productores ubicados en otros países de la subregión. La consideración de ambos elementos daría una idea acerca de si el mercado relevante para un producto determinado coincide con la frontera nacional de un país, o si en cambio corresponde al mercado comunitario ampliado.

No obstante lo anterior, el criterio anteriormente expuesto no resulta explícito en las normas vigentes en la Comunidad Andina. Por el contrario, como veremos, para cada uno de los temas (salvaguardias por una parte, y medidas antidumping y compensatorias por la otra), las decisiones andinas contienen un lenguaje distinto para la determinación de cuándo se puede considerar que el daño causado por las importaciones se limita a un país o afecta a la producción comunitaria.

1. Salvaguardias a importaciones extracomunitarias

La imposición de restricciones a las importaciones extracomunitarias (originarias de países no miembros de la Comunidad Andina), bajo la figura de salvaguardias comerciales, está sujeta a la aplicación de diferentes normas, según si el perjuicio causado o amenazado por las importaciones afecta a la producción comunitaria andina, o si en cambio afecta apenas a la producción de un solo país de la subregión.

En el caso en que el aumento en las importaciones afecte únicamente a la producción nacional venezolana de un determinado bien, la norma aplicable sería el Decreto Ley 250 de agosto de 1999. Dicho en otras palabras, ésta sería la normativa aplicable para los casos en los cuales los productores nacionales venezolanos se conformen con obtener restricciones comerciales en el territorio de su país.

En cambio, si las importaciones afectaran a la producción comunitaria andina (o dicho de otra manera, si los productores desearan obtener alivio en mercados distintos al de su país) sería posible aplicar la normativa contenida en la Decisión 452 de abril de 1999.

A los efectos de la Decisión 452, se considera que las importaciones afectan a la producción comunitaria cuando los productores que soliciten la

aplicación de las salvaguardias exporten hacia el mercado del país andino en el cual soliciten la aplicación de la medida de salvaguardia, una cantidad que represente al menos el 40 por ciento del mercado interno del producto de que se trate.²³

Como se nota, se presenta aquí el problema identificado con anterioridad, en el sentido de que la normativa comunitaria permite que se impongan restricciones comerciales en un país andino, para proteger a unos productores ubicados en un país andino distinto.

Adicionalmente, el lenguaje de la Decisión 452 evidencia la intención de los países andinos de no facilitar la utilización de este instrumento comunitario. Efectivamente, resulta difícil que productores comunitarios de un determinado bien logren cumplir con el requisito de representar al menos un 40 por ciento del mercado interno de ese bien en un país andino. Se supone que el mercado interno estaría constituido por el total de la producción nacional destinada a ese mercado, por las importaciones comunitarias y por las importaciones extracomunitarias. Pudiera perfectamente darse el caso de un conjunto de empresas que sean plenamente representativas de la producción comunitaria de un determinado bien, y que sin embargo no alcancen el 40 por ciento del mercado interno de ese bien en un país andino (por ejemplo, porque haya un monto significativo de importaciones).

La Decisión tampoco toma en cuenta el caso, por ejemplo, en que existan productores comunitarios en varios países y cada uno de ellos tenga una participación significativa en su propio mercado nacional y al mismo tiempo exporte cantidades importantes hacia otros países andinos (éste es un caso típico para algunos productos en mercados de competencia «imperfecta», en los cuales los productos se distinguen con marcas comerciales). En este caso también puede resultar muy difícil invocar la Decisión 452, a pesar de que pudiera ser obvia la existencia de productores comunitarios afectados por importaciones.

Algunas de estas dificultades pueden explicar por qué la Decisión 452 no ha sido utilizada en sus dos primeros años de vigencia, a pesar de que se aprobó con urgencia, al considerarse que la crisis económica en la región

²³ La regla tiene una excepción para el caso de los productores bolivianos, quienes pueden alegar su condición de productores comunitarios si sus exportaciones hacia el país andino en el cual soliciten la aplicación de una salvaguardia representan al menos el 30 por ciento del mercado interno del bien de que se trate. Para la determinación de estos porcentajes, se tomará normalmente en cuenta el volumen de comercio de los últimos tres años de que se disponga información.

imponía la necesidad de que los productores comunitarios contaran con este instrumento de protección.

LAS SALVAGUARDIAS A LAS IMPORTACIONES DE NEUMÁTICOS PARA CARROS

En febrero de 2000, la Asociación Nacional de Fabricantes de Cauchos (gremio que agrupa a las filiales locales de empresas que fabrican neumáticos en Venezuela) solicitaron ante la Secretaría Técnica de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios que se restringieran las importaciones de cauchos convencionales y radiales para el uso de automóviles y camionetas. En marzo de 2000, la Secretaría Técnica abrió la investigación.

En junio de 2000, por petición de los propios solicitantes, así como del gobierno de Colombia y de los productores de neumáticos ubicados en Colombia, la Secretaría Técnica cerró la investigación en lo que se refería a las importaciones de neumáticos originarios de la Comunidad Andina. A finales de ese mismo mes, la Secretaría Técnica recomendó al gobierno nacional que no se impusieran medidas provisionales.

En diciembre de 2000, la Secretaría Técnica recomendó al gobierno nacional que se impusieran restricciones comerciales a las importaciones de algunos neumáticos para el uso de automóviles y camionetas. La medida recomendada consistía en una sobretasa arancelaria que iría disminuyendo progresivamente de la siguiente manera: 16,16 por ciento *ad valorem* el primer año; 10,77 por ciento *ad valorem* el segundo año; y, 5,39 por ciento *ad valorem* el tercer año.²⁴

2. Medidas antidumping o compensatorias a importaciones extracomunitarias

Al igual que en el caso de las salvaguardias, la imposición de restricciones a las importaciones extracomunitarias (originarias de países no miembros de la Comunidad Andina), bajo la figura de medidas antidumping o compensatorias, está sujeta a la aplicación de diferentes normas, según si el perjuicio causado o amenazado por las importaciones afecta a la producción comunitaria andina, o si en cambio afecta apenas a la producción de un solo país de la subregión.

En el caso en que las importaciones que ingresen en condiciones de dumping o con subsidios, únicamente afecten a la producción nacional venezolana de un determinado bien, la norma aplicable sería la Ley sobre

²⁴ Hasta la fecha en que se escribe el presente artículo (marzo de 2001), el gobierno venezolano no se ha pronunciado respecto de la recomendación de la Secretaría Técnica de la Comisión Antidumping.

Prácticas Desleales del Comercio Internacional (Ley Antidumping) de 1992. Dicho en otras palabras, ésta sería la normativa aplicable para los casos en los cuales los productores nacionales venezolanos se conformen con obtener restricciones comerciales en el territorio de su país. Si se determina la aplicabilidad de la Ley Antidumping venezolana, sus disposiciones son interpretadas a la luz de lo dispuesto en el Reglamento de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional.²⁵

En más de nueve años de vigencia, la Ley Antidumping ha sido utilizada con cierta frecuencia. Hasta ahora, se han presentado unas 20 solicitudes en Venezuela para la aplicación de medidas antidumping o compensatorias. En más de la mitad de los casos, la Comisión Antidumping y sobre Subsidios autorizó la imposición de restricciones comerciales.

Si en cambio las importaciones afectaran a la producción comunitaria andina (o dicho de otra manera, si los productores desearan obtener alivio en mercados distintos al de su país) sería posible aplicar la normativa contenida en la Decisión 283 de marzo de 1991.

A los efectos de la Decisión 283, se considera que las importaciones afectan a la producción comunitaria en dos casos:

- a. Cuando la práctica de dumping o de subsidios se origine en un país de fuera de la Comunidad y cause o amenace causar un perjuicio importante a la producción nacional de un país andino destinada a su exportación a otro país andino. En este caso, el efecto del dumping o de los subsidios sería el de hacer que el producto extracomunitario compita «deslealmente» con las exportaciones intracomunitarias de un país andino.
- b. Cuando la práctica de dumping o de subsidios se origine en un país de fuera de la Comunidad y cause o amenace causar un perjuicio importante a la producción nacional de un país andino, siempre que los productos estén sometidos al arancel externo común y que las medidas correctivas deban aplicarse en más de un país andino, para poder resultar eficaces. Este último caso se referiría a aquellos supuestos en los cuales, como consecuencia del proceso de integración, el mercado relevante para el producto de que se trate, es el mercado comunitario, o al menos el mercado de más de un país andino, y ya no el simple mercado nacional.

En el primero de estos supuestos se presenta nuevamente el problema identificado con anterioridad, en el sentido de que la normativa permite

²⁵ Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.567 extraordinario, del 26 de abril de 1993.

que se impongan restricciones comerciales en un país andino, para proteger a unos productores ubicados en un país andino distinto.²⁶

Sin embargo, a diferencia de la Decisión 452, la Decisión 283 sí ha sido utilizada por productores comunitarios que desean defender su mercado regional. En los dos últimos años, la Secretaría General ha adelantado tres investigaciones sobre supuesto dumping o subsidios en importaciones extracomunitarias. En dos de estos casos, la Secretaría General autorizó la imposición de restricciones comerciales. El tercer caso terminó por desistimiento de la empresa solicitante.

En los tres casos antes mencionados, las empresas invocaron el primero de los supuestos a los cuales hicimos referencia. Es decir, alegaron que las importaciones extracomunitarias perjudicaban sus producciones nacionales destinadas a la exportación hacia otros países andinos. La Decisión 283 no exige que los productores solicitantes demuestren ser representativos de la producción comunitaria total.

Las medidas antidumping a las importaciones de palanquillas de acero de Rusia y Ucrania

En noviembre de 1998, una empresa venezolana solicitó a la Secretaría General de la Comunidad Andina la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de palanquillas de acero en Colombia, Ecuador y Perú, originarias de las Repúblicas de Rusia, Kazajstán y Ucrania. A solicitud de la Secretaría General, en diciembre de 1998 la empresa denunciante complementó la información. En enero de 1999, la Secretaría General inició la investigación sólo respecto de las palanquillas de Rusia y Ucrania, considerando que éstos eran los únicos países de la Confederación de Estados Independientes que habían exportado a la subregión.²⁷

En marzo de 1999, la Secretaría General denegó la aplicación de medidas antidumping provisionales, al considerar que no se disponía de evidencias de que las importaciones denunciadas hubieran ocasionado un perjuicio importante a la empresa solicitante.²⁸ En abril de 1999, la em-

²⁶ Sin embargo, a diferencia del caso de las salvaguardias, las reglas multilaterales sobre medidas antidumping permiten en teoría la imposición de medidas «a favor de un tercer país». Pero los requisitos para la imposición de este tipo de medidas son tan estrictos (se exige la aprobación del Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC) que en la práctica nunca han sido satisfechos. Véanse el artículo VI (párrafo 5) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el artículo 14 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

²⁷ Resolución 181 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 403, del 22 de enero de 1999.

²⁸ Resolución 198 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 415, del 11 de marzo de 1999.

presa denunciante solicitó a la Secretaría General la reconsideración de su resolución; la Secretaría General confirmó su pronunciamiento en junio de 1999.²⁹

En junio de 1999, la Secretaría General impuso derechos antidumping definitivos a las importaciones de palanquilla de acero de Rusia y Ucrania a Colombia, Ecuador y Perú.³⁰ Esta última resolución fue impugnada en julio y agosto de 1999 por diversas empresas interesadas, así como por el Gobierno de Ecuador; sin embargo, en septiembre de 1999 la Secretaría General confirmó su pronunciamiento.³¹

Las medidas antidumping impuestas consistieron en derechos *ad valorem* a las importaciones de palanquillas de acero rusas y ucranianas en Colombia, Ecuador y Perú. Los derechos estuvieron en promedio por el orden del 34,4 por ciento y se establecieron con una vigencia de tres años a partir de junio de 1999.³²

III. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

Una vez que se ha resuelto el asunto de cuál es la legislación aplicable en un caso específico, puede hacer falta determinar también cuáles son los compromisos que la República de Venezuela ha asumido a nivel internacional, y que también pueden afectar la manera en que se maneje un procedimiento administrativo para la aplicación de una medida de remedio comercial.

El tema es particularmente relevante en aquellos casos en los cuales se pretenda imponer restricciones comerciales a productos originarios de países que son miembros de la OMC. Efectivamente, es a través de los acuerdos de esta organización que la República de Venezuela ha asumido mayores compromisos a la hora de aplicar restricciones comerciales bajo la figura de salvaguardias, o de medidas antidumping o compensatorias.

²⁹ Resolución 235 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 447, del 8 de junio de 1999.

³⁰ Resolución 242 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 451, del 24 de junio de 1999.

³¹ Resolución 280 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 480, del 10 de septiembre de 1999.

³² Hasta la fecha en que se escribe el presente artículo (marzo de 2001), el gobierno de Ecuador ha sido el único en no cobrar los derechos antidumping. Esta conducta dio lugar a una acción por incumplimiento de normas del ordenamiento comunitario, intentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina ante el Tribunal Andino de Justicia. La acción no ha sido resuelta aún.

Sin embargo, también existen acuerdos bilaterales suscritos por la República, que establecen condiciones para la aplicación de estas medidas de alivio comercial. Entre éstos, puede citarse el caso del Tratado de Libre Comercio entre la República de Venezuela, los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (G-3).³³

Los compromisos internacionales previstos en este tipo de acuerdos no son normas jurídicas directamente aplicables en los procedimientos administrativos para la imposición de salvaguardias comerciales. Esto significa en la práctica que las autoridades administrativas o judiciales, bien sean nacionales o comunitarias, a quienes toque intervenir en un procedimiento relacionado con estas normas, deberán regirse por las normas nacionales o comunitarias que resulten aplicables al procedimiento de que se trate, aun cuando éstas pudieran resultar contrarias a lo dispuesto en alguno de los compromisos internacionales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta situación pudiera generar responsabilidad internacional para los países, por infracción de los compromisos establecidos a través de los tratados.

En este respecto, hay al menos tres situaciones concebibles: (a) que no exista contradicción entre la legislación nacional o comunitaria aplicable y los compromisos internacionales; (b) que sí haya contradicción entre la legislación nacional o comunitaria aplicable y los compromisos internacionales, pero que la legislación aplicable ofrezca un margen de discrecionalidad que permita actuar de manera consistente con estos últimos; y, (c) que la legislación aplicable obligue a las autoridades nacionales o comunitarias a actuar de manera inconsistente con compromisos internacionales.

El primero de los supuestos es el más frecuente, toda vez que la legislación nacional y comunitaria en materia de aplicación de medidas de «alivio comercial» es en gran medida consistente con las reglas contenidas en los acuerdos comerciales internacionales suscritos por la República de Venezuela. Este supuesto se presenta, tanto en los casos en los cuales las normas nacionales o comunitarias son idénticas o equivalentes a las contenidas en tratados internacionales, como en aquellos casos en los cuales las normas contenidas en uno de los ordenamientos son más detalladas que las contenidas en el otro, pero sin que haya conflicto. Se puede citar al respecto el caso de las normas en materia de medidas antidumping y compensatorias, en el cual las reglas andinas son escuetas, mientras que las contenidas en los acuerdos de la OMC son sumamente detalladas.³⁴

³³ Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.833 extraordinario, del 29 de diciembre de 1994. En general, el G-3 es un acuerdo bilateral suscrito entre dos partes: Colombia y Venezuela por un lado, y México por otro.

³⁴ Para que el lector se pueda hacer una idea, el acuerdo antidumping de la OMC consta de casi 12 mil palabras, el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias de la OMC

Como ejemplo de este primer supuesto, se puede mencionar la definición de dumping, que es virtualmente idéntica en la norma nacional venezolana, en la Decisión 283 andina y en el acuerdo antidumping de la OMC.³⁵

El segundo supuesto corresponde al caso en el cual existe contradicción entre la legislación nacional o comunitaria aplicable y los compromisos internacionales adquiridos por la República de Venezuela, pero que sin embargo la legislación aplicable ofrece un margen de discrecionalidad que permite actuar de manera consistente con estos últimos. En este caso, el posible conflicto puede ser resuelto a través de la aplicación del llamado principio de la «aplicación consistente» (*consistent interpretation*) que ha sido reconocido por varios países a nivel internacional.³⁶ En virtud de este principio, los funcionarios administrativos y judiciales que tengan legalmente atribuida la facultad para poder optar entre diversas opciones, todas compatibles con la legislación aplicable, deberán escoger aquella opción que resulte al mismo tiempo compatible con los compromisos internacionales suscritos por la República. De esta manera, los agentes del Estado, además de preservar el principio del *pacta sunt servanda* en el sentido de cumplir de buena fe con los compromisos internacionales asumidos por el país, evitan la posibilidad de que la República pueda incurrir en responsabilidad internacional.

Como ejemplo de este segundo supuesto, se pudiera mencionar el caso de la aplicación de medidas antidumping o compensatorias provisionales. La norma nacional venezolana y la Decisión 283 andina permiten que las autoridades impongan medidas provisionales desde el momento mismo de la apertura de la investigación.³⁷ Sin embargo, tanto el acuerdo antidumping de la OMC, como el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias de la OMC, prohíben a los países miembros de esta or-

tiene más de 19 mil palabras. En cambio, la Decisión 283 andina, que regula la aplicación de medidas antidumping y contra subsidios, no llega a las 3.500 palabras.

³⁵ Véanse al respecto los artículos 2 (numeral 4) y 3 de la Ley Antidumping venezolana, el artículo 3 de la Decisión 283 andina y el artículo 2.1 del acuerdo antidumping de la OMC.

³⁶ «De acuerdo con esta doctrina, cuando una ley permita diversas interpretaciones, la norma nacional o regional debe ser leída de conformidad con las obligaciones internacionales. En muchos casos, la aplicación de una interpretación consistente permite salvar supuestas divergencias entre normas internacionales, nacionales y regionales, con lo cual hace posible cumplir tanto con el tratado como con la ley nacional.» Thomas COTTIER y Krista NADAKAVUKAREN SCHEFER, «The relationship between World Trade Organization law, national and regional law», en *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, N° 1 (marzo de 1998), p. 88. (El original está en inglés.)

³⁷ Véanse al respecto los artículos 19 y 60 de la Ley Antidumping venezolana y el artículo 23 de la Decisión 283 andina.

ganización imponer medidas provisionales sobre productos de países miembros, antes de haber transcurrido al menos 60 días desde la apertura de la investigación.³⁸ Se trata de un caso que puede ser fácilmente resuelto a través de la aplicación del principio de «aplicación consistente» de las normas, toda vez que las regulaciones nacionales y comunitarias no obligan a las autoridades a actuar de una manera que infrinja los compromisos de la OMC. Dentro de las facultades que las normas nacionales y comunitarias les asignan, las autoridades pueden esperar el transcurso de al menos 60 días desde la apertura de la investigación, antes de pronunciarse respecto de la imposición de medidas cautelares provisionales. Esto es en la práctica lo que han hecho las autoridades venezolanas en los casos de investigaciones antidumping o sobre subsidios que les ha tocado manejar luego de la entrada en vigencia de los acuerdos de la OMC. Debe precisarse no obstante que, a diferencia de lo que ha señalado la Comisión Antidumping venezolana en la motivación de sus actos, esto no se debe a que las disposiciones de los acuerdos de la OMC sean directamente aplicables en el ordenamiento jurídico venezolano y hayan tenido el efecto de modificar las leyes nacionales,³⁹ sino porque la propia ley nacional concede a las autoridades un margen de apreciación discrecional que les permite actuar de manera consistente con los compromisos internacionales asumidos por la República.

Como se nota, el caso anterior es distinto al tercer supuesto, en el cual la legislación aplicable obliga a las autoridades a actuar de manera inconsistente con compromisos internacionales. Esto sucedería en aquellos casos en los cuales la norma nacional o comunitaria no concede un margen de apreciación discrecional a las autoridades, que les permita optar por una solución consistente con los compromisos internacionales asumidos por la República. En estos casos, las autoridades no tendrían otra

³⁸ Véanse al respecto el artículo 7.3 del acuerdo antidumping de la OMC y el artículo 17.3 del acuerdo sobre subsidios de la OMC.

³⁹ En un caso, por ejemplo, la Comisión Antidumping indicó que «Toda vez que Venezuela suscribió el Acuerdo de Marrakech por el cual se estableció la Organización Mundial de Comercio el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico venezolano mediante Ley Aprobatoria, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.829 Extraordinario de fecha 29/12/94, se deben tomar en cuenta las disposiciones del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en lo adelante Acuerdo Antidumping), el cual rige la presente materia y forma parte del referido Acuerdo de Marrakech.» Decisión del 13 de septiembre de 1995, citada por Noemí Fischbach en «Doctrina Administrativa: Decisiones de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (y de su Secretaría Técnica): Marzo de 1995 - octubre de 1995», *Revista de Derecho Internacional Económico*, Vol. 1, N° 1 (Primer semestre de 1996), p. 69.

opción, sino actuar de manera conforme con la normativa nacional o comunitaria aplicable. Obviamente, esta actuación de las autoridades generaría una responsabilidad internacional para la República. Sin embargo, desde el punto de vista interno, la responsabilidad sería del órgano legislador, al cual correspondería introducir los cambios que fueran necesarios dentro de la normativa nacional o comunitaria, para asegurar que éstas sean plenamente consistentes con los compromisos internacionales asumidos por los países.

Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

ANTONIO DE PEDRO FERNÁNDEZ*

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

VENEZUELA, con la última Constitución, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), ha tenido, formalmente, desde la independencia 26 Constituciones. A ello hay que añadir, muchos más actos constitucionales. Muchas de esas Constituciones no eran más que enmiendas o reformas de las anteriores, «que no incidieron sobre aspectos sustanciales del hilo constitucional» (BREWER-CARÍAS), producto de la inexistencia, en la tradición constitucional venezolana, de mecanismos de «enmienda», que sólo aparecen en la Constitución de 1961.

Un somero recorrido a lo largo de sus textos, nos parece ilustrativo para conocer el rol asignado —y su tratamiento— a los funcionarios o empleados públicos.

La Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 1811¹, hace escasas e inconexas referencias a los empleados civiles (en la terminología de la época). En el Capítulo III, Del Poder Ejecutivo, Sección Tercera, Atribuciones del Poder Ejecutivo, se ocupa del nombramiento, entre otros, de «todos los demás oficiales y empleados en el Gobierno del Estado que no estén expresamente indicadas en la Constitución o por una

* Profesor Titular de Contencioso-Administrativo de la Universidad Santa María y de Derecho Administrativo I, de la Universidad José María Vargas.

¹ Elaborada por los representantes de Margarita, de Mérida, de Cumaná, de Barinas, de Barcelona, de Trujillo y de Caracas, en Congreso General. Fue sancionada en Caracas, el 21/12/1811, *Gazeta de Caracas*, N° 384, viernes 27/12/1811. Sobre el contenido y significación ideológicas de esta Constitución, véase GARRIDO ROVIRA, Juan. *Independencia, República y Estado en Venezuela*. Editorial Torino, Caracas 2000.

Ley establecida, o que se establezca por el Congreso» (94). En los apartes 95, 97, 98 y 99 se dan facultades sobre el particular al Poder Ejecutivo. En el *Capítulo IX, Disposiciones Generales*, apartes 205, 206 y 217, se pautan prohibiciones, obligación de prestar juramento y origen de sus remuneraciones para los empleados civiles.

*La Constitución Política de Venezuela de 1819*², en el *Título 6º, Del Poder Legislativo*, Sección Primera, División, duración, límites, funciones generales y prerrogativas de este poder, en su artículo 7º, le faculta para destituir o suspender todos los empleos públicos. Se faculta al Senado (Sección Tercera), en el artículo 9º, para actuar como Corte de Justicia para admitir acusaciones, oír, juzgar y sentenciar a cualesquiera de los empleados, siempre que sean acusados por razón de su oficio. En el *Título 7º, Del Poder Ejecutivo*, Sección Tercera, Funciones del Presidente, en el artículo 3º, se faculta a éste para nombrar todos los empleos civiles y militares que la Constitución no reservare; en el artículo 4º, se le asigna el carácter de Jefe de la Administración General de la República. En el *Título 11º, Disposiciones Generales*, artículo 1º contiene la obligación de prestar juramento; en el artículo 3º, los empleados subalternos lo prestarán ante la Municipalidad del Departamento en que vayan a servir.

*La Constitución de 1821*³, en su *Título Primero, De la Nación Colombiana y de los Colombianos*, Sección Primera, De la Nación Colombiana, en su artículo 2º establece que los Magistrados y oficiales del Gobierno, investidos de cualquier especie de autoridad, son agentes comisarios y responsables de su conducta pública, de la Nación en la que reside esencialmente la soberanía. En el *Título IV, Del Poder Legislativo*, Sección Segunda, De las atribuciones especiales del Congreso, artículo 55 faculta a este órgano para crear o suprimir los empleos públicos y determinar su remuneración. En la Sección Sexta, De la Cámara de Representantes, artículo 90, la faculta para inspeccionar a los empleados de Colombia y para acusarlos ante el Senado, sin perjuicio de las facultades que tengan otras autoridades. En la Sección Séptima, De la Cámara del Senado, le atribuye el carácter de Corte de Justicia para oír, juzgar y sentenciar a los empleados de la República acusados por la Cámara de Representantes (artículo 97). En los artículos 98 al 104 se determina el procedimiento y efectos de dichos juicios. En el *Título V, Del Poder Ejecutivo*, Sección Segunda, De las funciones, deberes y prerrogativas del Presidente de la República, en el artículo 123, le atribuye el nombramiento de los demás

² Sancionada por el Congreso de Angostura, el 11/08/1819.

³ Constitución de Cúcuta. Sancionada por el Congreso General de Colombia, en Cúcuta, en su sesión del 30/08/1821 y mandada ejecutar por el Presidente Simón Bolívar, el 06/10/1821.

empleados civiles y militares que no reserve a otra autoridad la Constitución o la ley; en el artículo 125 se da la facultad de suspender de sus destinos a los empleados ineptos o que delincan en razón de su oficio. En el *Título IX, Del Juramento de los Empleados*, artículos 185 al 187, se ocupa de la obligación y modalidades del mismo.

*La Constitución del Estado de Venezuela de 1830*⁴; en el *Título I, De la Nación Venezolana* y de su Territorio, en el artículo 4^o, entre otros, considera a los demás funcionarios investidos de cualquier especie de autoridad como agentes de la Nación. En el *Título XI, De la Cámara de Representantes*, le atribuye la facultad de oír las acusaciones contra los demás empleados públicos por mal desempeño de sus funciones (artículo 57). Los artículos 58 y 59, se refieren al procedimiento. En el *Título XII, De La Cámara del Senado*, artículos 66, 69 y 70, se trata de la competencia de este cuerpo en la materia. En el *Título XVI, Del Poder Ejecutivo*, artículo 117, determina que el Presidente de la República es el Jefe de la Administración General de la República y como tal nombra los empleos civiles, militares y de hacienda cuyo nombramiento no se reserve a alguna otra autoridad; suspenderlos de sus destinos y separarlos cuando por incapacidad o negligencia desempeñen mal sus funciones. En el *Título XXVI, Disposiciones Generales*, en los artículos 185, 186 y 187 se hace referencia a la responsabilidad de los empleados en el ejercicio de sus funciones; a la prohibición de los funcionarios públicos de expedir, obedecer y ejecutar órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución o las leyes, o que violen las formalidades esenciales previstas por éstas o que sean expedidas por autoridades manifiestamente incompetentes; aquellos funcionarios que actuaren contrariando los derechos individuales garantizados por la Constitución y las leyes, son culpables y deben ser castigados conforme a las mismas. En el *Título XXVII, Del Juramento de los Empleados*, los artículos 220, 221 y 222, están redactados en términos similares a la Constitución de 1821.

*La Constitución de 1857*⁵, en el *Título XI, Del Poder Ejecutivo*, atribuye a éste (artículo 53), el nombrar, en consulta con el Consejo de Gobierno, a todos los empleados civiles, militares y de hacienda en los términos que prescriba la ley; removerlos de su dependencia cuando sean de su libre elección o suspenderlos para someterlos a juicio. En el *Título XX, De las*

⁴ Aprobada por los Diputados de las Provincias de Cumaná, Barcelona, Margarita, Caracas, Coro, Mérida, Apure y Guayana. Sancionada por el Congreso Constituyente, en Valencia, el 22/09/1830 y mandada a ejecutar por el Presidente del Estado, José Antonio Páez, el 24/09/1830.

⁵ Sancionada por el Congreso el 16/04/1857, mandada a ejecutar por el Presidente José Tadeo Monagas el 18/04/1857.

Garantías, artículo 117, pauta la responsabilidad de los funcionarios públicos en el desempeño de sus deberes. Los artículos 119 y 120 están redactados en términos similares a los artículos 186 y 187 de la Constitución de 1830. *El Título XXI, Del Juramento de los Empleados* (artículos 123, 124 y 125) repite las disposiciones establecidas al respecto en Constituciones anteriores.

*La Constitución de 1858*⁶, en *Título IX, De las Atribuciones del Congreso*, artículo 65,1º le impide a éste enjuiciar o imponer penas a ningún venezolano, sea o no funcionario público, salvo lo establecido en esta Constitución. En el *Título XI, Del Poder Ejecutivo*, artículo 94 faculta al Presidente de la República para nombrar los destinos civiles, militares y de hacienda, cuyo nombramiento no se reserve a alguna otra autoridad; y suspender de sus destinos a los empleados de libre nombramiento del Poder Ejecutivo, cuando infrinjan las leyes y separarlos de sus destinos cuando así lo exija el servicio público. En el *Título XXI, De la Responsabilidad*, artículo 149, consagra la responsabilidad de los empleados en el ejercicio de sus funciones. En el *Título XXII, Disposiciones Varias*, artículo 155, prohíbe a los funcionarios ejercer cualquier función o autoridad que no le haya sido conferida por la Constitución o la ley. Los artículos 156 y 157 están redactados en términos similares a los artículos 119 y 120 de la Constitución de 1857. En el *Título XXIII, Del Juramento de los Empleados* (artículos 160 al 162) se reproducen disposiciones de anteriores Constituciones.

La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, de 1864⁷, en el *Título IV, De la Legislatura Nacional*, Sección Segunda De la Cámara de Diputados, incluye como atribuciones de ésta, en el artículo 22,3º, oír las acusaciones, entre otros de los empleados nacionales por infracción de las leyes y por mal desempeño en sus funciones, sin perjuicio las facultades que tengan otras autoridades para juzgar y castigar. En el artículo 24, se dispone que cuando la declaratoria ha lugar suspende al acusado y le

⁶ Sancionada en la Convención Nacional, en Valencia, el 24/12/1858, mandada a ejecutar por el Jefe Provisional del Estado, Julián Castro, el 31/12/1858.

⁷ Sancionada por la Asamblea Constituyente, en Caracas, el 28/03/1864. Mandada a ejecutar en Santa Ana de Coro, por Juan Crisóstomo Falcón, el 13/04/1864. La «guerra larga», conmoción social, fractricida, iniciada en 1859 y culminada en mayo de 1863, con el Convenio de Coche, dio paso a un nuevo Estado, el Estado Federal, surgido de las entrañas de hondos sentimientos sociales no pudo, sin embargo, cambiar la estructura del país, basada en el latifundismo, cambiaron de manos las tierras. Con todo, el país será otro, y las formas, por lo menos, hicieron desaparecer las apariencias de desigualdades sociales. La Venezuela, centralista, dividida en Provincias, pasa a ser la Unión de Estados iguales y soberanos. Desde entonces, Venezuela, de alguna manera es un país federado. En nuestra opinión, la concepción de país configurado en la Constitución Federal divide a Venezuela en un antes y un después de la misma.

inhabilita para desempeñar cualquier cargo público durante el juicio. En la Sección Quinta, Atribuciones de la Legislatura, artículo 43,9º, faculta a ésta para crear, suprimir y dotar los empleados nacionales; en el ordinal 28º, se la faculta para dictar la ley de responsabilidad de todos los empleados nacionales. En el *Título V, Del Ejecutivo Nacional*. Sección Segunda, De las atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, le atribuye, artículo 70, 10º, nombrar los empleados de hacienda, cuando no esté atribuido a otros funcionarios; en el numeral 11, remover y suspender a los empleados de libre nombramiento y mandarlos a enjuiciar de haber mérito para ello. En el *Título VII, Disposiciones Complementarias*, se dispone, artículo 99, que en los Estados no habrá otros empleados que los de Hacienda, de carácter nacional se entiende. En el artículo 104, se declara la ineficacia de la autoridad usurpada así como que toda decisión acordada, directa o indirectamente por la fuerza armada o de reunión del pueblo en actitud subversiva es nula de derecho y carece de eficacia; en el artículo 105, se prohíbe a toda autoridad el ejercicio de cualquier función que no esté conferida por la Constitución o las leyes; en el artículo 106, faculta a cualquier ciudadano para acusar a los empleados nacionales ante la Cámara de Diputados, ante sus superiores o ante las autoridades que designe la ley; en el artículo 107, se limita el ejercicio de los destinos de los empleados de libre nombramiento al período constitucional; en el artículo 113, se establece la incompatibilidad para desempeñar más de un destino público y que la aceptación de un segundo destino implica la renuncia del primero, igualmente los empleados amovibles cesan en sus cargos al admitir el de Senador o Diputado, cuando sean dependientes del Ejecutivo Nacional; en el artículo 115, prohíbe a los empleados nacionales recibir dádivas, cargos, honores o recompensas de naciones extranjeras sin el permiso de la Legislatura Nacional; y en el artículo 118, remite a la ley para reglamentar la manera en que los empleados nacionales prestaran juramento o afirmación de cumplir sus deberes al posesionarse de sus destinos.

*La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1874*⁸. Más que una nueva Constitución fue una reforma de la anterior, en aras de los intereses del Presidente Guzmán. Las reformas no afectaron al objeto de nuestro estudio.

*La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1881*⁹. Dentro de la misma tónica de la concepción guzmancista, esta reforma a más de

⁸ Sancionada por el Congreso de los Diputados de Venezuela, Caracas, el 23/05/1874 y mandada a ejecutar por el Presidente Antonio Guzmán Blanco, el 27/05/1874.

⁹ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, en Caracas, el 04/04/1881 y mandada a ejecutar por el Presidente Antonio Guzmán Blanco, el 27/04/1881, se la denominó «Constitución Suiza».

reducir el número de los Estados, hizo del federalismo lo que BREWER-CARÍAS denomina iniciación del proceso « de centralización formal del federalismo».

*La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1891*¹⁰. No tuvo otra intención que satisfacer los deseos continuistas del Presidente Andueza, deseos truncados por la revolución de Joaquín Crespo. En materia de funcionarios no hay modificaciones dignas de señalar.

*La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893*¹¹, tampoco trae, en la materia de nuestro estudio, modificaciones.

*La Constitución de 1901*¹², no trae modificaciones, en el asunto que analizamos dignos de consideración.

*La Constitución de 1904*¹³, no alteró el régimen anterior. *La Constitución de 1909*¹⁴, sigue el mismo criterio.

*El Estatuto Constitucional Provisorio de los EEUU de Venezuela, de 1914*¹⁵ y *la Constitución de los EEUU de Venezuela de 1914*¹⁶, continúa la misma tónica. *La Constitución de los EEUU de Venezuela, de 1922*¹⁷, no varía la situación. *La Constitución de los EEUU de Venezuela, de 1925*¹⁸, no trae cambios fundamentales.

*La Constitución de los EEUU de Venezuela, de 1928*¹⁹, *la Constitución de*

¹⁰ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, en Caracas, el 09/04/1891 y mandada a ejecutar por el Presidente Andueza Palacios, el 16/04/1891.

¹¹ Sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 12/06/1893. Mandada a ejecutar por el Presidente, Joaquín Crespo, el 21/06/1893.

¹² Sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 26/03/1901. Mandada a ejecutar por el Presidente Cipriano Castro, el 29/03/1901.

¹³ Sancionada por el Congreso Constituyente de los EEUU de Venezuela, en Caracas, el 27/04/1904. Mandada a ejecutar por el Presidente Cipriano Castro, en la misma fecha.

¹⁴ Sancionada por Acuerdo del Congreso de los EEUU de Venezuela, de 04/08/1909, mandada a ejecutar por el Presidente J. V. Gómez, el 05/08/1909.

¹⁵ Sancionada por el Congreso de Diputados Plenipotenciarios, en Caracas, el 19/04/1914, mandada a ejecutar el mismo día por el Presidente, V. Márquez Bustillo.

¹⁶ Sancionada por el Congreso de Diputados Plenipotenciarios, en Caracas, el 13/06/1914, mandada a ejecutar el mismo día por el Presidente, V. Márquez Bustillo.

¹⁷ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, el 19/6/1922, mandada a ejecutar por el Presidente V. Márquez Bustillos, el 24/6/1922.

¹⁸ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, el 24/6/1925, mandada a ejecutar por el Presidente J. V. Gómez, el 01/07/1925.

¹⁹ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, el 22/5/1928, mandada a ejecutar por el Presidente J.V. Gómez, el 23/05/1928.

los EEUU de Venezuela, de 1929²⁰ y la Constitución de los EEUU de Venezuela, de 1931²¹ nada alteran.

La Constitución de los EEUU de Venezuela, de 1936²², primera después de la desaparición física del General J.V. Gómez, incluye aspectos relativos a la legislación del trabajo.

La Constitución de 1945²³, reforma la de 1936.

La Constitución de 1947²⁴, producto del cambio político de 1945, constituye la primera Constitución verdaderamente democrática venezolana. En materia de Función Pública, además de ratificar disposiciones anteriores sobre funcionarios públicos, en su artículo 90, dispone:

El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro.

Los empleados públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna.

La Constitución de 1953²⁵, eliminó tal disposición.

La Constitución de 1961²⁶, siguiendo la tónica de la Constitución de 1947, consagra en el artículo 122:

La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social.

Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.

²⁰ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, el 29/5/1929, mandada a ejecutar por el Presidente J. B. Pérez, el mismo día.

²¹ Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, el 07/07/1931, mandada a ejecutar por el Presidente P. Itriago Chacín, el 09/07/1931.

²² Sancionada por el Congreso de los EEUU de Venezuela, el 16/07/1936, mandada a ejecutar por el Presidente Eleazar López Contreras, el 20/07/1936.

²³ Sancionada por el Congreso el 16/07/1936, mandada a ejecutar por el Presidente Isaías Medina Angarita el 05/05/1945.

²⁴ Sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 5/7/1947, mandada a ejecutar por la Junta Revolucionaria de Gobierno, presidido por Rómulo Betancourt, en la misma fecha.

²⁵ Sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 11/4/1953, mandada a ejecutar por el Presidente, Marcos Pérez Jiménez.

²⁶ Sancionada por el Congreso, el 23/1/1961, mandada a ejecutar por el Presidente Rómulo Betancourt, en la misma fecha. Emplea, por primera vez, la expresión «carrera administrativa».

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo.

La Constitución de 1961, fue enmendada en dos (2) oportunidades. La Enmienda N° 1, del 9/5/1973, mandada a ejecutar por el Presidente Rafael Caldera, el 11/5/1973, y la Enmienda N° 2 del 16/3/1983, mandada a ejecutar por el Presidente. Luis Herrera Campins, el 16/3/1983.

Si bien es cierto que el presente epígrafe trata de los Antecedentes Constitucionales, como elemento ilustrativo para comprender la Constitución vigente, no es menos cierto que para la mejor comprensión global de ésta y de su posterior desarrollo legislativo, se hace necesario hacer una serie de precisiones sobre el ordenamiento legal en materia de Función Pública, consecuencia de la Constitución de 1961.

No obstante, como se ha señalado, ser la Constitución de 1961 (artículo 122) la que establece la carrera administrativa, mas el proceso hacia la profesionalización de la Función Pública, se inició antes de ésta, precisamente, como consecuencia del cambio de 1958 (23-1) que dio al traste con la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez, enfocándose la materia funcionarial dentro del contexto global de la necesaria reforma institucional del Estado. En efecto, por Decreto N° 287 del 27/6/58, se creó la *Comisión de Administración Pública* (CAP), organismo sobre el que va a recaer el proceso de reforma administrativa. La reforma de la Función Pública, dentro de este contexto, tiene su certificado de nacimiento en el *Informe Hebert Emmerich*, preparado para la Administración de Asistencia Técnica de la ONU. La labor de la CAP se materializó en la promulgación el 14/11/60 del *Reglamento de Administración de Personal para los Servidores del Gobierno Nacional* (RAPSGN), dictado por Decreto N° 394 (G.O. N° 26.406 del 14/11/60). Dicho Reglamento constituye el antecedente inmediato y directo de la Ley de Carrera Administrativa (LCA), y en él se recogen las instituciones fundamentales de la misma. En 1960, la CAP introduce ante las Cámaras Legislativas un proyecto de LCA, aprobado en primera discusión por la Cámara de Diputados, pasando a ser discutido en la Comisión de Asuntos Sociales. En 1967, se reinicia la discusión con las modificaciones introducidas por la Comisión de Asuntos Sociales, pero se suspende aquélla al ser introducido un nuevo proyecto, el cual se empieza a discutir el 8/6/70, para ser sancionado por el Senado el 29/6/70. Factor importante en la aprobación de este nuevo proyecto fue el Informe presentado por la CAP el 16/4/70. El 25/8/70 las Cámaras sancionan la ley; fue promulgada el 3/9/70 y publicada en la G.O. N° 1.428 Ext. del viernes, 4/9/1970.²⁷

²⁷ Por Decreto N° 538 del 12/3/80 (G.O. N° 31.942 de la misma fecha), tal día fue declarado Día Nacional del Funcionario Público.

El 15/4/75, Decreto N° 858 (G.O.N° 1.734 Ext., del 25/4/75) se modificó la ley, en lo referente al artículo 26, relativo a las prestaciones sociales. Por Decreto N° 914 del 13/5/75 (G.O. N° 1.745 Ext. del 23/5/75) fue reformada, de nuevo, en lo relativo a los artículos. 26 y 83, añadiéndose uno nuevo, el 27. Promulgada la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), el 20/12/90 (G.O. N° 4.240 Ext., de la misma fecha), reformada el 10/6/97 por el CN y promulgada el 19/6/97 (G.O. N° 5.152 de la misma fecha) en lo relativo a salario y prestaciones sociales, la misma tuvo incidencia en el régimen de la LCA no sólo en estas materias, sino, muy especialmente, en lo atinente al contenido del artículo 8²⁸.

La LCA y su reglamentación posterior (primero específica y después general en el RGLCA) tenía su fundamento constitucional en la Constitución de 1961, en el artículo 122. Disposición que, en respeto de la autonomía estatal y municipal, se refiere, exclusivamente, a los funcionarios de la Administración Pública Nacional (Poder Ejecutivo). De tal manera, que los Estados y los Municipios fueron dictando sus propias leyes estatales y ordenanzas municipales sobre carrera administrativa.

Es de observar, como extensión de esto último, que la legislación relativa a los funcionarios de la Administración Pública no está incluida en el ordinal 24° del artículo 236, relativo a la competencia del Poder Nacional.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La puesta en vigencia de la Constitución de 1999, oficialmente denominada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el 15/12/1999, requiere de algunos comentarios, siquiera sean breves y someros, tanto anteriores como posteriores a su promulgación.

La ascensión a la Presidencia de la República, del Comandante (R) Hugo Rafael Chávez Frías, significó mucho más que un simple cambio en la

²⁸ El texto del art. 8 es el siguiente: «Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa nacionales, estatales o municipales según el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios o empleados públicos que desempeñan cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados con las disposiciones de esta ley».

Sobre dicho artículo, véase, entre otros, mi libro *Régimen Funcionario de la Ley de Carrera Administrativa*. Vadell Hermanos, Caracas, 1997, pp. 49 a 61, de mi autoría.

persona del Primer Magistrado o de un Partido por otro. Los nuevos detentadores del Poder, advinieron con un Proyecto de país e institucional que, en su criterio, significaba un cambio revolucionario. Se intentaba sepultar lo que en el «argot» del momento se denomina IV República y hace nacer la V República, borrar de la vida republicana el denostado «puntofismo» y los malhadados 40 años pasados²⁹. La desaparición de las tradicionales estructuras institucionales (CN, CSJ, CJ, etc) y la sustitución de los viejos partidos (AD, COPEI, etc.), por nuevas formas de agrupamiento político-social, la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente como instrumento del cambio, aunado a la integración militar-cívica son el objetivo inmediato del nuevo Gobierno. Es así como el llamado a referéndum se convierte en la acción de Gobierno fundamental.

En efecto, triunfante Chávez, en las elecciones de 1998 y una vez tomado posesión, el 2/1/99, los esfuerzos se centran en hacer el cambio sin romper la constitucionalidad formal. El camino se abre con la sentencia de la SPA/CSJ del 19/1/99 que se aparta del régimen de reforma o enmienda establecida en la Constitución de 1961. El mismo 2/2/99, el Presidente dictó el Decreto N° 3 por el cual se convocaba «la realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente». Decreto que fue impugnado, sin que prosperaran las impugnaciones. El Decreto llamaba a referendo para «transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa». En la sentencia de la SPA/CSJ del 18/3/99, se anuló la segunda pregunta a someter al electorado. Fue así como se modificaron las *bases comiciales*, incorporándose en la Base Octava una frase que calificaba a la ANC «como poder originario que recoge la soberanía popular», anulada por sentencia del 13/4/99. El Referéndum Consultivo se produjo el 25/4/99. Los constituyentistas fueron electos el 25/5/99. Se eligieron 131 constituyentistas³⁰. La ANC se instaló el 3/8/99 y la primera sesión ple-

²⁹ En nuestro criterio, clasificación un tanto acomodaticia y nunca suficientemente explicada, pues se considera que la I República se inicia con la Independencia y termina con la caída de Francisco de Miranda; la II, en 1829, con la Constitución aprobada en Cúcuta y que dura hasta 1830, cuando Venezuela se separa de Colombia, dándose así inicio a la III República, cuya duración se extiende hasta 1958 y, particularmente, hasta la Constitución de 1961, cuya vigencia comprenderá la IV República. No se escapará, a un mediano conocedor de la Historia de Venezuela, que ello constituye una interpretación particular del devenir histórico nacional. Un pueblo ávido de satisfacciones, tantas veces frustrado en sus luchas y aspiraciones, recogió —una vez más— las proclamas redentoras de su insatisfecha aspiración de justicia que el MVR y sus corifeos, el después llamado «Polo Patriótico», dice encarnar.

³⁰ De conformidad con la Base Comicial Tercera. De todos ellos, 4 de la circunscripción nacional (Allan R. Brewer-Carías, Alberto Franceschi, Claudio Fermín y Jorge Olavarría) y 2 de las circunscripciones regionales (Antonio Di Gianpaolo y Virgilio Avila Vivas) no formaban parte del llamado «Polo Patriótico».

naria fue el día 8. Se discutió el *Estatuto de Funcionamiento* (Base Comicial Octava). Se consagró (artículo 1) su «poder originario» y la facultad de limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público», independientemente de la elaboración de la Constitución, si bien la Constitución de 1961 continuaba vigente, pero sólo en aquello que no colidiera o fuera contrario con los actos jurídicos y decisiones de la ANC. De conformidad con la Base Comicial Novena, la ANC duraría 180 días. BREWER-CARÍAS, distribuye, hasta la aprobación de la Constitución, su andadura en cuatro (4) etapas. La primera entre el 8/8 y el 2/9/99, que se ocupó de la reorganización de los Poderes Públicos, así ratificó al Presidente de la República (9/9/99); el 12/8/99 decretó la reorganización del Poder Judicial, creándose la Comisión de Emergencia Judicial; el 25/8/99 se decretó la reorganización del Poder Legislativo, cesaban en sus funciones, tanto el Senado como la Cámara de Diputados y se atribuía la potestad legislativa a la Comisión Delegada y a la propia ANC, no obstante, por acuerdo del 9/9/99, quedaba sin efecto lo anterior; el 26/8/99 se decretó la suspensión de las elecciones municipales. La segunda etapa, entre el 2/9 y el 18/10/99, el trabajo se centró en el Proyecto de Constitución, sin partir de Anteproyecto alguno, presentando el Presidente de la República, un trabajo titulado *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República* (agosto 99); el 18/10 la Comisión Constitucional presentó a la ANC el Proyecto de Constitución para su discusión. La tercera etapa, 21/10 al 14/11/99, se dedicó a la discusión del Proyecto de Constitución, firmándose el 19/10/99 la Constitución, el cual no fue suscrito por los constituyentistas Brewer-Carías, Franceschi, Fermín y Olavarría. La Constitución fue aprobada, por referéndum, el 15/12/99, publicada en la G.O de la República de Venezuela N° 36.860 del 30/12/99. Sin embargo, con posterioridad, la ANC aprobó la Exposición de Motivos y en la G.O de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.483 Ext., del viernes 24/1/2000 apareció publicado, conjuntamente, el texto constitucional y la Exposición de Motivos. Es de advertir, que en esta versión se hicieron rectificaciones al texto inicial publicado el 30/12/99³¹.

Antes de cesar en sus funciones, la ANC, el 22/12/99, decretó *El Régimen de Transición del Poder Público*, dado su carácter presupuesto y *supraconstitucional* (SP/CSJ, Sentencia del 6/10/99). Dicho régimen re-

³¹ Cabe señalar que ni la Exposición de Motivos ni el nuevo texto fueron aprobados en referendo. De ahí que se susciten serias dudas sobre cuál es la versión realmente vigente. En nuestra opinión, la Exposición de Motivos no forma parte de la Constitución. El nuevo texto de ésta que, ciertamente, trae modificaciones gramaticales y de estilo, no es menos cierto que, en algunos casos incluye aspectos conceptuales que no fueron aprobados en el referendo.

gularía la reestructuración del Poder Público, para permitir la entrada en vigencia inmediata de la Constitución aprobada (artículo 1). Dicho régimen desarrolla y complementa las Disposiciones Transitorias previstas en la Constitución (artículo 2). El mismo estará vigente «hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución aprobada,...» (artículo 3). Así, en cuanto al Poder Legislativo Nacional disolvió el Congreso (artículo 4) y designó hasta tanto se instale la AN una Comisión Legislativa Nacional (CLN), que dicho sea de paso, la sabiduría del «soberano», bautizó como «Congresillo» y así fue conocido. Los integrantes de la CLN fueron designados por la ANC, en número de veinte (artículo 5). En síntesis, se subrogó en las funciones del extinto Congreso y, casi, en las de la ANC. Se disolvieron, igualmente, las Asambleas Legislativas de los Estados, creándose, en cada Estado, una Comisión Legislativa Estatal, integrada por cinco ciudadanos escogidos por la Comisión Coordinadora de la ANC (artículos 11 a 14). En cuanto al Poder Municipal, permanecen los Concejos Municipales y Alcaldes actuales, pero bajo la supervisión y control de la ANC o de la CLN (artículo 15). El Presidente de la República, los Gobernadores, y los Alcaldes, continuarían en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se produzca su elección mediante comicios populares (artículo 16). Particular atención le dedica el Decreto al Poder Judicial (artículos 17 a 32). Se designan a los Magistrados del TSJ; cinco para la Sala Constitucional y tres, respectivamente, para las Salas Político-Administrativa, Electoral, Casación Penal, Casación Civil y Casación Social. Se designó al Presidente, Primero y Segundo Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia. Los suplentes los designará la CLN (artículo 19). Se eliminó el Consejo de la Judicatura que conformará la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia; hasta tanto se organice ésta, las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas, así como las competencias que tenía el Consejo de la Judicatura, serán asumidas por la *Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial* (artículo 21), creada al efecto (artículo 27), cuyos miembros los designará la ANC (artículo 27). Se atribuye a la Inspectoría General de Tribunales, el carácter de órgano auxiliar de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. El Inspector General y su suplente lo nombrará la ANC (artículo 28). En los artículos 29 a 32 se establece el procedimiento disciplinario. En cuanto al Poder Ciudadano, se faculta a la ANC para designar los integrantes del primer *Comité de Evaluación y Postulación del Poder Ciudadano* (artículo 33). Se designó, provisionalmente al Defensor del Pueblo, la ANC designará su suplente (artículo 34). Se designó al FGR, hasta tanto la AN designe a su titular. Su suplente será

designado por la ANC (artículo 35). Igualmente, se designó al CGR. La ANC designará su suplente (artículo 36). En cuanto al Poder Electoral, el actual CNE se reestructurará en los órganos del Poder Electoral de conformidad con la Constitución (artículo 37). Los primeros comicios para la elección de la AN, de los Consejos Legislativos de los Estados, de los Concejos Municipales, del Presidente de la República, de los Gobernadores y Alcaldes, los organizará el CNE de acuerdo a la fecha y al Estatuto Electoral que apruebe la ANC (artículo 38). Esta designará a los integrantes del CNE, con carácter provisional (artículo 39), la AN hará las designaciones definitivas³².

No es éste ni el lugar ni el momento de un análisis crítico del anterior régimen, mas es imprescindible apuntar un primer elemento de juicio. La ANC, expresión de la voluntad soberana del pueblo, trascendió —«traspasó»— sus poderes a un órgano, la CLN, que no era expresión de dicha soberanía —acaso lo sea de forma indirecta—, que designó para la transitoriedad, esto es hasta que se elija la AN, altos funcionarios y órganos que sólo pueden ser resultado de autoridades elegidas soberanamente por los ciudadanos.

Hechas las precedentes consideraciones, es necesario centrarse en el objeto del presente trabajo: a cómo la Constitución de 1999 se refiere al ejercicio de la Función Pública.

El análisis de la materia tendrá que hacerse, forzosamente, comparativamente con la Constitución de 1961, en cuya fundamentación fueron dictadas las leyes, muchas, hasta el momento, vigentes, relativas a la materia y a las que la AN deberá dictar conforme al nuevo orden constitucional.

La Constitución de 1961, *Título IV, Del Poder Público, Capítulo I, Disposiciones Generales*, incluye los siguientes artículos de interés para los funcionarios públicos:

Artículo 119. Toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos.

Artículo 121. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.

Artículo 122. La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social.

Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.

³² Como consecuencia de la suspensión de las elecciones del 28/5/2000, (la llamada «megatorta»), los integrantes del CNE fueron sustituidos.

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo.

Artículo 123. Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios o electorales que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo implica la renuncia del primero salvo los casos previstos en el artículo 141 (referente a los Senadores y Diputados) o cuando se trate de suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal. (Paréntesis mío: A de PF).

Artículo 124. Nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público podrá celebrar contrato alguno con ellos, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes.

Artículo 125. Ningún funcionario o empleado público podrá aceptar cargos, honores o recompensa de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización del Senado.

Artículo 131. La autoridad militar y la civil no podrán ejercerse simultáneamente por un mismo funcionario, excepto por el Presidente de la República quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Por su parte, en el *Título III, De los Deberes, Derechos y Garantías. Capítulo I, Disposiciones Generales*, se dispone:

Artículo 46. Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

Artículo 48. Todo agente de autoridad que ejecute medidas restrictivas de la libertad deberá identificarse como tal cuando así lo exijan las personas afectadas.

En el Capítulo III, Derechos individuales, establece el «Artículo 70. Todos tienen el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley».

La Enmienda N° 2 (26/3/83), en su artículo 2° dispone:

El beneficio de jubilación o de pensión se regulará en una ley orgánica a la cual se someterán todos los funcionarios o empleados públicos al servicio de la Administración Central o Descentralizada de la República, de los Estados o de los Municipios. Sólo podrá disfrutarse más de una jubilación o pensión en los casos que expresamente se determine en dicha ley.

De todo lo anteriormente expuesto, lo verdaderamente Título nuevo lo constituyó el contenido del artículo 122 —por lo demás, ya consagrado en la Constitución de 1947—, cuya expresión fue la Ley de Carrera Administrativa y su reglamentación. Igualmente el contenido del artículo 2 de la Enmienda N° 2, desarrollado, primero por el *Estatuto sobre el régimen de pensiones y jubilaciones de los empleados o funcionarios públicos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios* y, después, por la *Ley del Estatuto sobre el régimen de pensiones y jubilaciones de los empleados o funcionarios públicos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios*.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999,

consagra la creación del Estatuto de la función pública mediante ley, en la cual se regulará lo relativo a la política de recursos humanos aplicable a los funcionarios de la Administración Pública. Se deberá regular el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro y, asimismo, la incorporación de los mismos a la seguridad social. Igualmente se consagrará por vía legal las funciones y requisitos para el ejercicio de los cargos respectivos. Es precisamente en el marco de estas normativas donde deberán ser desarrolladas por la ley, el espacio en el cual se debe garantizar los niveles de idoneidad tanto profesional como ético de las personas que ingresen en la Administración Pública. El principal freno a las conductas contrarias a la legalidad y a la moral pública depende, en buena parte, de las políticas de ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa.

Contrario a los hábitos organizacionales generados por clientelismo político, se establece el deber de los funcionarios o funcionarias públicos de servir al Estado y por ende al ciudadano y no a parcialidad alguna. Como complemento se establece que el nombramiento y remoción no podrán vincularse a la afiliación política. Tal aspecto se convierte en punto fundamental de este proceso de refundación del Estado, ya que el mismo depende de una voluntad política firme que convierta en realidad lo que hasta ahora ha sido una fantasía irrealizable. Evidentemente por vía legal y reglamentaria se deben afinar los mecanismos para garantizar el fiel cumplimiento de esta norma. Igualmente, se prohíbe a quienes estén al servicio de los municipios, estados, República o demás personas jurídicas estatales de derecho público o privado la celebración de contratos con estas entidades, por sí mismos o por interpuesta persona, salvo las excepciones legales.

Se establece como principio general que los cargos de la Administración Pública son de carrera, salvo los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros, así como otros tipos que indique la ley. Este aspecto del establecimiento de la carrera administrativa, constituye un pilar necesario para poder sustentar el edificio de una Administración Pública moderna, dinámica y eficiente. La depuración de la función pública, el rescate de la imagen del Estado,

requiere de un compromiso ineludible con la satisfacción de esta exigencia que la sociedad ha expresado reiteradamente.

En este mismo contexto el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional. Por ello dicho concurso se sujeta a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En adelante, no se podrá acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario.

Igualmente, para el ascenso se someterá a un sistema de evaluación que reporte una calificación de méritos de los funcionarios públicos en forma periódica. Ello implica una evaluación objetiva de la gestión personal de los funcionarios y un programa de formación y capacitación al cual se deberá someter. De esta forma el ascenso debe encontrarse vinculado a la eficiencia, disciplina y desarrollo de los conocimientos, destrezas y habilidades del funcionario.

De otra parte, la permanencia del funcionario en la carrera administrativa tiene que estar relacionada con el resultado de la evaluación de su desempeño. Esta evaluación debe ser objetiva y periódica. De esta manera se potencia el esfuerzo del funcionario por mejorar su gestión y en ese sentido gozará de estabilidad, ascenderá y obtendrá mayores beneficios laborales. Por el contrario, si el resultado de la evaluación del desempeño del funcionario es negativa, el funcionario será removido de la función pública.

Tales principios deben ser desarrollados por vía legal de manera de restringir la discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con estos aspectos, estableciendo las exigencias para poder optar a dichos concursos y así poder ascender en la carrera administrativa. Correlativo a ello deberá avanzarse hacia la conformación de instancias estatales que contribuyan a la formación y actualización permanente del funcionario público.

La ocupación de cargos públicos remunerados requiere como exigencia indispensable la previsión presupuestaria respectiva. Por vía reglamentaria y según la ley, se establecerán las escalas de salarios, pudiendo establecerse los límites razonables a las remuneraciones en las diferentes ramas del Poder Público municipal, estatal o nacional. Igualmente, por ley nacional se establecerá el régimen de jubilaciones y prestaciones a todos los niveles. El objetivo de esta norma es mantener dentro de los parámetros razonables y en el contexto de la situación económica del país los niveles de remuneraciones de los funcionarios públicos.

Para evitar las irregularidades que se han cometido continuamente en desmedro de la eficiencia y de la eficacia de la Administración Pública, se prohíbe expresamente desempeñar más de un destino público remunerado, salvo las excepciones de cargos académicos, accidentales,

asistenciales o docentes según la ley. Para darle eficacia a este dispositivo se requiere la existencia de archivos confiables y actualizados que impidan la recurrencia de este vicio que constituye un verdadero fraude al interés colectivo. Igualmente se consagra la prohibición del disfrute de más de una jubilación o pensión, salvo las excepciones legales.

Como exigencia indispensable para la aceptación de cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros se requiere la autorización de la Asamblea Nacional.

Esta larga cita de la Exposición de Motivos se ha hecho necesaria, por varias razones, a saber: por el acento excesivo, que se hace en la moralización de la función pública, que si bien comporta un compromiso de «incorruptibilidad», tiene el riesgo de su escaso cumplimiento, porque mucho de lo que aparece como nuevo, estaba no sólo en la Constitución de 1961 sino en otras anteriores y desarrollado legalmente; porque, en realidad, deja tambaleante la carrera administrativa; de hecho, al someterla a periódicas evaluaciones, restringe drásticamente la estabilidad. Cabe preguntar, ¿cómo va a ser atrayente para los mejores la Función Pública, si para ingresar debe someterse a concurso-oposición y para permanecer y ascender pasar «objetivas» evaluaciones periódicamente? Bien está el concurso-oposición (sin ser nuevo) para ingresar, pero la Administración, debe habilitar otras formas que garanticen el rendimiento y sólo no cumplidas éstas separar al funcionario del servicio. Por último, el texto transcrito está más bien pensado como orientador de la futura normativa legal y reglamentaria que como justificación de los presupuestos constitucionales, explicable por su elaboración posterior a la aprobación de la Constitución.

En el *Título IV, Del Poder Público*. Capítulo I, de las Disposiciones Fundamentales, Sección Primera: Disposiciones Generales, se establece:

Artículo 138. Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

Artículo 139. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.

La Sección Tercera: de la Función Pública (artículos 144 a 149), se incluye, por primera vez, particularizada.

Dispone el artículo 144:

La ley establecerá el Estatuto de la Función Pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública y proveerá la incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos o funcionarias públicas para ejercer sus cargos.

Sobre esta disposición es necesario hacer algunas consideraciones. En *primer lugar*, que el constituyente venezolano, en materia de Función Pública, una vez más, consagra el «estatutarismo», si se quiere, con más énfasis formal que en 1947 y 1961, al expresar que la «ley establecerá el Estatuto de la Función Pública». En *segundo lugar* que, a diferencia de la Constitución derogada que en aceptación de la distribución de competencias territorialmente —nacional, estatal y municipal—, se refirió sólo a la Administración Pública Nacional; ahora, este Estatuto pareciera estar destinado a todos los funcionarios del Poder Público, no sólo para la Administración Pública Nacional al estar incluido en el Título referido al Poder Público, Capítulo I de las Disposiciones Fundamentales, y la Sección Tercera ocuparse de la Función Pública. Ello significaría que el Estatuto de la Función Pública comprendería, también, a los Estados y a los Municipios. En nuestra opinión, ello implicaría la posibilidad de permeabilizar el régimen de administración de personal en las distintas administraciones, cuestión no factible en la normativa derivada de la Constitución de 1961, aunque no hay que olvidar que en cuanto a la homogeneización de regímenes se había adelantado bastante, en el sentido que las leyes estatales y ordenanzas municipales de carrera administrativa, tenían como modelo la Ley de Carrera Administrativa, que era, además, supletoria de éstos. Con la nueva situación se permitiría alcanzar la unificación jurisdiccional —unos mismos tribunales para conocer de las controversias de todos los funcionarios— que bajo la Constitución de 1961 estaba en manos del Tribunal de la Carrera Administrativa (funcionarios nacionales) y de los Juzgados Superiores Regionales Contencioso-Administrativos (funcionarios estatales y municipales), con la consecuente dispersión —y hasta contradicción— en las decisiones de primera instancia, si bien es cierto que al tener un órgano jurisdiccional común —la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo—, en segunda instancia se unificaban criterios; sin embargo, tal apreciación es ilusoria como más adelante veremos. En *tercer lugar*, los aspectos que deberá contener el Estatuto (normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro) son las mismas del artículo 122 de la Ley de Carrera Administrativa³³. La parte final del primer párrafo y segundo párrafo del artículo 144 se corresponde con lo dispuesto en el artículo 122.

Expresa el artículo 145:

³³ La Ley de Carrera Administrativa, en su artículo 2º clasifica a los funcionarios públicos, en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrá estar determinada por la afiliación u orientación política.

Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley.

Se incluyen en esta disposición, el contenido del segundo párrafo del artículo 122 y del artículo 124 de la Constitución derogada, si bien de forma más explícita y ampliada. Así el concepto de parcialidad no se limita a parcialidad política. Se explicita que el nombramiento o la remoción no obedecerán a la aplicación u orientación política. En la prohibición de celebrar contratos, se incluyen las personas jurídicas de derecho privado. Es obvio, que se refiere a las asociaciones civiles, sociedades civiles y fundaciones del Estado, que como es sabido se rigen por el derecho común.

En el artículo 146 se dispone, en su primer párrafo: «Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley».

Norma de nuevo cuño en la Constitución. Ahora, en principio, todos los cargos de la Administración Pública son de carrera, aspecto, por lo demás, que en el régimen anterior había establecido la jurisprudencia. Se exceptúan, no son de carrera, los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley. Parece aceptable lo relativo a los funcionarios de elección popular. Ahora bien, al exceptuar los cargos de libre nombramiento y remoción —cargos que tendrá que determinar la ley— ¿qué sucede con aquellos funcionarios de carrera que advienen a un cargo de libre nombramiento y remoción?, ¿pierden su condición de funcionarios de carrera?, esto es, ¿salen de la carrera? En cuanto a la exclusión de los contratados, el asunto merece una reflexión más profunda. Para empezar, la exclusión no es una novedad, salvo su consagración constitucional. Bajo el régimen anterior, como norma general estaban excluidos de la carrera administrativa. Mas, ¿qué ocurría? Ocurría que la Administración, poco rigurosa en la administración de personal, por sus propios intereses, incorporaba, por medio de contratos, que intentaba definir como administrativos, a personas para realizar las mismas funciones y bajo las mismas condiciones que los funcionarios regulares, excluyéndolas de los presupuestos de la Ley de Carrera Administrativa. Fue así, como la doctrina y la jurisprudencia —Tri-

bunal de la Carrera Administrativa, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo— en beneficio de estas personas y no de la Administración, decidió que aquellas personas que ingresaban a la Administración Pública, bajo el régimen de un contrato, para realizar funciones regulares, en las mismas condiciones que los demás funcionarios, tenían la cualidad de tales y estaban sometidos a la Ley de Carrera Administrativa (LCA). Constituía una sanción para la propia Administración, por su irregular proceder. Por lo que se refiere a los obreros al servicio del Estado, que bajo la Ley del Trabajo de 1936, estaban sometidos a la misma hasta tanto el Ejecutivo Nacional no dictara una reglamentación al efecto, que nunca fue dictada, pero que les mantenía bajo esa amenaza, la Ley de Carrera Administrativa (artículo 5, 6º) los exceptuó de la misma, su situación quedó definitivamente solventada al establecer la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), su sometimiento pleno a dicha Ley.

El segundo párrafo expone: «El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficacia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño».

Disposiciones constitucionales que obligan al futuro legislador del Estatuto de la Función Pública a ajustarse, estrictamente, a ellas. Empero, tales disposiciones, sino tan contundentes, no son nuevas. La LCA, en su artículo 34, pauta los requisitos para ingresar a la Administración Pública Nacional; y al tratar del ingreso a la Carrera Administrativa, dispone el artículo 35:

La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concurso a los cuales se dará la mayor publicidad posible. Tales concursos estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en el artículo anterior y los que se establezcan en las especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La referida selección se efectuará mediante la evaluación de los aspectos que se relacionen directamente con el correspondiente desempeño de los cargos.

Los resultados de la evaluación se notificarán a los aspirantes dentro de un lapso no mayor de sesenta (60) días. (Subrayado mío: A de PF).

Es cierto que éste fue uno de los aspectos más vulnerados de la normativa funcional, mas no por culpa de la ley, sino de sus administradores, en particular de la OCP. Ciertamente, también, que la propia Ley de Carrera Administrativa, abría una ventana al estricto cumplimiento de la disposición anterior, mediante el establecimiento de un procedimiento para el nombramiento provisional e interino (Parágrafos Segundo y Tercero del

artículo 36), mas si hubiera habido verdadera intención política de cumplir íntegramente la Ley, tales circunstancias hubieran quedado dentro del marco de su previsión. Por lo que se refiere al ascenso que aparece como un derecho de los funcionarios de carrera, está concebido en los términos del artículo 19, así:

Cumplidos los requisitos que la presente ley establece, los funcionarios de carrera tendrán derecho al ascenso. Los ascensos se otorgarán por riguroso orden de méritos de acuerdo con la calificación obtenida en las pruebas correspondientes. En la selección para ascensos se considerarán como parte integrante del examen la evaluación de la eficiencia del funcionario, así como la realización de los cursos de capacitación o adiestramiento que establezcan los Reglamentos.

En cuanto a que «el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño», cabe preguntar, ¿qué se quiere decir? El traslado en la LCA está dentro de llamadas «situaciones administrativas», regulado en el artículo 53 y desarrollado en el RGLCA, en los artículos 78 a 83; la suspensión, aparece en la LCA como una sanción (suspensión del cargo, con o sin goce de sueldo), en el artículo 58,3º; mas no se especifica ante qué infracciones ha de imponerse. Es más, la contempla el artículo 61 como una suerte de medida precautelativa administrativa al expresar que:

Quando para realizar una investigación judicial o administrativa fuere conveniente, a los fines de la misma, suspender algún empleado del ejercicio de sus funciones, la suspensión será con goce de sueldo y durará el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación.

Si contra el empleado se dictare auto de detención se le suspenderá del cargo sin goce de sueldo.

Fue así como la jurisprudencia, unánime y pacífica determinó que, en uno y otro caso, no se estaba en presencia de sanción alguna. En cuanto al retiro, el artículo 53 determina los casos en que procede. De ahí que la interrogante expresada, ¿implica, acaso, que el traslado, la suspensión o retiro son sanciones?, en todo caso, ¿tal es el sentido de la norma?

Artículo 147. Para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente.

Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley.

La ley orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales.

La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales.

En el primer párrafo, se ratifica, constitucionalmente, el principio de la legalidad presupuestaria. Se persigue que, con ello, mediante ardidés y suterfugios administrativos e, incluso, presupuestarios, se distorsione y aumente el funcionariado, hipertrofie la burocracia, a menudo para satisfacer apetencias clientelares. Sólo una rigurosa disciplina presupuestaria podrá impedir que ello ocurra.

En el segundo párrafo se ratifica una potestad administrativa.

El tercer párrafo, que deja a la ley orgánica la posibilidad de limitar las remuneraciones de todos los funcionarios, se estima que dicha ley orgánica no es otra que la reguladora del régimen presupuestario.

En cambio, el contenido del cuarto párrafo, cuando se refiere a la ley nacional, pensamos que hace referencia a la legislación atinente a la materia. La legislación nacional vigente es la *Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios*, que deberá ser reformada.

Artículo 148. Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

La disposición no es nueva, con mayores o menores variantes aparecía en las Constituciones anteriores. Ciertamente, la Constitución de 1961, en su artículo 123 es muy similar. La novedad está en que, ahora, entre las excepciones, no se incluyen los cargos edilicios o electorales; así mismo no se incluye la excepción para simultanear dos destinos públicos que contemplaba la Constitución de 1961, artículo 141 relativa a los Senadores y Diputados para ocupar cargos de Ministros, Gobernadores, Jefe de Misión Diplomática o Presidente de Institutos Autónomos. Ahora, expresamente, el artículo 191 constitucional, prohíbe a los diputados a la AN «aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva».

El contenido del segundo párrafo es la constitucionalización de una norma legal. En efecto, la LCA (artículo 33), establece dicha incompatibilidad, con una referencia expresa a las pensiones de disponibilidad o de retiro de los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Artículo 149. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional.

Disposición de tradición constitucional en Venezuela. La Constitución derogada, casi en idénticos términos, recogía la misma norma (artículo 125).

Las anteriores disposiciones son las que, expresa y ordenadamente recoge el texto constitucional, en una Sección específica del *Título I*, relativo al Poder Público, Capítulo I, Disposiciones Fundamentales, pero no son las únicas que afectan a los funcionarios públicos. Una somera enumeración de ellas, se hace necesario.

Título I. Principios Fundamentales

Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

Título III. De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes Capítulo I. Disposiciones Generales.

Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme el principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollan.

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

Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Disposición que se corresponde, casi, con el contenido del artículo 46 de la Constitución de 1961. Decimos «casi», porque en la Constitución vigente se añade a los derechos garantizados por la Constitución, la frase «y la ley»; y no se incluye la expresión «manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes».

Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades...

Capítulo II. De la nacionalidad y de la ciudadanía.
Sección segunda: de la ciudadanía

Artículo 41. Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidente o Vicepresidenta de la Asamblea Nacional, Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministros o Ministras de los Despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación, Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados y Municipios Fronterizos o de aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional.

Para ejercer los cargos de diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, Ministros o Ministras, Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes y Alcaldesas de Estados y Municipios no fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley.

Independientemente, de la restricción del párrafo primero —a fuer de naturalizado, injustificada— se eliminan las restricciones de la nacionalidad por nacimiento para ser Ministro (artículo 195), Gobernador (artículo 21) contempladas en la Constitución de 1961. Consideramos exageradas las restricciones para ocupar dichos cargos impuestas a los nacionalizados. Parece aceptable para el caso de Presidente y Vicepresidente Ejecutivo, dada la «suplencia» que de aquél puede hacer éste, quizás por razones de igualdad de poderes, a los integrantes de los mismos —en tal caso, ¿por qué no a los diputados de la AN?—, pero extenderla a los Ministros, con el añadido de la nacionalidad por nacimiento en exclusividad (en igual situación están los Gobernadores y Alcaldes de Estados y Municipios Fronterizos), nos lleva a intuir un «tufillo» xenófobo nada alentador. ¿Es que, acaso, todos los Ministros como miembros del Consejo de Ministros no son solidariamente responsables de la acción de gobierno? De otro lado, ¿son los Gobernadores y Alcaldes, al tener la nacionalidad por nacimiento en exclusividad mejores defensores de la soberanía nacional? El problema no está en ser venezolano por nacimiento o por naturalización y tener la primera en exclusividad, sino en el otorgamiento de la naturalización. Lo demás son rezagos chauvinistas, y, eventualmente, discriminatorios.

Capítulo III. De los derechos civiles

Artículo 44. La libertad es inviolable, en consecuencia:

...4. toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse...

Disposición que se corresponde con el contenido del artículo 48 de la Constitución de 1961.

Artículo 45. Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden e instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a la autoridad competente. Los autores o autoras intelectuales y materiales; cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados de conformidad con la ley.

Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

...4. todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.

Se corresponde con lo dispuesto en el artículo 60, 3º, de la Constitución de 1961.

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

Consagrado, parcialmente y sin sanción, en el artículo 67 de la Constitución derogada y desarrollado en el artículo 5, en cuanto a peticiones de naturaleza administrativa, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

El artículo 57 relativo a la libertad de pensamiento, ideas y opinión, en el último párrafo prohíbe «la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades».

Capítulo V. De los derechos sociales y de las familias

Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la resolución de los conflictos

laborales. Las convenciones colectivas ampararán a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de la suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.

Artículo 97. Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

En la Constitución de 1961, lo relativo a la negociación colectiva y a la solución de los conflictos (artículo 90) se contemplaba en el sentido que la ley favorecería su desarrollo. La LCA no se refiere a ella. Durante largo tiempo la doctrina y la jurisprudencia, con un excesivo apego al estatutarismo negó su aplicabilidad en el campo de la Función Pública; sin embargo ello no impedía que, por medio, de Actas-Convenio, en muchos sectores públicos, de hecho, se llevarán a cabo negociaciones colectivas y contratos colectivos. Fue la LOT, artículo 8, la que la establece para los funcionarios que desempeñen cargos de carrera³⁴.

En cuanto a la huelga, el artículo 92, en los servicios públicos, la limitaba a las condiciones que fijara la ley. La LCA tampoco consagró este derecho; fue, como en el caso de la negociación colectiva, la LOT (artículo 8) la que lo estableció³⁵.

Observamos que la Constitución vigente, en la materia, es mucho más amplia.

La Constitución, de 1961, en el *Título VI*, correspondiente al Poder Público, incorporaba un artículo (131) cuyo texto era el siguiente: «La autoridad militar y la civil no podrán ejercerse por un mismo funcionario, excepto por el Presidente de la República, quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales».

Esta disposición no tiene referencia en la Constitución vigente³⁶.

³⁴ Véase mi libro *Régimen Funcionario de la Ley de Carrera Administrativa*. Vadell Hermanos. Valencia. Caracas, 1997, pp. 138 y ss.

³⁵ *Ibid*, pp. 147-150.

³⁶ Con vigencia de la Constitución de 1961, muchos cargos de la Administración Pública Nacional, fueron ocupados por militares en retiro e, incluso, en activo pero sin ejercer autoridad militar. Con la Constitución, vigente, tal hecho se ha acrecentado, en particular, de militares en activo. Ahora bien, al no existir una prohibición expresa y ante las denuncias de «militarización» de los cargos públicos, cuando menos, la sospecha no es ilusoria, pues en ciertas circunstancias se ha rozado el filo de su plasmación (Plan Bolívar).

Título V. De la Organización del Poder Público Nacional
Capítulo I. Del Poder Legislativo Nacional
Sección Quinta: de los procedimientos

Artículo 223. La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento.

Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones...

Capítulo IV. Del Poder Ciudadano
Sección primera: disposiciones generales.

Artículo 277. Todos los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezca la ley, a colaborar con carácter preferente y urgente con los o las representantes del Consejo Moral Republicano en sus investigaciones. Este podrá solicitarles las declaraciones y documentos que consideren necesarios para el desarrollo de sus funciones, incluidos aquellos que hayan sido clasificados o catalogados con carácter confidencial o secreto de acuerdo con la ley. En todo caso, el Poder Ciudadano sólo podrá suministrar la información contenida en documentos confidenciales o secretos mediante los procedimientos que establezca la ley.

En la Sección Segunda: de la Defensoría del Pueblo, en el artículo 281 que establece las atribuciones del Defensor del Pueblo, específicamente están las contenidas en los numerales 2, 4, 5, 6, 9 y 10.

La Sección tercera: del Ministerio Público, en el artículo 285 se especifican las atribuciones del Ministerio Público, al respecto.

La Sección cuarta: de la Contraloría General de la República (CGR), en el artículo 288 se determinan las atribuciones de la misma.

Lo anterior constituye una relación, sin duda no exhaustiva, de disposiciones constitucionales que tienen que ver con la actividad de los funcionarios públicos.

**III. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL FUTURO
ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

El presente análisis quedaría incompleto si no se hicieran algunas precisiones en relación al futuro Estatuto de la Función Pública; precisiones que derivan, primero, del texto constitucional y, segundo, de una larga experiencia como estudioso de la materia y como administrador de la justicia contencioso-funcionarial.

El primer aspecto a tratar es el de su denominación; Ley, Estatuto, Ley del Estatuto, Estatuto Orgánico, etc.

La denominación de ley, pareciera la que se corresponde con la tradición legal, doctrinal y jurisprudencial. La Constitución de 1961 se refería a la LCA, denominación, que no reflejaba, con exactitud, el contenido del instrumento legal aprobado, pues no sólo se ocupaba de la carrera administrativa, su contenido era, más bien, el de un Estatuto. Por otro lado, la Constitución vigente (artículo 144), señala que «La ley establecerá el Estatuto de la función pública...». ¿Cómo hay que entender el término Estatuto? ¿Como un conjunto de disposiciones relativas a todos los aspectos relativos a la Función Pública? ¿Como una indicación denominativa? En definitiva, la cuestión no deja de ser bizantina; más importante, es determinar si esta Ley, Estatuto, Ley del Estatuto, Estatuto Orgánico, etc, deberá tener o no la cualidad de orgánica, conforme al concepto establecido constitucionalmente.

La Constitución (artículo 203) establece cuatro (4) categorías de leyes orgánicas: 1. las que así denomina la misma Constitución; 2. las que se dicten para organizar los poderes públicos; 3. las que desarrollen derechos constitucionales; y 4. las que sirvan de marco normativo a otras leyes (véase sentencias de la SC/TSJ del 12/06/2000-Exp. N° 00-1799. Ponente: Magistrado Dr. José M. Delgado Ocando, y del 15/08/2000, Exp. N° 2412. Ponente: Magistrado Dr. Juan Rincón Urdaneta). Según el TSJ/SC, la

...clasificación constitucional utiliza criterios de división lógica distintos, pues las categorías 1° y 4° obedecen a un criterio técnico formal es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional Constituyente de su carácter de ley marco o cuadro, mientras que las categorías 2° y 3° obedecen a un principio material relativo a la organicidad del poder público al desarrollo de los derechos constitucionales. En el fondo, la categoría 4° implica una investidura parlamentaria, pues la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no precisa pauta para su sanción, y, a diferencia de la categoría 1°, la constitucionalidad de la calificación de orgánica de las leyes incluidas en este rubro, requiere el pronunciamiento de la Sala Constitucional para que tal calificación sea jurídicamente válida. Desde luego que el pronunciamiento de la Sala Constitucional es necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere «a las leyes que la Asamblea Nacional Constituyente haya calificado de orgánicas», que significa que son todas las incluidas en las categorías 2°, 3° y 4°. La calificación de la Asamblea Nacional Constituyente depende, por tanto, del objeto de la regulación (criterio material) para las categorías 2° y 3°, y del carácter técnico-formal de la ley marco o cuadro para la categoría

4°. En esta última categoría, el carácter técnico-formal se vincula con el carácter general de la Ley Orgánica respecto de la especificidad de la Ley o leyes ordinarias subordinadas. Ello permitiría establecer, en cada caso, y tomando en cuenta los criterios exigidos para las categorías 1°, 2° y 3°, las condiciones materiales de su organicidad.

Está claro que la futura Ley del Estatuto de la Función no pueda incluirse en alguna de las anteriores clasificaciones. De manera que su categoría es de una ley especial.

En nuestra opinión, la Constitución vigente no permite, como sí lo permitía la del 1961 (artículo 163), que la Asamblea Nacional califique de tales, si al iniciarse la discusión del respectivo proyecto, la mayoría absoluta de sus miembros así lo consideren. Ahora, la Asamblea Nacional calificará de orgánicas cuando se trate de organizar los poderes públicos o aquellas que sirvan de marco normativo a otras leyes, pero, en estos casos, el proyecto de ley orgánica, deberá ser admitido como tal por el voto de las 2/3 partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión; una vez calificada como orgánica por la Asamblea Nacional, antes de ser promulgada, deberá ser enviada a la SC/TSJ para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. Se deberá decidir dentro de los diez (10) días a contar de su recepción, si es o no orgánica. La decisión negativa le hace perder tal carácter (artículo 263).

Somos del criterio que no existen elementos suficientes para considerarla con el carácter de orgánica, insistimos. Es, obviamente, una ley nacional, especial, reguladora de la Función Pública en la Administración Pública Nacional.

Otro aspecto, fundamental, es el de si la ley regulará la Función Pública, las relaciones de los funcionarios públicos de los Estados y de los Municipios, aspecto señalado con anterioridad. Precizando, ahora más, pensamos que de la Constitución, no se puede sacar tal conclusión. En efecto, el artículo 4, expresa que la República Bolivariana de Venezuela «es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución...»; y el artículo 16 dispone:

Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

La división político-territorial será regulada por la ley orgánica que garantice la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa...

Por su parte, en el *Título IV Del Poder Público*. Capítulo I. De las disposiciones fundamentales. Sección primera: disposiciones generales, se establece, se consagra la distribución vertical del Poder Público Nacional.

Artículo 136: El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las normas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Otro elemento a favor de este criterio es que, entre las competencias del Poder Público Nacional no figura una ley de tal naturaleza; en cambio, (artículos 136, 12) se incluye como competencia la legislación sobre «la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado, y la relativa a todas las materias de la competencia nacional».

Es cierto que a los Estados, tampoco, se les atribuye, expresamente, dicha competencia; sin embargo, a nuestro juicio, la misma cabe de lo dispuesto en el artículo 164, 8, al atribuirle «La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales».

En cuanto a los Municipios, somos de la opinión que está dentro de la competencia de éstos.

En síntesis, los Estados y los Municipios deberán dictar sus propias leyes estatales y ordenanzas municipales de Función Pública ieso sí!, respetando el principio de cooperación entre los poderes y que la ley nacional sea su marco referencial.

Una opinión coincidente, en cierta manera, con lo expuesto la mantiene RONDÓN DE SANSÓ³⁷ al señalar:

La noción de Poder Público y de ejercicio de la función pública la vincula esencialmente el constituyente con la idea de la Administración Pública y del desempeño del cargo administrarlo anterior se pone de relieve con el hecho de que al referirse la nueva Constitución, a la función pública, en realidad está haciendo referencia a la relación de empleo público con la Administración Pública Nacional. Cometió el constituyente un grave error al intitular la sección tercera relativa al Poder Público como «De la Función Pública», por cuanto ello crea válidamente la expectativa de que se tratará de normas generales para regular la relación de empleo público cualquiera que sea el Poder dentro del cual se ejerce (Legislativo, Ejecutivo, Ciudadano, Nacional, Estatal, Municipal o cualquiera que sea la forma de su ingreso) (electoral, nombramiento, concurso).

³⁷ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Parte orgánica y sistemas. Caracas, 2000, pp. 94 al 96.

Estas expectativas quedan frustradas cuando a lo largo del articulado de la mencionada Sección Tercera se aprecia que la verdadera regulación se destina a la relación de empleo con la Administración Pública. Consideramos que, si se hubiese depurado la normativa, la misma habría de dividirse en una referencia a la función pública en general y otra referente a la función pública al servicio, de la Administración Pública, la cual podría incluirse en la Sección Segunda que está destinada justamente a dicha Administración Pública.

A continuación señala las normas referidas a la función pública en general y a la función pública, al servicio de la Administración Pública.

A partir de la Constitución, varios anteproyectos se elaboraron para desarrollar el texto constitucional. El primero de ellos, con base a la Ley Habilitante, del 22/04/1999 (G.O. N° 36.687 del 26/04/1999); en definitiva, no fue dictada; el segundo de los anteproyectos, fue preparado para ser discutido por la Comisión Legislativa Nacional —Congresillo—; tampoco llegó a materializarse; con base a la Ley N° 4 (Ley Habilitante) del 07/11/2000 (G.O. N° 37.076 del 13/11/2000), se han elaborado —que conozcamos, hasta el presente— dos anteproyectos, ambos tienen como base el presentado a la Comisión Legislativa Nacional.

No es el objeto del presente trabajo el análisis de tales anteproyectos, lo que constituye materia que desarrollamos en otro momento.

No obstante, creemos necesario señalar algunos aspectos que, a nuestro entender, deberían ser considerados en la próxima Ley Reguladora de la Función Pública.

Partiendo de la premisa que la LCA requiere ser modificada para adaptarla no sólo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sino sintonizarla con las nuevas corrientes que en el mundo de la Función Pública están en desarrollo, creemos que reformar, nueva Ley o Estatuto, implica mejoría, no simple cambio de denominación o de algunos entes u organismos que tiene que ver con la materia; mejoría que no puede desconocer la abundante jurisprudencia que a lo largo de la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, han establecido, primero la Sala Político Administrativa/Corte Suprema de Justicia, después la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo e, incluso, el Tribunal de la Carrera Administrativa; mejoría que implica, también, el conocimiento y adaptación de doctrina nacional y extranjera. Lo deseable sería que el Anteproyecto definitivo fuera sometido a un amplio debate —y de consulta— de la opinión pública interesada. La elaboración en cenáculos, más o menos cerrados, en la Administración, por mucho que se intente, no dejará de ser una ley mediatizada, y parcial, al responder a uno sólo de los intereses en juego: el de la Administración Pública.

La Ley debe alejarse de la tentación reglamentista; los reglamentos son, precisamente, el instrumento de desarrollo que por su naturaleza son susceptibles de modificarse ante las variantes circunstancias de desarrollo de la materia.

La Ley debe crear un órgano rector de la Función Pública ágil y operativo, con la suficiente autonomía que le permita no enajenar su cometido. Pensamos que la mención de un Ministerio de la Función Pública no es una idea descabellada.

Los organismos que a nivel operativo tienen a su cargo la instrumentación de la Ley (las Oficinas de Personal) de una vez por todas, deben concebirse como organismos técnicos, a cargo de funcionarios de carrera — sin subterfugios—. Sólo así podrán cumplir con su misión.

Debe eliminarse —ni siquiera abriendo la posibilidad de su opción— la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa —o de carácter conciliatorio como las Juntas de Avenimiento—, salvo cuando la decisión no provenga de la máxima autoridad.

Aspectos tales como la reducción de personal exigen, efectivamente, que al más alto nivel de gobierno sea decidida; ello no puede ser fruto del sólo criterio de un Organismo. La propia reducción de personal, por su propia naturaleza, no obedece a una conducta del funcionario, de ahí, fundamentalmente, que debe tener la oportunidad de quedar dentro de la Administración; lo contrario, mantenerlo, simplemente durante un tiempo y después retirarlo, es hacer de la reducción de personal una suerte de despido. La mejora de la actual disponibilidad es lo apropiado.

Lo que tiene que ver con el régimen disciplinario, su regulación, debe ser determinado y preciso. Clasificar las faltas y su sanción.

Derechos ya consagrados para los funcionarios de carrera, como la estabilidad y el ascenso, requieren de ser modernizados sin que ello signifique su limitación o inoperancia.

Lo relativo al papel de los contratados debe ser contemplado como una excepción, eliminando la posibilidad de que por esta vía se pueda acceder a la carrera.

La disponibilidad debe ser real y efectiva, despojándola del mero formalismo actual que, en la práctica, constituye, por lo que se refiere a la reubicación, un simple engaño. La experiencia de otros regímenes relativos a la excedencia deben ser estudiados y adaptados.

En materia de derecho colectivo (sindicación, contratación colectiva y huelga), manteniendo la peculiaridad del ejercicio del servicio público, debe tender a su acercamiento del régimen laboral común.

En cuanto al procedimiento contencioso-funcionarial, como especialidad del contencioso-administrativo debe estar a cargo de Tribunales especiales, buscando fórmulas para que dichos tribunales sean competentes en la totalidad de la Función Pública, simplificando, aún más, el procedimiento, recogiendo la rica experiencia jurisprudencial sobre la materia.

El principio de la libertad de admisión de pruebas en los procedimientos administrativos contradictorios como garantía del derecho a la defensa de los administrados *(Enfoque doctrinal y jurisprudencial)*

PELAYO DE PEDRO ROBLES*

EL DERECHO DE DEFENSA, como garantía constitucional, requiere ser conceptualizado de una manera amplia. De allí que, el derecho de defensa dentro de un procedimiento administrativo abarca la más amplia posibilidad de garantía y protección de los derechos fundamentales de los administrados, a los fines de impedir la arbitrariedad de la Administración y la consecuente indefensión de las personas con intereses en la misma, a través del ejercicio probatorio y argumental permanente de los sujetos involucrados y durante todas las etapas de la actuación.

En atención a lo antes expuesto, la jurisprudencia patria ha manifestado, en diversos fallos, sobre el alcance de dicho derecho:

... el derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitir conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren a su favor. En esta perspectiva el derecho a la defensa es equiparable a lo que en otros Estados de derecho ha sido llamado como el principio del debido proceso...¹

* Universidad Santa María, Profesor de Derecho Administrativo.

¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de noviembre de 1983.

En este sentido, también ha indicado: «...habría indefensión propiamente dicha cuando se priva o coarta a una parte alguna facultad procesal para efectuar un acto de petición que a ella privadamente le corresponde por su posición en el proceso. En otra situación, habría menoscabo del derecho a la defensa, cuando éste resulte afectado o menguado, cuando se le disminuye, o cuando se le acorta, o se le reduce a menos...».²

Recientemente y a raíz de los cambios jurisprudenciales que con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1999 viene afrontando nuestro país, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha manifestado algunos criterios en torno a la garantía constitucional prevista en el artículo 49 del Texto Fundamental; criterios que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 335 ejusdem, tienen carácter vinculante para el resto de las salas del Tribunal Supremo y los demás tribunales de la República. Concretamente en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso, garantía que incluye en su numeral 1 el derecho a la defensa, la Sala Constitucional se ha pronunciado de la manera siguiente:

... Se denomina debido proceso a aquel proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva...³

Con anterioridad a este fallo, ya la Sala Constitucional había establecido el alcance de la violación del derecho a la defensa al determinar que éste se produce cuando el interesado no conoce el procedimiento, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, se le prohíbe realizar actividades probatorias o no se le notifica de los actos que le afectan.⁴

En cuanto a la jurisprudencia foránea, ésta también se ha pronunciado en igual forma que la nacional. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha expresado: «...El derecho a que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas es inseparable del derecho mismo a la defensa.»⁵

² Sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de abril de 1998.

³ Sentencia N° 29 de fecha 15 de febrero de 2000.

⁴ Ver Sentencia N° 2 de fecha 24 de enero de 2000.

⁵ Sentencias N° 147/87 del 25 de septiembre y 50/88 del 22 de marzo.

(...) El derecho a la prueba es “soporte esencial” del derecho de defensa...».⁶

El derecho que tiene el administrado o interesado de aportar al procedimiento administrativo que contra él obra, pruebas que contribuyan con sus descargos, en la forma analizada por la jurisprudencia española, han sido objeto de estudio por parte del Profesor Isidro de ARCENEGUI, de la manera siguiente:

...Nuestra Constitución consagra en el artículo 24.2, entre otros derechos de los ciudadanos, el de «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», lo que implica el reconocimiento de un derecho procesal fundamental, íntimamente unido al de la efectiva tutela de los jueces y Tribunales, con la única limitación de la «pertinencia». En relación con este derecho la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 55/1982, de 26 de julio, Sala Segunda, recurso de amparo 30/1982) se ha pronunciado en el sentido de entender que:

«las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación».

Esta postura jurisprudencial se ve confirmada por la Sentencia 89/1985, de 19 de julio (Sala Segunda, recurso de amparo 824/1984), en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se manifiesta lo siguiente:

«Lo que la protección del derecho constitucionalmente garantizado importa es que nadie se vea privado de los medios necesarios para hacer valer su derecho en un juicio equilibrado, en el que, con igualdad entre las partes, pueda ofrecer las razones que abonan su pretensión y apoyarlas con las pruebas necesarias para que los hechos de los que tales razones sean aceptados por el Juez o Tribunal...».

Las referencias jurisprudenciales anteriores deben ser completadas con la Sentencia 147/1987, de 25 de septiembre (Sala Segunda, recurso de amparo 936 y 1326/1986, acumulados), en la que, en cuanto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución y ampliado y precisando lo sostenido en la sentencia 30/1986, de 20 de febrero (Sala Segunda, recurso de amparo 854 y 873/1983), se manifiesta en su Fundamento Jurídico Segundo lo siguiente:

«...el artículo 24.2 ha constitucionalizado efectivamente tal derecho como derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de procesos en que el ciudadano se vea involucrado y que dicho derecho, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas *por el juez o Tribunal sin desconocerlo u obstaculizarlo e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva.*»...⁷ [cursivas propias]

⁶ Sentencia N° 195/95 del 19 de diciembre.

⁷ «Consideraciones en torno a la carga de la prueba y proposición y admisión en el Proceso Contencioso-Administrativo», en *La Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimien-*

El contradictorio —característica del derecho a la defensa—, en todo procedimiento implica para los administrados no sólo el derecho de alegar sino el de realizar una amplia actividad probatoria. En cuanto al principio de la confrontación, como característica del derecho a la defensa, la doctrina ha señalado lo siguiente:

...El principio de la contradicción ha sido entendido tradicionalmente como aquel dirigido a garantizarle a los sujetos involucrados en una actuación administrativa, no sólo la presencia formal dentro de la misma, sino también a la confrontación y debate material de todos y cada uno de los elementos puestos a su consideración, al igual que de los medios probatorios solicitados, ordenados y practicados. Implica por lo tanto, la continua y permanente confrontación de criterios entre la Administración y los administrados o entre estos últimos, incluso desde antes de que la Administración adopte cualquier tipo de decisión y, hasta el momento final en que se agoten la totalidad de instancias, que deban desarrollarse ante la Administración en un caso determinado.

Específicamente, procurando identificar las características de la contradicción en Sentencia C-150 de 1993 (...) sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente: «... la contradicción es la incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas, por cuanto una de ellas afirma o niega lo mismo. Así, el principio de contradicción ha sido definido por la doctrina como el fundamento lógico y metafísico que establece, como uno de los criterios de la verdad la imposibilidad absoluta de ser o no ser algo al mismo tiempo en el mismo lugar y con identidad completa de las demás circunstancias ... con el acatamiento al principio de contradicción, se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado ... actúa como contrapeso obligatorio, respetuoso de los derechos humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado...».

En cuanto se refiere a su aplicación específica a las actuaciones administrativas y tratando de integrar alguno de los elementos que pueden ser típicos de su aplicación a este específico ámbito del derecho, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, ubica la contradicción como una de las características garantísticas del Debido Proceso fundamentadoras del Derecho de Defensa...⁸

En efecto, la constitucionalización de tal derecho determina la viabilidad de dicha actividad, por lo que las limitaciones legales a la utilización de los medios de pruebas son de derecho estricto para que los interesa-

to Administrativo y Garantía Jurisprudencial). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo II, La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 1531 y 1532.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. «El Derecho de Defensa en las Actuaciones Administrativas (situación jurisprudencial)», en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*, FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 267 y 268.

dos puedan disponer de los medios de prueba que le faculta la ley. Por tanto, las decisiones de sustanciación que impidan a los administrados el ejercicio de su derecho a la defensa porque se sustentan en impedimentos de disponer, por parte de los administrados, de todos sus medios de prueba para acreditar el fundamento de sus alegaciones, causan indefensión. Como se desprende de lo antes expuesto y que han recogido la doctrina y la jurisprudencia.⁹ El requisito constitucional de la proposición de las pruebas es el de su adecuación a la defensa, de modo, que las limitaciones legales en que pueda basarse la Administración, como por ejemplo, la pertinencia, la ilegalidad o ilicitud, exigidas para su admisión, son de interpretación estricta. Igual criterio debe imperar para aquellos casos, en donde la negativa de admitir una prueba por parte de la Administración se pueda fundamentar o pretende encontrar su fundamentación en el hecho de la naturaleza de procedimiento; es decir, si se trata de un procedimiento breve, expedito y eficaz. En este tipo de procedimientos la Administración suele negar la revisión de aquellos actos que inadmiten o limitan una determinada prueba, bajo el argumento de que su posibilidad de revisión atentaría contra su esencia¹⁰. En cuanto a este último punto, la jurisprudencia constitucional española ha sido muy precisa:

⁹ La actividad probatoria del interesado siempre debe ser bien recibida por la Administración. En tal sentido ésta, no puede, ni debe limitarla, ya que la misma contribuye al objetivo final que el procedimiento persigue, determinar la verdad, aplicar justicia. En Sentencia de fecha 6 de julio de 2000, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia indicó: «... desde la perspectiva de la Administración, el derecho a la defensa y al debido proceso de los administrados contribuye a que la actividad administrativa se ajusta a las realidades sobre las que pretende actuar, ya que, como consecuencia de los alegatos y pruebas que los interesados aportan, la Administración conoce y verifica una serie de hechos y circunstancias que coadyuvan en alcanzar la verdad material mediante el procedimiento administrativo...».

¹⁰ Ello agrava la violación constitucional porque en muchas ocasiones, el acto que niega la prueba es calificado por la Administración como de mero trámite, lo que implica —a criterio de ésta— su impugnación. De tal manera que se estaría produciendo en la esfera jurídica del administrado una doble lesión: en primer lugar porque la decisión implica la negativa de ejercer su derecho a la defensa; y un segundo supuesto, porque el acto que inadmite no puede ser recurrido. Lo importante a destacar, ante este tipo de actuaciones arbitrarias y abusivas de la Administración, es que ante la imposibilidad de poder recurrir del acto, el interesado, no sólo puede verse inhabilitado para aportar al expediente elementos que le permitan corroborar sus alegatos, sino que, también se encuentra privado de ejercer, mediante los mecanismos que le confiere la ley, las acciones y demás recursos que en sede administrativa, pudieran desvirtuar los criterios asumidos por la instancia administrativa para inadmitir las pruebas. En cuanto a lo aquí expuesto, cabe advertir que la LOPA permite en su artículo 85 la impugnación de todo acto administrativo, cuando éste cause indefensión o imposibilite la continuación del procedimiento. De allí que, resulta por demás evidente que un acto dictado con las características aquí señaladas, es un acto que afecta el derecho a la defensa de los interesados, porque se le impide su derecho a probar, y se le impide, con independencia de su calificación, su revisión por parte del ente administrativo, lo que indefectiblemente conlleva a su revisión.

...Como ya dijo la STC 51/85, las limitaciones del derecho consagrado en el art. 24.2 CE a servirse de las pruebas pertinentes para la defensa como derecho constitucional, no justifican su sacrificio a intereses indudablemente dignos de tutela pero de rango subordinado, como puede ser la economía del proceso, la celeridad de éste o la eficacia de la Administración de Justicia. Por eso una resolución injustificada de inadmisión de un medio de prueba merma las posibilidades probatorias de la defensa...¹¹

De allí que, para ajustar la constitucionalización del derecho a la defensa, con las exigencias legales de la pertinencia, el criterio que debe imperar es el de la funcionalidad de la prueba, en el sentido de la utilidad del hecho sobre el que versa dicha prueba respecto de la verdad objetiva que debe declarar el órgano decisorio. En consecuencia, desde el punto de vista constitucional, con arreglo a lo expuesto en la jurisprudencia y doctrina anteriormente transcrita, únicamente cuando en forma evidente u ostensible, falte esa relación lógica, es decir, si el medio de prueba propuesto no es idóneo o adecuado, como dice la Constitución vigente¹², puede ser inadmitido, de lo contrario se estaría transgrediendo el principio de la libertad probatoria —con mayor grado de expresión en los procedimientos administrativos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)— y por ende el derecho a la defensa. Decimos con mayor grado en los procedimientos administrativos porque éstos no se rigen por normas rigurosas y bajo un excesivo formalismo. En este mismo sentido se han manifestado diversos autores patrios al referirse a la admisión de las pruebas en los procesos contencioso-administrativos; criterios por lo demás, perfectamente aplicables al procedimiento administrativo, por aplicación extensiva del derecho constitucional:

...Tiene establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia que el juez debe, dentro de lo posible, admitir en el proceso la mayor cantidad de pruebas para ilustrar su convicción sobre el asunto debatido, salvo que el medio de aportarlas sea manifiestamente ilegal o impertinente, es decir, abiertamente contrario al ordenamiento jurídico o absolutamente desvinculado de los hechos que se pretende probar.

Este principio, que puede ser calificado como de libertad de admisión, hace posible que la labor reconstructiva e histórica del Juez sobre los hechos ocurridos que han dado origen al litigio, se haga no sólo más fácil sino también más certera, vale decir, en mayor grado cercana a la verdad material. En todo caso, siempre quedará una oportunidad ulterior —la sentencia— para valorar el mérito probatorio de los medios traídos al juicio...¹³

¹¹ Sentencia N° 33/92 del 18 de marzo.

¹² Ver artículo 49, numeral 1.

¹³ FRAGA PITTALUGA, Luis. «Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo», en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Mayo-Agosto, Ed. Sherwood, Caracas, 1998, p. 75.

El criterio anterior también ha sido acogido por la jurisprudencia de la anterior Corte Suprema de Justicia como de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de la forma siguiente:

... Es un hecho unánime y pacíficamente aceptado que la negativa de una prueba causa o puede causar un daño grave, en veces irreparable, mientras que su admisión, así resulte a la postre errada, es susceptible de rectificación. Consecuentemente con esa realidad, el legislador sancionó el principio de la libre admisibilidad de las pruebas con la sola excepción de que sean manifiestamente ilegales o impertinentes, y exigió en lo estrictamente procesal, la legitimación o capacidad para actuar de la promovente y la oportunidad de la promoción.

En acatamiento de esa enseñanza los jueces deben actuar muy estrictamente ante la petición de negativa de una prueba, ya que para considerarla ilegal es menester que se encuentre expresamente consagrada como tal por la ley, o que se pretende utilizar en juicios donde está expresamente prohibida su admisión, o que esté subordinada a la presencia de determinado supuesto o circunstancia...¹⁴

En cuanto a los criterios de impertinencia e ilegalidad de la prueba, la Corte Suprema de Justicia había manifestado:

...La regla que rige en esta materia (artículo 229 del Código de Procedimiento Civil) ordena que sean desechadas las pruebas cuando aparezcan manifiestamente impertinentes o ilegales. Cuando no sea patente ese presupuesto, debe el juez obrar con mayor prudencia a fin de no exponerse a desechar una prueba que más tarde pudiera ser necesaria para el esclarecimiento de la verdad, en tanto que admitiéndola, con la forma como usualmente se hace, esto es cuanto ha lugar en derecho, el juez queda en libertad de apreciarlas o cuando llegue el momento de dictar la sentencia correspondiente (...) Esta síntesis expresa el criterio pacífico, uniforme y reiterado que informa nuestra jurisprudencia en la materia...¹⁵

En este mismo orden de idea, la Corte Primera ha expresado:

...tal como lo ha aconsejado nuestra jurisprudencia, en razón del significado que las pruebas tienen para el ejercicio del derecho a la defensa, y lo confirma el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas que son inadmisibles son aquellas manifiestamente ilegales o impertinentes, o sea, que aparezca sin lugar a dudas y con claridad la impertinencia e ilegalidad de las pruebas; de modo que no sea necesario esfuerzo alguno que implique, aunque sea superficialmente, rozar las

¹⁴ Sentencia de la Sala política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de marzo de 1981, en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Ed. Jurídica Venezolana, p. 173.

¹⁵ Sentencia de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de junio de 1983, en *Revista de Derecho Público*, N° 15, Ed. Jurídica Venezolana, p. 178 y 179.

cuestiones de fondo. Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y perfectamente claros de ilegalidad e impertinencia...¹⁶

Los criterios anteriores, en cuanto a la pertinencia y apreciación de las pruebas, que en la actualidad establece el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil (CPC), son aplicables al procedimiento administrativo: Sin embargo, la LOPA, para la admisión de las pruebas sólo exige que su objeto resulte relevante para la decisión de un procedimiento administrativo, remitiendo, en lo que respecta a los medios de prueba los señalen las leyes, como es caso del CPC. No obstante, en este aspecto, la LOPA se ajusta en mayor medida a los términos de la garantía constitucional del debido proceso, en el sentido de que la relevancia hace referencia a la decisión que debe dictarse. En otras palabras, a la verdad objetiva a la cual ésta debe responder esto es tan cierto, que aún en materia estrictamente procesal, el límite de la impertinencia para inadmitir las pruebas, a que hace alusión el artículo 398 del CPC, no es cualquiera sino su carácter manifiesto. Es decir, que la impertinencia sea evidente, clara y palpable.

La impertinencia, pues, que impide la actividad probatoria para que resulte ajustada a la garantía constitucional del debido proceso, y por consiguiente a la del derecho a la defensa, es sólo la impertinencia perceptible a simple vista como lo ha manifestado la jurisprudencia antes señalada. En este sentido, se ha advertido, en materia de la aplicación de las formas al procedimiento administrativo, en lo atinente al exceso ritualismo, que éste ahoga el propio derecho a la defensa de los administrados, en razón de lo cual el formalismo de estos procedimientos nunca puede resultar más rígido que el que las propias leyes prescriben en el proceso judicial, por aplicación directa del principio denominado «beneficio del administrado». Por ello, uno de los derechos de los administrados en los procedimientos administrativos, en especial los abiertos de oficios y con naturaleza sancionatoria, es la amplia proposición y recepción de las pruebas, y el derecho que la Administración las practique, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la decisión que deba dictar. Es así que el criterio de la impertinencia asumido por la Administración en algunas ocasiones, para negar probanzas, implica un juicio subjetivo de ésta, que tiende a agravar la situación de desigualdad de los administrados frente a la Administración.

La desigualdad antes referida nos lleva a establecer que la violación para los administrados a la libertad de admisión de pruebas en los procedimien-

¹⁶ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 27 de junio de 1985, en *Revista de Derecho Público*, N° 23, Ed. Jurídica Venezolana, pp. 174 y 175.

tos administrativos, trae consigo la violación de otros principios que sustentan estos procedimientos y por ende, la violación de derechos y garantías constitucionales estrechamente vinculados con los mismos. Tal es el caso de la violación al derecho a la igualdad que expresamente consagra el artículo 21, en su numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dicha garantía, con arreglo a lo previsto en el artículo 19 ejusdem, ha de ser de obligatorio cumplimiento por parte de los órganos del Poder Público. Sobre el particular nos señala el Profesor SANTOFIMIO:

...El tratamiento a las personas relacionadas con la administración, debe ser siempre necesariamente igualitario, esto es, a no ser objeto de discriminación y a obtener un tratamiento imparcial (...) En este sentido, las actuaciones administrativas deben ser el resultado de un proceso donde las partes tengan igualdad de oportunidades para presentar, solicitar y contravenir las pruebas, con miras a demostrar la existencia de su derecho. Tales actuaciones deben ser adelantadas conforme a las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos generales o especiales de forma tal que su desarrollo sea la garantía constitucional del derecho a la igualdad y al Debido Proceso, lo que lleva a sostener, que sin igualdad no puede existir realmente una garantía al Derecho de Defensa...¹⁷

En torno a este mismo punto, la doctrina española destaca lo siguiente:

...El principio de audiencia se formula en el sentido de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio (*audiatur et altera pars* y *nemo inaudiatur dannari potest*). Cuando esta posibilidad de interponer alegaciones contrarias se complementa con el principio de igualdad procesal se está configurando un debate contradictorio como exigencia del derecho a la defensa que se contiene en el artículo 24 de la Norma Fundamental. Igualdad que ha de manifestarse en los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a defender sus respectivas posiciones. Ahora bien, esta igualdad no puede representar una identidad absoluta entre dos sujetos que participan en el debate ya que, en el supuesto que estamos examinando, podemos encontrarnos con la existencia de una persona jurídica, como es la Administración Pública, con la finalidad de servir los intereses generales que le marca el ordenamiento jurídico. Así, si bien el administrado gozará de determinados derechos (a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia, como también a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, entre otros), también deberá soportar determinadas cargas procesales (la carga de la impugnación del acto sancionador y las potestades de

ejecutoriedad y ejecutividad), esta última son consecuencia de la opción que realiza el ordenamiento jurídico por el sistema de Droit administratif. Únicamente cuando la Administración utilice abusivamente en el procedimiento sancionador determinadas potestades configurándolas como privilegios injustificados se romperá el principio de contradicción produciéndose una vulneración del derecho fundamental de defensa que consagra nuestro Texto Constitucional (...) Desde esta nueva perspectiva, el principio de contradicción se configura como una de las exigencias que se derivan de una tutela judicial efectiva y del proceso con todas las garantías que contempla la CE en su artículo 24. Vemos por tanto, como uno de los principios que rigen en el procedimiento se subjetivizan convirtiéndose en derecho fundamental, susceptible de amparo ante el TC (...) Es necesaria la existencia, pues, de una contradicción para que la actividad probatoria pueda ser calificada como prueba en un sentido estrictamente jurídico (...) Según veíamos con anterioridad, la nota esencial que caracteriza la contradicción es la conjunción del derecho de las partes a ser oídas con la exigencia de serlo en régimen de igualdad (...) De este modo, podremos encontrar determinados supuestos en los cuales no haya una verdadera contradicción —casos en que se produciría una vulneración del derecho de defensa— como sería el hecho de que se le negara injustificadamente su participación en la práctica de la prueba, imposibilidad de aportar alegaciones sobre esta actividad, el no poder aportar pruebas pertinentes para su descargo o, en definitiva, una injustificada inversión de la carga de la prueba...¹⁸

Para finalizar, debemos indicar que conjuntamente con la violación al derecho a la igualdad, también se pudiera lesionar el derecho a ser oído; derecho que se encuentra inmerso dentro de la garantía constitucional al Debido Proceso, en el artículo 49, numeral 2 de nuestro Texto Constitucional. Este derecho constitucional de estrecha vinculación con el derecho a la defensa, ha sido también analizado por la doctrina colombiana, de la manera siguiente:

...Tradicionalmente el derecho de toda persona a ser oída en un proceso y las consecuentes garantías que se le deben brindar con el objeto de materializar las finalidades del mismo son consideradas el punto de par-

¹⁸ AGUADO I CUDOLA, Vincec. *La Presunción de Certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 86 y ss. El carácter sancionador de los procedimientos administrativos exige por tanto un mayor apego a las reglas que garantizan el debido proceso, el derecho a la defensa y la justicia, de manera que se determine que el hecho en virtud del cual se impone la sanción esté plenamente probado y obviamente, apreciada correctamente la prueba. De tal manera que el organismo instructor del procedimiento, deberá ordenar la práctica de todas y cada una de aquellas pruebas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, bien de oficio o bien a instancia de parte, Pero tal práctica no se restringe únicamente a la realización de las pruebas pertinentes, sino también y muy especialmente a la correcta verificación, apreciación, calificación y valoración de las mismas, en aras de alcanzar la verdad material. En este mismo sentido ver las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de julio de 2000, N° 01698, Exp. 8639 y 18 de julio de 2000, N° 01668, Exp. 13131.

tida para la comprensión del Derecho de Defensa. No obstante, una aproximación al derecho de audiencia y las garantías que de él emanan, permiten visualizar íntegramente el más amplio campo de confluencia de los denominados derechos y garantías conexos con el Derecho de Defensa, en la medida, en que necesariamente al abordar su contenido se está haciendo referencia de manera directa a otros derechos y garantías conexos, como los de participación previa, solicitud de pruebas y algunos otros, si se tiene en cuenta, que no se puede entender el oír uno mismo, y por otra parte, que si se pretende oír a un sujeto procesal, la audiencia se debe concretar en la contradicción de los elementos probatorios allegados o solicitados.

Sobre esta base resulta imposible entender la audiencia de manera independiente o autónoma. Considerarla así sería una actitud torpe y perjudicial para el Derecho de Defensa y para las garantías con que debe contar toda persona en procura de la protección de sus derechos fundamentales en el proceso. La audiencia es eminentemente dinámica e interactiva, constituye la columna central de la construcción de un Derecho de Defensa material en la medida en que determina la dialéctica y controversia natural que implica en concepto de defensa.

Doctrinalmente, se le vincula con el principio de *audi alteram partem*, es decir con la necesidad natural, emanada de todo proceso construido sobre la base del respeto al principio de igualdad de escuchar las razones de nuestros contradictores. Para la profesora Hildegard Rondón de Sansó, implica la configuración del principio de la participación intersubjetiva en el proceso administrativo con el fin primordial de hacer efectivo el principio constitucional de la contradicción, o del derecho que tienen las partes interesadas a que se les garantice el enfrentamiento y el debate en torno de todo aquello que pueda crearles situación jurídica...¹⁹

El citado autor colombiano nos indica además, con arreglo a la jurisprudencia de su país, que este principio, configurado como garantía constitucional en nuestro Texto Fundamental, procura la ruptura de la actividad unilateral de la Administración en sus actuaciones. Así la Corte Constitucional de Colombia, como lo recoge el citado autor, ha manifestado:

...el avance de la investigación puede determinar que en un momento dado exista un acopio de pruebas que permitan deducir con claridad la existencia y naturaleza de los hechos constitutivos de las infracciones y establecer la identidad de los autores o partícipes. En tal circunstancia, y dada la situación de desigualdad en que se encuentran éstos, se impone la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso con el fin de restablecer una igualdad o balance entre la verdad establecida por la administración, que surge de la actuación que se ha adelantado y que pone en duda la inocencia del posible imputado, y la verdad que éste

¹⁹ Op. cit., pp. 274 y 275.

puede ofrecer al permitírsele ser oído y en aportar, así sea preliminarmente y antes del juicio la prueba de sus descargos...²⁰

En torno a este último punto, el Profesor SANTOFIMIO nos expresa:

...De esta manera, no solamente se garantizaría su derecho a la defensa sino que se contribuiría, de manera eficaz, a lograr la certeza que implica todo proceso dentro del ámbito de economía.

Respecto al derecho de defensa, dentro de la actuación administrativa, sus características y la necesidad de su configuración desde el mismo momento que se advierta la presencia de persona determinada, indicó la Corte lo siguiente: «... La defensa ... requiere ser unitaria, continua y permanente... ». Esto es, que nace desde el mismo momento en que se genera la duda para la administración sobre la conducta o los derechos involucrados en una actuación administrativa. Por esta razón, sólo y exclusivamente a partir de ese instante, y bajo tales condiciones, se le debe dar oportunidad a la persona investigada, de ser oído en relación con los hechos investigados, de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica...²¹

Por ello, la Administración está obligada a comprobar adecuadamente los hechos y a calificarlos para subsumirlos en el presupuesto de derecho que autoriza su actuación; y ello, sólo se puede lograr si se le permite al administrado el ejercicio de una libertad plena, sin limitaciones y transgresiones a sus derechos y garantías constitucionales, como las anteriormente reseñadas. Bajo este criterio, el contenido del artículo 58 de la LOPA encuentra una doble finalidad: asegurar el derecho a la defensa y demás derechos conexos que amparan al administrado, y, permitir a la Administración dictar actos fundados en hechos comprobados, no sólo por sus propias investigaciones, sino por los elementos, que en ejercicio del principio de la libertad probatoria, el administrado ha suministrado o aportado y que la Administración, ha considerado o desvirtuado.

Las designaciones, peticiones y propuestas

JUAN DE STEFANO*

HAY UNOS ACTOS ADMINISTRATIVOS que se insieren en el procedimiento y condicionan la expedición del acto principal. Ellos son las designaciones, las peticiones y las propuestas, y forman un «trait d'uni6n» entre los meros actos administrativos y los proveimientos. Precisa señalar que para algunos autores tales actos son manifestaciones de deseo, para otros son manifestaciones de voluntad, por eso, al revisar la definici6n que dio ZANOBINI del acto administrativo respecto a la que formul6 RANELLETTI a principios del siglo, se advierte que el primero inserta en ella las manifestaciones de deseo, que RANELLETTI omite. SANDULLI dice que dichos actos son manifestaciones mixtas de voluntad y opini6n. FRÁGOLA quien considera tales actos como manifestaciones de deseo con relevancia jur6dica, sostiene que el deseo, o el agrado, es el 6nico sentimiento que asume posici6n jur6dica en un acto administrativo.

Esto significa que las 6nicas declaraciones de sentimiento, que tengan valor jur6dico, son precisamente la designaci6n, la petici6n y la propuesta. Ellas son actos preparatorios y complementarios, los cuales no dejan de ser actos jur6dicos. Son actos que de modo directo e inmediato no afectan situaciones jur6dicas subjetivas, por cuanto son fases del procedimiento administrativo. Sin embargo, no se puede contestar su relevancia jur6dica como elemento de interpretaci6n en la formaci6n de la voluntad, sobretodo para los efectos jur6dicos que producen en los casos de propuestas obligatorias, todavía más cuando tal propuesta se vuelve vinculante y, por consiguiente, el vicio de una designaci6n o propuesta afecta por vicio derivado el acto definitivo, final. (FRÁGOLA, *Gli atti amministrativi*, pp. 132 y 133).

* Profesor de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jur6dicas y Pol6ticas de la U.C.V. Universidad de Nápoles, Doctor en Jurisprudencia. Universidad de Los Andes, Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela, Profesor Asociado de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

Sobre este particular, por lo que atañe a la propuesta y a la designación, se puede hacer la clasificación que procede para los pareceres, es decir, se pueden presentar propuestas obligatorias y, en algunos casos, vinculantes.

Considerar las designaciones y las propuestas como manifestaciones de deseo, o bien de voluntad, es cuestión de entenderse, dice FRÁGOLA, sobre todo, desde el punto de vista psicológico.

Sobre el concepto de voluntad y de deseo, parece evidente que estos conceptos son distintos, por cuanto el deseo no siempre se puede realizar, es una facultad psíquica anterior a la actuación, mientras la voluntad siempre se puede convertir en acto, en acción. Desde este ángulo la propuesta tiene por contenido un deseo, por cuanto el órgano que propone no tiene el poder de realizar su deseo, tiene sólo la facultad de expresarlo. (FRÁGOLA, obra citada, p. 133).

El órgano decisorio puede o no aceptar una petición, designación o propuesta, o bien aceptarla parcialmente; por eso se dice que tales actos son expresiones de deseo, y no de voluntad, y en este sentido forman la fase anterior a la determinación de la voluntad. No cabe duda que dichos actos administrativos dan lugar a una voluntad incompleta, porque necesitan la intervención volitiva de otro órgano para actuarlos.

ORESTE RANELLETTI dice que las designaciones, las peticiones y las propuestas son actos jurídicos que condicionan el ejercicio de una facultad por parte de otro órgano. En efecto, la ley hace depender el ejercicio de esta facultad del cumplimiento de uno de tales actos de designación, petición o propuesta.

Primero. Las «DESIGNACIONES»: En algunos textos de ley o reglamento, la designación se usa como sinónimo de nombramiento. En sentido propio la designación es, en vez, un acto preparatorio, instrumental que condiciona la expedición de otro acto definitivo y principal. Ella consiste en una indicación a un órgano de dos o más personas, para que expida un proveimiento que les concierne, por ejemplo, para que a una de esas personas, o a más de una, se les nombre para determinado cargo. La presentación de una terna es el caso típico de designación. En el campo del derecho administrativo, por prescripción de varias leyes, un órgano necesita tal designación, para que nombre válidamente a determinados funcionarios. Es útil dar un ejemplo. Para cargos tales como Presidente del Consejo de Estado, Director General de Ministerio, se puede proceder así: el Ministro competente hace la designación ante el Consejo de Ministros sobre tres nominativos (terna); este Consejo escoge aquel que cree ser el más idóneo en atención a sus cualidades humanas, méritos y credenciales, comprobada también la particular situación vigente a la sazón, y el

Primer Ministro propone el nominativo del seleccionado al Presidente de la República; éste nombra con propio Decreto al Presidente del Consejo de Estado, al Director General del Ministerio.

Un ejemplo de petición y designación, a la vez, en el derecho positivo de Venezuela lo presentaba la «Ley Orgánica del Distrito Federal» de fecha 11-10-1936, con el artículo 41: «Son atribuciones del Concejo Municipal: (...) 6. Presentar al Gobernador, cuando lo pida, la terna para el nombramiento del Administrador de las Rentas Municipales». Tal designación se convierte en un acto preparatorio, como parte de un procedimiento, es una fase anterior al proveimiento definitivo que consiste en el nombramiento.

Ejemplos interesantes que incluyen unidas las solicitudes o peticiones, las designaciones (ternas), aunque el texto use el término «proponer», los ofrece la Ley Orgánica de Régimen Municipal de fecha 29-03-1984:

Artículo 36. Son facultades del Concejo Municipal: (...) 3. Nombrar a los Directores o Jefes de los distintos Departamentos de la Administración Municipal, solicitando al efecto ternas al Administrador.

Artículo 58. Corresponde al Presidente del Concejo: (...) 4. Nombrar y remover el personal subalterno de ternas que le proponga el Administrador Municipal.

Artículo 65. Son atribuciones y deberes del Administrador: (...) 3. Proponer nombres de candidatos conforme a lo establecido en el ordinal 3º del Art. 36 y en el ordinal 4º del Art. 58.

La vigente Ley Orgánica del Régimen Municipal, expedida el 15-06-1989 y entrada en vigor el 2 de enero de 1990 (Gaceta Oficial N° 4109 Extraordinario) no contiene ningún precepto o disposición con un contenido igual a aquel de los artículos 36 y 65 de la anterior Ley de Régimen Municipal de 1984.

En virtud del artículo 18 de la Constitución de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente el 28 de enero de 2000 sanciona la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, que se promulga y publica el 8 de marzo sucesivo (Gaceta Oficial N° 36.906). En este sector particular interés presenta el Estatuto Orgánico provisorio de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, expedido por Alfredo Peña, Alcalde del Distrito Metropolitano, y publicado en la Gaceta Oficial N° 37.059 del 18-10-2000.

Segundo. Las «PETICIONES» son manifestaciones de voluntad, o de deseo, para que un órgano expida un reglamento o un acto administrativo especial.

Ahora bien, existen varios tipos de peticiones, por ejemplo: a) ciudadanos que forman parte de un gremio, tales como determinados industriales, comerciantes, a través de la respectiva Cámara, pueden pedir al Ministerio de Producción y Comercio, o al Gabinete Económico, que expidan una resolución ministerial, con la cual se discipline un determinado sector empresarial; que expidan normas técnicas sobre alguna materia; b) el gremio de vendedores de repuestos para vehículos piden al Ministro de Producción y Comercio, que regule la venta de sendos repuestos, según dados criterios y modalidades; c) el Colegio de Médicos pide al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social que emane una resolución, para determinar nuevos precios sobre medicamentos.

El modo de pensar del Profesor FRÁGOLA resulta acertado, por cuanto el Colegio de Médicos o la Federación Farmacéutica sólo pueden expresar su instancia, su deseo, por estar convencidos que la aplicación de tales medidas resulta justa y conveniente. Sin embargo, el decidir que se expida la resolución pertinente depende de la Administración Pública.

Tercero. La «PROPUESTA» es la que más interviene en las relaciones interorgánicas y también entre las personas de Derecho Público. La propuesta consiste en la presentación de una persona, de un proyecto o esquema de un reglamento, de un proveimiento, hecha por un órgano a otro para que éste, previa las evaluaciones del caso, pueda nombrar la persona, pueda expedir el reglamento o el proveimiento. La propuesta es un acto que tiene contenido con límites más concretos. La designación tiene contenido más amplio. La propuesta está dirigida a obtener un determinado acto normativo, o administrativo, puede ser un reglamento especial, o un proveimiento. Ella es la presentación de una persona, de un esquema, o proyecto de acto normativo que un órgano hace a otro, quien hechas las averiguaciones pertinentes nombra, o expide el acto solicitado.

En la mencionada Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, el artículo 16 contiene el ejercicio de dos propuestas: El Alcalde propondrá el nombramiento del Procurador Metropolitano al Cabildo, quien lo nombrará por la aprobación de la mayoría de sus miembros, en los primeros 30 días posteriores a su instalación. El Alcalde propondrá al Cabildo la destitución del Procurador Metropolitano, por fallas graves en el ejercicio de sus funciones, y el Cabildo Metropolitano deberá aprobarla por la mayoría absoluta de sus miembros.

En las relaciones de carácter constitucional hay ejemplos de propuesta, por ejemplo: la propuesta que el Primer Ministro hace al Presidente de la República, para que nombre a un alto funcionario del Estado, a los Ministros que integrarán el nuevo Consejo de Ministros. En el régimen presidencial, el Presidente de la República nombra a los Ministros de su

iniciativa, según criterio propio mediante un acto de gobierno. En el sistema parlamentario el Primer Ministro, para que forme el Consejo de Ministros, debe considerar las designaciones que le hacen los grupos parlamentarios y, una vez que haya escogido a las personas que colaborarán con él, hace la propuesta al Presidente de la República, quien los nombra con propio decreto.

En el sector administrativo la propuesta es un acto de la administración, pero en el sector constitucional se erige en acto de gobierno. El Primer Ministro cumple un acto de gobierno, cuando propone al Jefe de Estado la persona que debe integrar el Consejo de Ministros. Estos actos no son definitivos, asumen la naturaleza de actos instrumentales y son importantes, porque condicionan la emanación del proveimiento definitivo: el nombramiento.

En resumen:

- a. la designación es la indicación a un órgano de tres o más personas, para que expida un proveimiento que les concierne;
- b. la petición de un órgano a otro se hace, para que el segundo emane un acto normativo, o bien un acto administrativo especial;
- c. la propuesta consiste en la presentación de una persona, o del esquema de un acto normativo, o administrativo, de un órgano a otro, para que éste previa evaluación del caso nombre a dicha persona para un cargo, o bien expida el acto normativo, o el proveimiento, que se ha propuesto.

Es útil dar unas nociones sobre la eficacia de tales actos, esto es, sobre los efectos que producen, o que se derivan de estos actos. A veces el órgano, al cual se hace la designación queda libre de aceptarla, pero tampoco puede nombrar a la persona que considera idónea, si no está incluida en la designación; lo que puede hacer es solicitar al órgano competente otra designación.

La propuesta puede vincular, a veces, a la autoridad a la cual se presenta, en el sentido de que ésta no puede tomar un proveimiento diverso del propuesto. Por lo tanto, una vez que se propone un determinado esquema, el órgano debe decidir sobre el mismo, no puede emanar uno diverso de aquel que se le ha propuesto. Sin embargo, en caso de no compartir el proyecto incluido en la propuesta, el órgano puede no expedir algún proveimiento, y si una medida debe emanar, puede solicitar al órgano proponente que presente otra propuesta. En casos semejantes se establecen relaciones de contacto, en el sentido de que, si la medida es necesaria, se busca una solución, puntos de coincidencia entre el órgano decisorio y el órgano proponente.

La petición pone al órgano, al cual se dirige, en condición de ejercer el poder, o la facultad, en objeto. Cuando lo que se pide es un acto reglado, la petición deja de ser la expresión de deseo, para convertirse en una voluntad. Es preciso observar que lo mismo procede para la designación y la propuesta, en el sentido de que si los órganos respectivos están obligados a expedir el nombramiento, el acto normativo o administrativo, se puede decir que en tales casos también la designación y la propuesta asumen naturaleza de exteriorización de voluntad.

Desde esta perspectiva parece procedente anotar que a los tres actos «designación, petición y propuesta» se les considera manifestaciones: a) de deseo, cuando los órganos decisorios expiden los proveimientos respectivos en ejercicio de facultades discrecionales; b) de voluntad, en los casos en que las medidas que emanan los órganos competentes, son actos reglados obligatorios.

Ahora bien, de aceptarse la distinción anterior, cabe advertir que dichos actos administrativos y los proveimientos definitivos, también cuando la designación, la petición y la propuesta se consideran manifestaciones de voluntad, no dan vida a un acto complejo, tanto menos a un acto colectivo, quedan actos parciales de un procedimiento administrativo, para constituir el acto principal. A tal fin basta señalar que el proveimiento, aunque en el proemio de su texto cita expresamente «a petición de...», «sobre propuesta, o sobre designación de...», lleva la suscripción del solo órgano decisorio. Esto demuestra que ambos proveimientos, el instrumental y el definitivo, son actos distintos, autónomos, separados.

La situación jurídica resulta diferente, si el órgano proponente, por ejemplo, el Ministro refrenda el Decreto Presidencial. Aquí hay dos actos, la propuesta del Primer Ministro (República Parlamentaria), del Ministro o más Ministros, y el Decreto presidencial constituido por la voluntad del Jefe de Estado y por la de sus Ministros proponentes, quienes refrendan el Decreto. El Decreto presidencial es por definición doctrinaria un acto complejo. Sin embargo, tal como pone en evidencia ORESTE RANELLETTI:

La voluntad del Ministro que concurre a la formación Decreto presidencial no es la exteriorizada en la propuesta. Ésta es un acto administrativo diverso dirigido a producir la emanación del Decreto, y se agota con la aceptación de la propuesta por parte del Presidente y subsiguiente expedición del Decreto, o bien con el rehusar la misma. (*Teoría degli atti amministrativi speciali*, p. 29).

Aunque actos instrumentales, complementarios que condicionan la expedición del acto final, éstos son actos que siempre tienen relevancia jurídica. En efecto, el órgano que emana el proveimiento principal, sea un nombramiento, sea un acto administrativo especial o normativo, no puede

hacerlo sin la designación, propuesta o petición. Por lo tanto, es interesante recordar que tanto a nivel constitucional, como a nivel administrativo, hay órganos importantes que expiden determinados proveimientos, pero no pueden hacerlo de su iniciativa, es necesario que otro órgano les haga una designación, una propuesta, o una petición. El Jefe del Estado, el Ministro, el Gobernador, el Alcalde no pueden expedir una determinada resolución, reglamento, nombramiento, sin que estén precedidos por una propuesta, petición o designación.

BIBLIOGRAFÍA

- UMBERTO FRÁGOLA, *Gli atti amministrativi*, 2ª edic., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1964.
- ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7º edic., Editore Dott. A. Giuffrè, Milano, 1945.
- ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 8º edic., Casa Editrice Dott. A. Eugenio Jovene, Nápoli, 1964.

La indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos

MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

INTRODUCCIÓN

EN ESTAS NOTAS SE PLANTEA el problema relacionado con la indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos¹. Nuestra pasión por el tema de la corrección monetaria la hemos evidenciado en otras oportunidades y en esta ocasión deseamos pronunciarnos sobre su procedencia respecto a los trabajadores de la función pública. De allí que nuestros comentarios se centrarán básicamente sobre esta idea; pero, para ello, vamos a hacer previamente una breve referencia a la indexación y a su fundamento en la materia laboral.

I. LA INDEXACIÓN

La indexación se presenta como la actualización de la cantidad debida al momento de su pago de conformidad con la inflación². Se trata en esen-

* Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Investigador-docente.

¹ El supuesto de los obreros al servicio del Estado fue contemplado —y resuelto— en la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990, artículo 8, al señalar: «Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley».

² La inflación se traduce en un aumento general de los precios. Véase sobre la inflación: LOSADA, Benito Raúl: «Inflación: Causas, consecuencias, control inflacionario». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 13-26. Véase igualmente: GUIBOURG, Ricardo A.: «La inflación y los derechos del trabajo». En: *Legislación del Trabajo*, N° 378, Junio 1984, p. 481, indica: «Los economistas definen actualmente la inflación como una elevación continua del nivel general de precios, pero el hombre de nuestro tiempo —salvo en unos pocos lugares del mundo— no precisa estudiar economía para conocer demasiado bien un fenómeno que sufre en carne propia».

cia de un ajuste por inflación del monto adeudado, en función de determinados índices que reflejan la variación de los precios.³

La indexación o corrección monetaria⁴ permite que una deuda no se vea envilecida por los perniciosos efectos del fenómeno inflacionario, y hace que se devuelva exactamente la misma cantidad adeudada en su valor real. Pretender la devolución del mismo monto debido en términos numéricos presenta serios inconvenientes desde el punto de vista jurídico y económico.

Los fundamentos teóricos de la corrección monetaria de las obligaciones de dinero, deben buscarse dentro de los principios generales que informan nuestras instituciones jurídicas, los cuales están por encima de las aparentes barreras que se levantan como consecuencia de una interpretación rígida de ciertas normas positivas.⁵

³ Sobre la noción de indexación, véase: DOMÍNGUEZ G., María C.: *La Indexación. Su incidencia a nivel de los tribunales laborales de instancia*. Caracas, APUCV, 1996, p. 16; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: «Consideraciones procesales sobre la indexación laboral» en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 117. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 217-220.; GRAMCKO, Luis Angel. *Inflación y Sentencia*. Caracas, Edit. Vadell Hermanos, 1993, pp. 31-32; CONDORELLI, Epifanio. *Régimen Procesal de la Indexación*. La Plata, Librería Editorial Platense S.R.L., 1978, p. 33; GURFINKEL DE WENDY, Lilian N.: *Depreciación Monetaria. Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edic., 1977, pp. 139 y 140; CIFUENTES AGUAYO, Mauricio y Sonia MENDOZA RODRÍGUEZ: *La Corrección Monetaria en el Derecho Laboral*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1985, pp. 30-36. Véase igualmente sobre la indexación: RISOLIA, Marco Aurelio: *La Depreciación Monetaria y el Régimen de las obligaciones contractuales*. Monografías Jurídicas N° 21, Argentina, Abeledo-Perrot, 1960; PARADA BARRENECHE, Oscar Hernando y Oscar Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ: *Inflación y revaluación en las obligaciones dinerarias*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1988; ESCOVAR LEÓN, Ramón: «Aspectos procesales de la indexación judicial». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 385-414.

⁴ Tomaremos los términos indexación y corrección monetaria como sinónimos. Así lo ha entendido tradicionalmente la jurisprudencia y buena parte de la doctrina. Véase en este último sentido: Véase utilizando los términos como sinónimos: PARADA BARRENECHE y SOLARTE RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 82 y 83; CIFUENTES AGUAYO y MENDOZA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 30; ESCOVAR LEÓN, ob. cit., pp. 386 y 394; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, p. 218. Véase haciendo una diferencia entre los conceptos: RODNER, James Otis: «Correctivos por inflación en las obligaciones de dinero y obligaciones de valor». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 78-83. El autor utiliza la expresión corrección monetaria para aludir al ajuste impuesto por el Estado a las obligaciones de sumas de dinero, en tanto que la indexación alude en su criterio a la corrección monetaria que aplica el juez. Finalmente el autor alude a la indexación negocial para aludir a las cláusulas de valor que las partes pueden colocar en un convenio. Véase igualmente: RODNER, James Otis: *El Dinero, la Inflación y las deudas de valor*. Caracas, Edit. Arte, 1995, pp. 281 y 286.

⁵ URIBE RESTREPO, Luis Fernando: *Las Obligaciones Pecuniarias Frente a la Inflación*. Bogotá, Edit. Temis. S.A., 1984, p. 66.

Entre las razones que justifican la procedencia de la indexación se citan la justicia, la equidad, la integridad del pago y el enriquecimiento sin causa.⁶ Sería a todas luces injusto que el deudor pretenda devolver al acreedor la misma cantidad numéricamente considerada, si la inflación se ha multiplicado desde el momento de la mora. Significa entonces que la cantidad adeudada se ha visto disminuida en su valor sustancial y que sólo por vía de la indexación podemos restituir el equilibrio de las prestaciones.

2. FUNDAMENTO DE LA INDEXACIÓN LABORAL

La corrección monetaria de las prestaciones debidas cobra especial interés en materia laboral, porque la cantidad adeudada es el fruto del trabajo del acreedor. El trabajo configura una de las nociones más importantes del mundo jurídico porque constituye lo que ha calificado la doctrina como un «hecho social»⁷, como un derecho-deber, y como un valor esencial para la satisfacción y desarrollo del ser humano. La supervivencia del hombre a través de la actividad que despliega con su esfuerzo, tiñe de particulares matices la interpretación de la materia laboral y la aleja del típico principio de la autonomía de la voluntad imperante en el derecho privado. De allí que se indique que el derecho del trabajo, conjuntamente con el derecho de menores y el derecho agrario, entre otros, constituyen

⁶ *Ibid.*, pp. 65-100. Véase igualmente: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, pp. 222-230. Se cita igualmente el art. 1.737 del Código Civil.

⁷ Así lo califica la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su art. 89, la LOT en su art. 1 y la sentencia líder en materia de indexación laboral de fecha 17-3-93. Esta última y los comentarios del ponente puede consultarse en: ALFONZO GUZMÁN, Rafael J.: «La Indexación Laboral en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1.993 (Sala Civil)». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 79-116. Véase igualmente la decisión en: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 449-59. Sobre el trabajo como hecho social, véase: PARRA ARANGUREN, Fernando: «Reflexiones sobre el título primero de la Ley Orgánica del Trabajo». En: *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*. N° 5, Año 6. Caracas, 1992, pp. 113-116. Entendemos que el trabajo ocupa un sitio especial dentro de las relaciones jurídicas en razón de su función esencial para el desarrollo del ser humano, sin embargo, desde un punto de vista estricto podría decirse que el derecho siempre regula hechos sociales, pues los hechos del individuo en cuanto ente aislado (una persona en una isla desierta) no tienen trascendencia jurídica y no pueden llegar a constituir una relación de derecho. Véase: PARRA ARANGUREN, Fernando y Alberto SERRANO: «Elementos para el estudio de la norma jurídica». En: *Actas Procesales del Derecho Vivo*, Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiunica, 1977, p. 43, indican que el derecho tiene como finalidad encauzar la actividad del hombre en su vida social y no en su vida como individuo. En el mismo sentido agregan a propósito de la situación jurídica que las relaciones jurídicas implican la posición de los sujetos frente al ordenamiento jurídico. (*ibid.*, p. 69).

«derecho social»⁸ y no propiamente derecho privado, porque en este último las partes se encuentran en un plano de igualdad, en tanto que en materia laboral una de las partes se encuentra en una situación de hiposuficiencia jurídica y, en consecuencia, requiere de una peculiar protección⁹.

Tales ideas ciertamente afectan la parte económica de la relación de trabajo y entre ésta la situación de la indexación. Se ha considerado que en virtud del carácter irrenunciable que tienen las normas del derecho del trabajo es procedente la indexación de oficio en materia laboral.¹⁰ Esto en virtud de la delicada y vital fuente que representa el trabajo para el ser humano. Así si la corrección monetaria encuentra su fundamento en la justicia, la equidad y la reparación total del daño, tales ideas se acen-túan en una materia donde la disminución real del salario suele ser fatal.¹¹ La necesidad imperiosa de la corrección monetaria en materia laboral ha sido defendida por la doctrina en razón de que del trabajo depende la subsistencia y desarrollo del ser humano.¹²

La indexación se presenta como necesaria a los efectos de lograr un pago completo de las cantidades debidas al trabajador. Pretender el pago de las prestaciones laborales en términos numéricos constituiría un empobrecimiento del trabajador y un enriquecimiento sin causa del patrono. Por otra parte, el fundamento de la corrección monetaria se inspira en un pago integral o completo, en la justicia y en la equidad.¹³

En definitiva el patrono está pagando, desde el ángulo real del valor adquisitivo de la moneda, lo mismo que comenzó a deber a partir de la ter-

⁸ De allí la creación de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia que trata la materia. Véase igualmente: DELHUVENNE, M.: «Divergencias entre el derecho común y el derecho de seguridad social». En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, Tomo II, p. 1720, quien indica: «El derecho social ha obedecido siempre a necesidades distintas a las del ciudadano en general». Véase igualmente: GAMILLSCHEG, Franz: «El Derecho del Trabajo y el Derecho Civil en Alemania». En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera., ob. cit., p. 1669.

⁹ Por esta razón, alguna parte de la doctrina afirma que el «derecho público» regula relaciones de subordinación; el «privado» de coordinación; y el social, de «inordinación».

¹⁰ Sobre la evolución de la jurisprudencia en este sentido, pueden verse nuestros trabajos: *La indexación...*, pp. 34 y ss; *Consideraciones...*, pp. 260 y ss.

¹¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, pp. 260 y 261.

¹² Véase sobre el fundamento de la indexación en materia laboral: CIFUENTES AGUAYO y MENDOZA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 99; URIBE RESTREPO, ob. cit., p. 250, CONDORELLI, ob. cit., p. 159; PARADA BARRENECHE y SOLARTE RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 322 y 323; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, pp. 260 y ss.

¹³ Véase nota 6.

minación del contrato de trabajo. Estará pagando el mismo valor real del cual se constituyó deudor.¹⁴

De allí que las críticas que han surgido en contra de la figura de la corrección monetaria tienen lugar por ubicarse en la cómoda posición del deudor y desconocen que el dinero tiene un valor que no debe verse mermado por el transcurso del tiempo.

3. PROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN EN MATERIA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La indexación se presenta como una figura necesaria a los efectos de lograr un pago completo de la cantidad adeudada y ello se torna particularmente imperante tratándose de las cantidades debidas por concepto de trabajo, porque el salario es el medio esencial de subsistencia del ser humano.

Ahora bien, si esto es así, la indexación o corrección monetaria debe aplicársele igualmente a las cantidades adeudadas a los funcionarios públicos.

No obstante, encontramos una sentencia que indicaba que «dada la naturaleza pública de la función pública que cumple el empleado municipal no resulta aplicable la indexación solicitada».¹⁵

Por nuestra parte, criticamos radicalmente tal consideración:

Resulta curioso un conveniente criterio para la Administración pero fulminante para el trabajador público, según el cual las prestaciones laborales debidas a éste no pueden ser objeto de indexación en razón de la naturaleza de su función.

Dicha posición resulta evidentemente injusta para el trabajador público, pues éste ciertamente también se ve afectado por el fenómeno inflacionario. Si resulta procedente la indexación laboral en términos generales, pues también ha de encontrar aplicación cuando el patrono moroso sea la Administración. El Estado no puede desconocer los derechos del funcionario, porque sus prerrogativas no pueden ir en contra del más débil.

Cuando el Estado se encuentra moroso sus deudas también deben ser objeto de indexación, porque la inflación no pesa menos cuando sus efectos derivan del incumplimiento contractual de la Persona Jurídica por excelencia.

¹⁴ MILLE MILLE, Gerardo: *Temas Laborales. Comentarios sobre jurisprudencia laboral y la Ley Orgánica del Trabajo*. Caracas, Paredes Editores, 1991, Vol. V, p. 112.

¹⁵ Corte Primera de la Contencioso Administrativo, Sent. 15-5-99, J.R.G., T. 154, p. 240.

En este sentido se puede observar la procedencia de la corrección monetaria a favor de empresas demandantes contra la República de Venezuela (Ministerio de la Defensa). (CSJ/SPA, Sent. 5-12-96, J.R.G., T. 140, pp. 813-816). Así, si se ha aceptado —como debe ser— la corrección monetaria contra la República a favor de empresas, con mayor razón debe prosperar la actualización monetaria de lo adeudado al funcionario público, porque éste no escapa del efecto pernicioso de la inflación.¹⁶

En efecto, la indexación tiene su base en la satisfacción total de la deuda y si el patrono deudor es el Estado, éste no puede pretender exonerarse del pago completo, el cual no tiene lugar si la cantidad debida no es objeto de corrección monetaria.

Los privilegios de la Administración no pueden sobreponerse a los derechos de la persona, según las cómodas interpretaciones de los propios órganos del Estado. Si la indexación tiene un fundamento de justicia y equidad, el mismo es igualmente aplicable al funcionario público, porque sobre éste pesa igualmente el fenómeno inflacionario.

Posteriormente, observamos que la jurisprudencia adopta este último criterio. Encontramos así una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se pronuncia a favor de la indexación de las prestaciones sociales de los funcionarios públicos. Indica la decisión, que hasta ese momento, esto había sido objeto de rechazo, pero ahora se considera que existe una nueva manera de aplicar la justicia. Considera la Corte que el pago de las prestaciones ordenadas debe hacerse conforme a las premisas señaladas y se debe ajustar el valor en base a los índices correspondientes.¹⁷ Este criterio ha sido ratificado en sentencias posteriores.¹⁸ Sin embargo, a pesar que la indexación en materia de carrera administrativa fue reconocida en tales sentencias, vale indicar que las mismas asumen un criterio —a nuestro juicio— incorrecto respecto al cálculo indexatorio porque ordena la exclusión de los períodos de inactividad judicial imputables a la lenta administración de justicia.¹⁹ Creemos —como hemos indicado otras veces— que la

¹⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, pp. 268 y 269.

¹⁷ Véase: C1CA, Sent. 24-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 255-238.

¹⁸ Véase: C1CA, Sent. 9-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 208 y 209; C1CA, Sent. 14-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 267 y 268; C1CA, Sent. 4-7-00, J.R.G., T. 167, pp. 148-150.

¹⁹ En efecto, en las sentencias citadas en la nota anterior, se ordena excluir del cálculo indexatorio los períodos de inactividad judicial, tales como huelgas y período de sentencia. Por nuestra parte, nos mostramos en absoluto desacuerdo con tal posición porque la indexación no es una sanción susceptible de ser excluida según las circunstancias, sino simplemente un ajuste por inflación. Véase en este sentido: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, pp. 246 y 248: «En efecto, si bien el problema de la lentitud de la administración de justicia no debería recaer sobre el deudor, pues con mayor razón no debe pesar sobre el acreedor. Y este último es quien resulta perjudicado con esta nueva tendencia de la jurisprudencia. Excluir de la corrección monetaria los períodos de inactivi-

indexación debe calcularse desde la fecha de la culminación de la relación de trabajo²⁰ hasta el momento del pago, sin exclusión de los períodos de inactividad judicial. Este criterio resultaría igualmente aplicable a la corrección monetaria de las prestaciones de los funcionarios públicos.

La decisión indicada alude a la noción de justicia, concepto que ya habíamos expresado al manifestar nuestro desacuerdo en torno a la improcedencia de la corrección monetaria en materia funcional.²¹

dad procesal imputables a la lenta administración de justicia, tales como las huelgas o el período de sentencia el cual puede durar años, resulta a todas luces incompatible con las ideas que inspiran la indexación; ésta no es una sanción susceptible de ser excluida según las circunstancias, es simplemente un ajuste por inflación que debe tener lugar si la sentencia definitiva declara con lugar el pago de la deuda. Desde el punto de vista sustancial, el deudor está devolviendo la misma cantidad a la que estaba obligado inicialmente. Así pues, pensamos que la posición que pretende excluir del cálculo de la indexación la lenta administración de justicia, se traduce en un retroceso en materia de corrección monetaria, pues entonces nuevamente será beneficioso y rentable para el deudor deber dinero, pues los períodos más largos que transcurren en el proceso desde la demanda hasta la sentencia son precisamente, producto de la lentitud del sistema». Este criterio fue acogido por la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de febrero de 2001, caso José Benjamín Gallardo González contra Andy de Venezuela C.A. (Véase: En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/012-060201-99519.htm>). Asimismo véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: «Comentarios a la sentencia del 17-5-00 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso José Tesorero Yáñez c Hilados Flexilón S.A)». En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2.000, pp. 220-222, dicha decisión si bien no considera en forma expresa que no deben excluirse del cálculo indexatorio los períodos de inactividad judicial imputables a la lenta administración de justicia como sí lo hace la del 6-2-01, no se pronunciaba respecto a la exclusión de tales períodos, los cual señalamos como positivo.

²⁰ Véase en este sentido: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, p. 242; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Comentarios...*, p. 219; CENTENO, Norberto. «La Indexación de los Créditos Laborales en la República Argentina». En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, Tomo I, pp. 94 y 95. Las citadas decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fechas 17-5-00 y 6-2-01, consideran que la indexación debe formularse desde la fecha de admisión de la demanda. Mostramos nuestro desacuerdo por tal postura porque entre esta última fecha y la fecha de la culminación de la relación laboral puede mediar un período de tiempo considerable que en modo alguno puede imputarse al trabajador. En algunas hipótesis, además, por imperio de la ley, es obligatorio el cumplimiento de la actividad conciliatoria previa, como es la contemplada en la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, artículo 32, que indica «En los juicios del trabajo contra las personas morales de carácter público, en su carácter de patronos, los Tribunales del Trabajo no darán curso a la demanda sin previa comprobación de haberse gestionado la respectiva reclamación por la vía administrativa». En este supuesto, nos preguntamos, ¿el lapso requerido para la reclamación administrativa puede ser calificado de tardanza en ejercer el derecho a reclamar por vía judicial imputable al trabajador? De allí que la fecha de inicio de la indexación ha de computarse a partir de la fecha de la finalización de la relación laboral a los fines de lograr un pago completo porque es a partir de este momento en que el deudor entra en mora.

²¹ Para MOSETT y LORENZETTI, la indexación no tiene su base en la justicia sino en la teoría monetaria, véase: MOSSET ITURRASPE, Jorge y Ricardo Luis LORENZETTI: *Derecho Monetario*. Argentina, Rubinzal-Calzoni editores, 1989, p. 472.

La justicia se presenta como una de las nociones que apoyan el fundamento de la indexación, porque ciertamente sería injusto que se pretendiera devolver la misma cantidad, desde el punto de vista numérico, cuando la inflación se ha multiplicado. La satisfacción integral de la deuda igualmente reclama un pago completo porque de no darse el ajuste por inflación no se está devolviendo el monto adeudado desde el punto de vista sustancial. Finalmente, la improcedencia del ajuste se traduce en un empobrecimiento para el trabajador acreedor y en un enriquecimiento sin causa para el patrono deudor. La circunstancia de que este último sea el Estado no exonera al mismo de la necesidad de la indexación. No puede pretender la Administración enriquecerse a costa del esfuerzo de quienes prestan una función de naturaleza pública.

La inflación afecta por igual al trabajador privado y al público, es de hacer notar que el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone: «El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del *sector público y privado* un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica» (destacado nuestro). De los artículos 92 y siguientes, *eiusdem*, no se desprende ninguna diferencia a favor del trabajador privado, pues ciertamente el trabajo es un hecho social que ha de ser protegido al margen del patrono. Si éste es la Administración Pública, el régimen especial de carrera administrativa, no excluye la necesidad de un pago completo.

De allí que la indexación sostenida en materia laboral²² resulta plenamente aplicable al funcionario público. El régimen especial de carrera administrativa en modo alguno podría excluir la necesidad de la corrección monetaria. Se incluyen dentro del ámbito de validez de la LOT, «las situaciones y relaciones jurídicas fundadas en la prestación de servicios subordinados al Estado, en su condición de Empleador («dador de trabajo» o «patrono»)».²³

²² En este sentido se citan los artículos 60, literal g de la LOT que consagra el principio de equidad, el art. 66 de la misma que establece que el trabajo debe ser remunerado, y el art. 10 *eiusdem* que alude al carácter irrenunciable y de orden público de las normas laborales. Esto lo había sostenido con anterioridad a la citada sentencia líder de la materia del 17-3-93, en una decisión de fecha 27-1-93 del Juzgado Séptimo de Primera Instancia del Trabajo, Exp. N° 708. Actualmente vale citar los arts. 89, ords. 2 y 3, de la Constitución y el art. 92 *eiusdem*.

²³ Véase: Laudo Arbitral, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.656 Extraordinario, miércoles 8 de diciembre de 1993, IV, 11, p. 2.

El salario, producto del esfuerzo, debe ser retribuido mediante un pago integral, para lo cual se hace imprescindible, la actualización monetaria. El pago completo se presenta así como un derecho irrenunciable.²⁴

Creemos entonces que la necesidad y justicia que supone la indexación no permite su exclusión a una categoría especial de trabajadores a conveniencia de la Administración. La figura de la corrección monetaria ha sido reconocida en materia de derecho público y aun contra el Estado.²⁵ Esto porque el Estado como sujeto de derecho que es, no puede pretender por su posición privilegiada sustraerse de los justos efectos que se desprenden de la corrección monetaria. La persona jurídica por excelencia, no debe hacer valer su posición de imperium para pagar la cantidad debida pero disminuida en su valor real, porque cuando ocupa la posición de patrono esa interpretación se traduciría en una violación de los derechos del funcionario público, quien tiene pleno derecho a un pago completo. Si las cantidades que se le deben por concepto de trabajo al funcionario público no son objeto de indexación, el Estado está enriqueciéndose ilegítimamente a costa del débil jurídico.²⁶

Si la indexación ha procedido —como es lógico— en el ámbito del derecho público²⁷, en materia de expropiación²⁸, de contratos administrativos²⁹, impuesto sobre la renta³⁰, etc., no existe razón jurídica y lógica para negarle al funcionario público el derecho a un pago completo derivado de la corrección monetaria.

²⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, p. 215.

²⁵ Véase: CSJ/SPA, Sent. 5-12-96, J.R.G., T. 140, pp. 813-816.

²⁶ El Estado no debe ni puede aprovechar su posición de superioridad para desconocer en su condición de patrono los derechos de los trabajadores que tiene a su servicio. Pretender lo contrario roza —aunque parezca exagerado— en una especie de violación de los derechos humanos.

²⁷ Véase: RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: «El derecho público frente a la inflación». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 171-212.

²⁸ Véase: SOSA GÓMEZ, Cecilia: «La indexación en la expropiación por causa de utilidad pública». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1.994, pp. 145-169. Véase sobre la indexación en materia de expropiación: CSJ/SPA, Sent. 25-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 774-776. Véase igualmente un caso de expropiación donde ordena la indexación y los intereses al 12% a partir de la fecha de la ocupación. (C1CA, Sent. 22-6-99, J.R.G., T. 155, pp. 278 y 279).

²⁹ Véase: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «El Reconocimiento de los Efectos Inflacionarios en la Contratación Pública». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp.189-202.

³⁰ Véase: ROMERO MUCI, Humberto: «El ajuste por inflación en la nueva ley de Impuestos sobre la Renta». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 241-310; PADRÓN AMARÉ, Oswaldo: «Inflación y tributación: un reto a la racionalidad de los sistemas tributarios». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 213-237.

Siendo así, la indexación resulta plenamente aplicable a las prestaciones debidas a los funcionarios públicos en los mismos términos en que es procedente la corrección de los trabajadores del sector privado. De manera que serían aplicables en la materia las nociones desarrolladas en este sentido respecto a la indexación en general, tales como la forma de cálculo³¹, el período indexatorio³², la procedencia de los intereses³³, el índice³⁴, etc.

El juzgador no puede cerrarse a la necesidad de la corrección monetaria pues el dinero tiene un valor real en el tiempo que el jurista no puede desconocer.³⁵ Si ese valor substancial del salario pretende desconocerlo el Estado como patrono aprovechando su cómoda posición de poder, se corre el riesgo de violentar gravemente el derecho del trabajador público a recibir un pago integral y real.

CONCLUSIÓN

La indexación supone la actualización de la cantidad debida al momento de su pago a fin de corregir el efecto inflacionario. La misma se torna particularmente importante y necesaria en materia laboral, en virtud del carácter vital que representa el trabajo para el ser humano, a fin de que el trabajador pueda percibir un pago completo como contrapartida a su labor. El hecho de que el Estado sea el patrono en modo alguno configura un eximente de la indexación porque el régimen especial de carrera administrativa, no excluye la necesidad de un pago completo. Las prerrogativas

³¹ Sobre la forma de cálculo de la indexación, véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Consideraciones...*, pp. 253-257. La forma más sencilla y que puede realizar directamente el juzgador, consiste en dividir el Índice de precios al consumidor del mes que se hace efectivo el pago (IPCF) entre el Índice de precios al consumidor de la fecha de egreso del demandante (IPCI). El producto de esta división será multiplicado por la cantidad que se pretende indexar. Es decir: $IPCF/IPCI = Z$ y luego, $Z \times$ cantidad debida.

³² Véase: *ibid.*, pp. 241-247. Véase igualmente nota 19 y 20. Indicamos que la corrección debe proceder desde el momento de terminación de la relación de trabajo hasta el momento del pago sin exclusión de los períodos de inactividad judicial.

³³ Véase: *ibid.*, pp. 247-252. La aplicación de la indexación no exime del pago de intereses pues son conceptos distintos, la primera constituye un ajuste por inflación, los segundos tienen lugar por la no utilización del dinero. El art. 92 de la Constitución indica que «...el salario y las prestaciones son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses los cuales constituyen deudas de valor...». Vale observar que los intereses no constituyen deudas de valor, la deuda de valor está representada por la cantidad debida la cual será objeto de indexación y a esta cantidad se le debe sumar el monto adeudado por concepto de intereses. Sobre la noción de deudas de valor, véase, *ibid.*, pp. 230-234.

³⁴ Véase: *ibid.*, pp. 251-253. Se aplican los índices del Banco Central de Venezuela.

³⁵ *Ibid.*, p. 281.

de la Administración no pueden en modo alguno desconocer el fundamento mismo de la indexación y su trascendencia a los efectos de lograr un pago integral como contrapartida al esfuerzo producto del trabajo. Si la corrección monetaria ha sido sostenida respecto de la materia pública en general, con mayor razón ha de proceder cuando estemos en presencia del pago de las prestaciones laborales. La inflación no distingue entre el patrono privado y el público, sus efectos atacan por igual a todos los trabajadores y, desconocer tal realidad, se traduce en una absurda y cómoda interpretación de las ideas que inspiran la corrección monetaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONZO GUZMÁN, Rafael: *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 6ª Edic., 1983.
- : «La Indexación Laboral en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1993 (Sala Civil)». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 79-116.
- : «La Indexación en materia de prestaciones sociales». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 137-144.
- CASIELLO, Juan José: *Desvalorización Monetaria. Su incidencia en las obligaciones de dar sumas de dinero*. Buenos Aires, Roque Depalma editor, 1961.
- CENTENO, Norberto. «La Indexación de los Créditos Laborales en la República Argentina». En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, Tomo I, pp. 77-99.
- CIFUENTES AGUAYO, Mauricio y Sonia Mendoza Rodríguez: *La Corrección Monetaria en el Derecho Laboral*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1985.
- CONDORELLI, Epifanio J. *Régimen Procesal de la Indexación*. Argentina, Librería Editora Platense S.R.L., 1978.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: *La Indexación. Su incidencia a nivel de los tribunales laborales de instancia*. Caracas, APUCV, 1996.
- : «Consideraciones procesales sobre la indexación laboral». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 117. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 215-286.
- : «Comentarios a la sentencia del 17-5-00 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso José Tesoreo Yáñez c Hilados Flexilón S.A)». En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 119. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 197-232.
- DELHUVENNE, M.: «Divergencias entre el derecho común y el derecho de seguridad social». En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, Tomo II, pp. 1719-1741.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón: «Aspectos procesales de la indexación judicial». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 385-414.
- GAMILLSCHEG, Franz: «El Derecho del Trabajo y el Derecho Civil en Alemania». En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, Tomo II, pp. 1659-1674.

- GRAMCKO, Luis Angel. *Inflación y Sentencia*. Caracas, Edit. Vadell Hermanos, 1993.
- GUIBOURG, Ricardo A.: «La inflación y los derechos del trabajo». En: *Legislación del Trabajo*, N° 378, junio 1984, pp. 481-494.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N.: *Depreciación Monetaria. Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª Edic., 1977.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Obligaciones y Contratos Frente a la Inflación*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- LOSADA, Benito Raúl: «Inflación: Causas, consecuencias, control inflacionario». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 13-26.
- MILLE MILLE, Gerardo: *Temas Laborales. Comentarios sobre jurisprudencia laboral y la Ley Orgánica del Trabajo*. Caracas, Paredes Editores, 1991, Vol. V.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «El Reconocimiento de los Efectos Inflacionarios en la Contratación Pública». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 189-202.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y Ricardo Luis LORENZETTI: *Derecho Monetario*. Argentina, Rubinzal-Calzoni editores, 1989.
- PADRÓN AMARÉ, Oswaldo: «Inflación y tributación: un reto a la racionalidad de los sistemas tributarios». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 213-237.
- PARADA BARRENECHE, Oscar Hernado y Oscar Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ: *Inflación y revaluación en las obligaciones dinerarias*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1988.
- PARRA ARANGUREN, Fernando: «Reflexiones sobre el título primero de la Ley Orgánica del Trabajo». En: *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*. N° 5, Año 6. Caracas, 1992, pp. 99-167.
- PARRA ARANGUREN, Fernando y Alberto SERRANO: «Elementos para el estudio de la norma jurídica». En: *Actas Procesales del Derecho Vivo*, N° 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiunica, 1977, pp. 11-79.
- RISOLIA, Marco Aurelio: *La Depreciación Monetaria y el Régimen de las obligaciones contractuales*. Monografías Jurídicas N° 21, Argentina, Abeledo-Perrot, 1960.
- RODNER, James Otis: «Correctivos por inflación en las obligaciones de dinero y obligaciones de valor». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 78-83.
- : *El Dinero, la Inflación y las deudas de valor*. Caracas, Edit. Arte, 1995.
- ROMERO MUCI, Humberto: «El ajuste por inflación en la nueva ley de Impuesto sobre la Renta». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 241-310.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: «El derecho público frente a la inflación». En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 171-212.
- SOSA GÓMEZ, Cecilia: «La indexación en la expropiación por causa de utilidad pública». En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 145-169.
- URIBE RESTREPO, Luis Fernando: *Las Obligaciones Pecuniarias Frente a la Inflación*. Bogotá, Edit. Temis. S.A., 1984.
- ZANNONI, Eduardo A: *Revaluación de Obligaciones dinerarias («indexación»)*. Síntesis doctrinaria y jurisprudencia. Buenos Aires, Edit. Astrea, 1977.

El constitucionalismo de un Estado de derechos y el proceso contencioso administrativo

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR*

EL PROPÓSITO de estas reflexiones es examinar los avances del proceso contencioso administrativo en Venezuela, para destacar la importancia de una jurisdicción como la contencioso administrativa en el establecimiento de un nuevo orden constitucional. En efecto, sigue aún siendo válido el postulado de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de que «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». En otras palabras, que por más que una Constituyente logre, en verdad, transformar el Estado y elaborar las bases de un nuevo ordenamiento jurídico, si no consagra mecanismos jurisdiccionales efectivos y accesibles a los ciudadanos para la garantía de sus derechos y para controlar la actuación de los poderes públicos, ciertamente que no habrá elaborado una verdadera Constitución, sino simplemente unas reglas fundamentales para la actuación de los órganos del Estado. En efecto, modernamente, la idea de los derechos humanos como condición del reconocimiento de las personas en la sociedad, ha dotado, en palabras de Perfecto Andrés IBAÑEZ, al constitucionalismo moderno de una nueva consistencia positiva¹.

Así, de lo que llamaron DE GIOVINE y DOGLIANI, «el constitucionalismo promotor de la democracia emancipadora», representado por textos fundamentales que positivizaron los derechos civiles, políticos y sociales, surgidos después de la segunda posguerra, a través de las «constituciones programas» o «constituciones marcos»², se verifica el paso a las denomi-

* Corte Suprema de Justicia, Ex-Magistrado.

¹ Vid. «Garantía Judicial de los Derechos Humanos», en la *Revista «Claves de razón práctica»*, N° 90, Madrid, España, marzo, 1999, p. 10.

² Vid. DE GIOVINE, A, y DOGLIANI, M. «Della democrazia emancipante alla democrazia senza qualità», *Questione Giustizia*, N° 2, pags. 321 y ss, 1993.

nadas «constituciones ordenamientos», o como también las denominó GOZZI, «constituciones tareas»³, promotoras de una «democracia social», que compromete a todos los poderes públicos con la realización de una sociedad igualitaria, justa y solidaria. Las «constituciones programas» se basan en un «Estado Legislativo de derecho», según el cual el componente «de derecho» se resume en la primacía de la ley y en la omnipotencia del legislador y el componente democrático en la omnipotencia de la mayoría, y en el reforzamiento del componente «de derecho», y en la precariedad de las garantías judiciales. Mientras que en las segundas, las «constituciones ordenamientos o constituciones-tareas», su fundamento es un «Estado constitucional de derechos», en el cual los derechos fundamentales dejan de ser el punto de referencia externo para constituirse en el «fundamento funcional de la democracia», al salir del terreno de la metáfora para constituirse en elemento central y fundante del Estado y del ordenamiento democrático⁴. En estas Constituciones, según FERRAJOLI, los derechos humanos son un límite de derecho democráticamente impuesto a la mayoría, en garantía de la democracia misma. Por ello, en palabras del mismo FERRAJOLI, estos derechos, «integran la dimensión sustancial de la democracia, dan sentido a la política y al derecho y son su paradigma de legitimación, y deslegitimación por tanto»⁵. En este contexto, entonces, en el Estado constitucional de derechos la jurisdicción es la garantía de la autonomía de los individuos, frente a la mayoría política y frente al Poder Público, en el plano normativo y en el de la efectividad de las normas.

Esta función constitucional de la jurisdicción de contrapeso, no político, sino judicial, en las constituciones de los Estados de derechos, debe garantizar que el Poder Judicial ha de estar siempre en condiciones de enjuiciar con eficacia una concreta actuación del Poder Público que afecte los derechos, aun cuando concurra el supuesto de hecho legalmente habilitante. Pero, también por otro lado, dado que la constitucionalización de los derechos fundamentales se constituye en el vínculo y en el límite del Poder Legislativo y Administrativo, existe, en consecuencia, un nuevo sentido de la validez de la actuación pública. Ya la validez no puede ser un simple valor implícito en la mera vigencia de actos normativos. Por

³ GOZZI, G., «Per una teoria costituzionale della democrazia», En GOZZI (ed), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporane*, pp. 19 y ss., Mulino, Bologna, 1997.

⁴ HÄBERLE, P, *Le Libertá fondamentali nello Estato costituzionale*, La Nova Italia Scientifica, Roma, 1993.

⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Tarradillos y R. Cantanero, Trotta, Madrid, 3ª edición, 1998.

el contrario, la validez tiene que ver con el significado de estos actos respecto de determinada actuación en concreto. En otras palabras, la validez, dice, Perfecto Andrés IBÁÑEZ,

...es una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las que disciplinan en un plano de superioridad su contenido material. La validez, en la nueva lógica del ordenamiento, no es ya un dato apriorístico, sino una cualidad sólo predicable de la norma después de un juicio que el legislador constituyente ha puesto a cargo del juez intérprete. El patrón sustancial conforme al que se lleva a cabo el control de validez está integrado por los derechos fundamentales: parámetro de legitimidad, por tanto del derecho aplicable, y (...), parámetro de legitimidad también de la actuación jurisdiccional misma.⁶

De esta forma, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional español, la necesidad de interpretar los actos jurídicos conforme a la mayor efectividad de los derechos es una regla general para los Tribunales⁷.

Surge, así, pues, en razón del cambio de relación entre el legislador constituyente y el juez intérprete, la función de las garantías jurídicas de los derechos fundamentales, hasta el punto que la no efectividad de esas garantías se llega a identificar ontológicamente con la inexistencia de esos derechos. KELSEN, en este orden de ideas, recuérdese, que afirmaba que no existe el derecho sin que pueda lograrse el cumplimiento del correspondiente deber por parte del obligado, pues, «tener derecho subjetivo significa (...) tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja»⁸. Y, también, Danilo ZOLO, expresa en este mismo sentido, que, «un derecho formalmente reconocido pero no justiciable, es decir, no aplicado o aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos, (...), es un derecho inexistente»⁹. Por supuesto, que en un Estado de derechos la garantía judicial es perfectamente coexistente con otros tipos de controles, por lo que debe advertirse que la importancia de la jurisdicción en el constitucionalismo moderno no debe llevar a una mitificación del control judicial, puesto que también esos otros controles legítimos, como los internos, distintos a los judiciales, garantizan igualmente al sometimiento de la actuación pública y política al parámetro de

⁶ Loc. cit., pp. 11 y 12.

⁷ Vid, AJA, Eliseo, «El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados Europeos», en la obra conjunta *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, 1ª Edición, enero, 1998, p. xxix.

⁸ Citado por IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, en su trabajo mencionado, p. 12.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

validez de la vigencia de las normas que reconocen los derechos fundamentales.

Es posible, desde esta posición, entonces, afirmar que si la división de poderes constituye el presupuesto político de la existencia del Derecho Administrativo y el Estado de Derecho su presupuesto jurídico, como lo afirma Rafael ENTRENA CUESTA¹⁰, el Estado de derechos, entonces, es una justificación principal de la jurisdicción contenciosa administrativa. Y, aún más, a diferencia de lo que sostiene alguna corriente doctrinal¹¹, que «La Constitución cambia, la Administración permanece; el Derecho Constitucional es variable, el Derecho Administrativo es autónomo estable y resistente al cambio»; o como decía Otto MAYER, «El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece»¹², con el derecho procesal administrativo ocurre todo lo contrario, porque los cambios que la Constitución introduce en las llamadas garantías judiciales y procesales, entre otras, la tutela judicial efectiva, determinan también variaciones sustanciales en el sistema jurisdiccional contencioso administrativo. Así, por ejemplo, el cambio del sistema administrativo a un sistema judicial, obedece a la consagración del control de la actuación la Administración por los Tribunales de justicia y no por órganos de control administrativos. Igualmente, la superación del carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso administrativo, por el del carácter dirimente de distintas pretensiones referidas a la Administración, según el cual la previa actuación administrativa es más un presupuesto del proceso, que el objeto del proceso mismo, necesariamente ha ampliado el campo del conocimiento, y por ende, de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ejemplo el constitucionalismo basado en el Estado de derechos, abre las puertas de la jurisdicción contencioso administrativa «para obtener justicia frente a cualquier comportamiento de la Administración»¹³. Por otra parte, la consagración constitucional de la garantía de la tutela judicial efectiva, determina cambios en el proceso contencioso administrativo, entre otros, referentes a la legitimación, a la inadmisibilidad de las demandas, a la igualdad en el proceso, a la ejecución de las sentencias y a las medidas cautelares.

¹⁰ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1/1, 10ª. Edición, Editorial Tecnos, p. 44.

¹¹ Vid. p.e, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Notas sobre la Función Administrativa», en la obra *La Constitución Española de 1978*, Civitas, 2ª edición, 1981.

¹² Citado por RUIZ RISUEÑO, Francisco, *El Proceso Contencioso Administrativo (Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)* Editorial COLEX, 1998, p. 49.

¹³ RUIZ RISUEÑO, Francisco, op., cit., p. 63.

En este aspecto, de la influencia del constitucionalismo y del Estado de derechos, en el proceso contencioso administrativo, y en particular, de la garantía de la tutela judicial efectiva, se impone la ampliación de las posibilidades de acceder a la justicia, permitiendo a los administrados que puedan acudir a los Tribunales de justicia sin limitaciones formales, ya que de lo que se trata es del derecho de ser parte en los juicios, que es de pro-genie constitucional. En este orden de ideas vale la pena señalar, como injustamente, e inconstitucionalmente, a mi juicio, en la actualidad, en el proceso contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, cuestiones vinculadas al fondo de proceso como lo es la legitimación *ad causam*, y la caducidad de la acción, se permite que se examinen, por el Juez. *in limini litis*, sin contención, en el auto de admisión de la demanda, cuando en verdad lo que está en juego es la titularidad del derecho mismo, porque de lo que se trata es de una cuestión del mérito del asunto, de la cual depende nada menos que la negación de la acción, cuando constitucionalmente lo que ciertamente se requiere para accionar es un interés jurídico actual; no que en verdad se tenga la titularidad de un derecho, que será objeto de la sentencia de fondo; tal como se expresa en el artículo 16 del vigente Código de Procedimiento Civil.

Igualmente, el principio de la tutela judicial efectiva permite extender el control jurisdiccional a los otros poderes públicos, distintos a la Administración Pública, y a los entes privados, cuando ejercen función administrativa, mediante la consagración del carácter universal del control que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa respecto de toda actuación administrativa. Otra consecuencia derivada de este principio de la tutela judicial efectiva, lo es el carácter antiformalista del proceso contencioso administrativo, según el cual lo trascendente es que el órgano judicial pueda entrar a resolver sobre la cuestión de fondo planteada en el correspondiente recurso o acción. En concreto, la influencia benéfica de este mismo principio de la tutela judicial efectiva, permite considerar el contencioso administrativo, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, no como «un proceso al acto, de protección de la sola legalidad objetiva: sino, por el contrario, como un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración (...). No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes»¹⁴. Este doble carácter de la jurisdicción contencioso administrativa, de «garantía individual y de control de sometimiento de la Administración al Derecho», como lo asienta la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa española de 1998, permite al órgano jurisdic-

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2ª edición ampliada, p. 60.

cional atender, no sólo la pretensión de las partes, de examinar la actuación administrativa, sino también, «razonar sobre lo justo o no de la misma, en lugar de enjuiciar la legalidad o ilegalidad de dicha actuación»¹⁵.

La justicia, en general, como lo asentó KELSEN, en su trabajo de 1920, *Esencia y valor de la democracia*¹⁶, si se considera que la esencia de la democracia está en el compromiso de la paz social, aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. Desde este punto de vista la Constitución es la garantía mutua de respeto a las reglas del juego democrático y a los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos, y la justicia por tanto es su instrumento para asegurarla. De allí, que de la jurisprudencia de los Tribunales depende el modo de entender y de aplicar la normativa jurídica relativa al sistema del Estado de derechos que descansa, como señalamos, en los derechos ciudadanos y en el respeto a la separación de los poderes públicos. Por eso, compartimos la aseveración de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia de la nulidad de convocatoria del referéndum para la Constituyente, de fecha 18 de marzo del presente año, que la finalidad de una Constituyente de la transformación del Estado en base a la primacía del ciudadano, implica la consagración en el nuevo Texto Constitucional de los derechos humanos como su norte fundamental, de manera que si un nuevo ordenamiento jurídico ha de consolidar «el Estado de Derechos a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa», la nueva Constitución, para satisfacer las expectativas populares, «al mismo tiempo debe cumplir los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático, lo cual implica esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos». Por tanto, los principios de esta concepción, del Estado de Derecho, relativos al reconocimiento de los derechos fundamentales y al ejercicio compartido y separado del Poder Público, lo cual se prevé en la Constitución vigente, son los verdaderos límites de la actuación del Poder Público, el cual, si en verdad, se inspira por un constitucionalismo del Estado de derechos, ha de reforzarse la garantía de tales derechos mediante el establecimiento de una jurisdicción contencioso administrativa que con efectividad controle la legalidad y lo justo de la actuación de la administración.

¹⁵ Vid. RUIZ RUISEÑO, Francisco, op., cit., p. 80.

¹⁶ HELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia* (1920), México, Editora Nacional, 1974, pp. 81 y ss.

Por último, la naturaleza garantista de derechos fundamentales de la vigente Constitución, proclamada en sus artículos 2º, 3º, 7º, 19, 25 y 334, permiten el análisis serio de la función del Poder Judicial, y dentro de ella de la jurisdicción contencioso administrativa, contemplada en la nueva Constitución, en su artículo 259, para la garantía del respeto del espíritu constitucional inspirador de un nuevo ordenamiento jurídico, que fortalezca la desconcentración y separación del Poder Público, y que en verdad, no sólo sirva para asegurar la vigencia de la Constitución, sino el funcionamiento efectivo de una democracia social, representativa y participativa, inmune a las influencias distorsionadoras de un apasionado conservadurismo o de una histeria revolucionaria, o de una democracia aclamacionista.

Competencias y tributación en el régimen legal de los hidrocarburos gaseosos

ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR*
BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ**

INTRODUCCIÓN

LA ENTRADA EN VIGENCIA de la nueva Constitución, por la consagración que la misma hace de normas que parecieran «prima facie» otorgar autonomía a los Municipios sobre los hidrocarburos gaseosos y su régimen en general, así como, el dictado del Decreto Con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, del 23-09-99, N° 36.793) y su Reglamento (dictado mediante Decreto Número 840, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 5 de junio de 2000, Número 5.471 Extraordinario), que establecen una regulación específica en materia de gas, nos ha estimulado para la elaboración del presente estudio, en el que hemos colocado el acento en la determinación el régimen legal competencial y tributario de los hidrocarburos gaseosos.

En efecto, la precedentemente citada aparente autonomía, pareciera desprenderse de una primera lectura del artículo 180 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que define a la potestad tributaria de los Municipios como distinta y autónoma de la del resto de los Poderes Públicos, y excluye en principio, a los concesionarios y contratistas del Estado, del beneficio de la inmunidad fiscal municipal.

Sin embargo, la antes indicada Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Ley del Gas), en su artículo 2º, establece que las actividades de ex-

* Tribunal Supremo de Justicia, Ex Magistrado. Universidad Católica Andrés Bello, Profesor.

** Universidad Católica Andrés Bello, Profesora.

ploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos no asociados, y las actividades de recolección, almacenamiento y utilización tanto de dichos hidrocarburos, como del que se produce asociado con el petróleo, al igual que el procesamiento, la industrialización, el transporte, la distribución, el comercio interior y exterior, de los mismos, además de regirse por la Ley citada, pueden ser ejercidas por el Estado directamente o mediante entes de su propiedad o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, en los términos fijados por la misma Ley. Y, por su parte, el artículo 6º, «ejusdem», en concreto, atribuye al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, *la competencia nacional en materia de los hidrocarburos gaseosos*. La Ley, en cuestión, dentro del concepto genérico de *Estado*, que se integra por varios entes públicos territoriales (República, Estados y Municipios), atribuyó al Poder Nacional (La República), y en concreto, a una de sus ramas, el Poder Ejecutivo Nacional, la competencia en toda la materia regulada por dicha Ley; y en consecuencia, además de la realización de las actividades anteriores, en lo relativo a la planificación, vigilancia, inspección y fiscalización, a todos los fines previstos, en las leyes, en lo referente a dichas actividades. Lo anterior se refleja en el hecho de que se haya creado un órgano nacional «ad hoc» (el Ente Nacional del Gas-creado por el artículo 36 de dicho Decreto-Ley) y que se le haya sometido a la tutela de un típico órgano del Poder Nacional, como lo es, el Ministerio de Energía y Minas, y que sea éste el encargado de fijar las políticas públicas en materia de gas, refuerza el carácter nacional y de utilidad pública de los mismos como bien.

Es necesario pues determinar, si en razón de tal atribución de competencia al Poder Público Nacional, la actividad de distribución de hidrocarburos gaseosos resulta gravable por los Municipios, cuando su gestión ha sido encomendada a los particulares, mediante los respectivos permisos; o por tratarse el servicio de gas doméstico de una competencia concurrente nacional y municipal, respectivamente.

En vista de la variedad normativa señalada, para llegar a una conclusión lógica sobre el objeto de nuestro estudio, y poder dilucidar el aparente choque entre el Poder Nacional y el Poder Municipal, debe hacerse una interpretación concatenada de las normas contenidas en la Constitución Bolivariana y en la Ley y Reglamento citados, inherentes a los mismos, pues, de realizarse literal y aisladamente, pudiera llegarse al absurdo de asumirse posiciones favorables a la doble tributación, y entender por ejemplo, que las actividades sobre los hidrocarburos realizadas por los particulares en su carácter de concesionarios, y por tanto, de simples instrumentos del Estado, pueden ser gravadas por los Municipios. Pero del análisis lógico sistemático de las normas de la Constitución Bo-

livariana y de aquellas contenidas en la Ley y Reglamento indicados, se llega a la conclusión de que las mismas no significan una importante modificación respecto de la previsión contenida en la Constitución de 1961, relativa a la no gravabilidad por parte del Poder Municipal de las actividades de hidrocarburos, y en concreto, del gas.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el artículo 180 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se contempla la potestad tributaria de los Municipios, como distinta y autónoma de las potestades tributarias del Poder Público Nacional y del Poder Público Estatal, así como y es éste el punto más importante para el análisis, la exclusión de los concesionarios o contratistas de la Administración Nacional o de los Estados de las inmunidades tributarias que disfrutaban estos entes frente a los Municipios. De interpretarse literal y aisladamente esta norma, pareciera que las actividades de distribución de hidrocarburos gaseosos, realizadas por particulares, mediante los correspondientes permisos otorgados por el Ministerio de Energía y Minas, pueden ser gravadas por los Municipios. Sin embargo, del análisis lógico-sistemático de dichas normas, derivado de su conexión e integración dentro del contexto constitucional, y de las limitaciones impuestas a las potestades tributarias municipales y estatales, así como el examen de sus respectivas competencias, puede llegarse a la conclusión, que tales normas no implicaron modificación alguna respecto de la no gravabilidad por el Poder Municipal de las actividades de hidrocarburos, y en concreto del gas, aún cuando se realicen por los particulares, a los cuales el Poder Ejecutivo Nacional les hubiere delegado la gestión de las actividades de transporte y distribución del gas, mediante el otorgamiento del respectivo permiso, por tratarse de competencias reservadas al Poder Público Nacional y de una materia rentística de dicho Poder. Nuestra conclusión, responde al siguiente análisis:

II. CUESTIONES CAPITALES

En este capítulo nos hemos dispuesto demostrar ante todo el carácter de *bien del dominio público de los hidrocarburos gaseosos*, partiendo de la definición que del mismo diera HAURIUO¹, como «propiedad administra-

¹ Citado por Anamaría RUGGERI en su obra: «Notas Sobre la Propiedad Pública y la Propiedad Privada». En *Lo Público y lo Privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y la Sociedad*. Tomo II. Pág. 46. Agencia Española de Cooperación Internacional. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas. Abril, 1996.

tiva afectada a la utilidad pública y como consecuencia, *sometida a un régimen especial de utilización y de protección*». (Cursivas nuestras).

Dicho régimen especial está constituido por las siguientes peculiaridades:

- a. Implica una relación de pertenencia de los bienes que integran a los entes públicos dotados de territorio; pero también la afectación del bien al uso público, independientemente de tal pertenencia;
- b. El destino a un interés general también configura un bien del dominio público;
- c. Las notas características de tales bienes son la imprescriptibilidad, inalienabilidad e incomerciability;
- d. Requieren de una protección especial;
- e. Su uso debe ser necesariamente regulado;
- f. Se clasifican en bienes del dominio público natural y bienes del dominio público artificial, distinguiéndose unos de los otros, en que los primeros no requieren del dictado de actos singulares de afectación para que sean considerados como tal, a diferencia de los segundos.

Vistas las características anteriores, nos detendremos entonces en la identificación de las normas que nos permiten catalogar a los hidrocarburos en general y en especial, a los hidrocarburos gaseosos, como bienes del dominio público natural, así como, determinar las consecuencias que de ello se extraen.

El artículo 1 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas, que si bien, es anterior a la propia Constitución, sin embargo, conserva su vigencia por no resultar contraria a las disposiciones constitucionales en materia de gas, en virtud de lo estipulado en la Disposición Transitoria Única de dicho Texto Fundamental, que reza: «Queda derogada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico nacional mantendrá su vigencia en todo lo que contradiga a esta Constitución», establece:

Artículo 1: Los yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, *pertenecen a la República*, son bienes del dominio público y por tanto, inalienables e imprescriptibles. (Cursivas nuestras).

La norma transcrita otorga la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos gaseosos a la República.

El artículo 2 «ejusdem», por su parte, establece:

Artículo 2: Las actividades de exploración en las áreas indicadas en el artículo anterior, (omissis) se rigen por la presente Ley y pueden ser ejercidos por El Estado directamente o mediante entes de propiedad o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin participación del Estado. (Cursivas nuestras).

El artículo 4 «ejusdem» declara *de utilidad pública* actividades a las cuales se refiere la citada ley, es decir, aquellas relacionadas con exploración y explotación de los yacimientos; así como, las de recolección almacenamiento y utilización tanto del gas natural como del proveniente del petróleo; y también, el procesamiento, industrialización, *transporte, distribución, comercio interior y exterior* de los mismos.

Entonces, no hay duda de que las actividades señaladas además de ser parte de la explotación petrolera, es una industria de las que el artículo 302 Constitucional, tal como lo veremos con posterioridad, califica como de interés público y de carácter estratégico.

La citada competencia ha de ser ejercida por el Ejecutivo Nacional.

Así, la Constitución de 1999 establece en el ordinal 12° de su artículo 156, lo siguiente:

Artículo 156: Es competencia del Poder Público Nacional:

12° *La creación, organización y recaudación de los impuestos* sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, *los hidrocarburos* y minas, de los gravámenes e importación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores (...) y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los estados y municipios por esta Constitución y la Ley». (Cursivas nuestras).

Por su parte, el ordinal 16° del indicado artículo 156 de la Constitución de 2000, le otorga también en forma expresa al Poder Nacional: «El régimen y administración de las minas e hidrocarburos», dentro de los cuales se encuentran los hidrocarburos gaseosos. Y además, por lo que respecta específicamente al servicio del gas, el mismo artículo 156 indica como competencia del Poder Nacional *«el régimen general de los servicios públicos domiciliarios, en especial, electricidad, agua potable y gas»*.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 156, establece:

Artículo 156: Es competencia del Poder Público Nacional: (...):

12° *La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos* sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, *los hidrocar-*

bueros y minas, de los gravámenes y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la Ley. (Cursivas nuestras).

Por lo que resulta conforme con tal competencia, el artículo 6° de la Ley del Gas, que si bien es anterior a la actual Constitución, sin embargo, conserva su vigencia por no resultar contraria a las disposiciones constitucionales señaladas, tal como lo indicáramos precedentemente.

Por otro lado, el artículo 302 de la Constitución vigente, elevó a rango constitucional, la reserva de la industria y el comercio de los hidrocarburos, existente desde 1975, en los siguientes términos:

El Estado se reserva mediante la Ley Orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.

De lo expuesto se desprende, que todo lo relativo al régimen y administración de los hidrocarburos, es decir, la gestión y control de sus diferentes actividades, es competencia *exclusiva* del Poder Público Nacional, y, además que la actividad petrolera está reservada al Estado, en los términos establecidos en las diferentes leyes que regulen dicha competencia, y que igualmente todo lo relativo a su régimen tributario es de la competencia de dicho Poder Público.

Ahora bien, ante la ausencia de una Ley Orgánica de Hidrocarburos, que regularice con una moderna visión, todas las materias comprendidas en las diferentes leyes relativas a los hidrocarburos, dice la Exposición de Motivos del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, de fecha 12 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.793, del 23 de septiembre del mismo año, que se solicitó al Congreso la habilitación requerida para hacerlo, pero, que «sin embargo, la Ley habilitante de fecha 26 de abril del presente año (1999), en relación con esta materia, sólo autorizó a dictar las medidas necesarias para el aprovechamiento del gas, desde su exploración y explotación hasta su industrialización en el país», y que por tanto, a esos fines, se formuló el señalado Decreto Ley. En este orden de ideas, la citada Exposición señala, que la finalidad del referido Decreto Ley, para incrementar las reservas de gas libre, para no depender demasiado del gas asociado, fue la de estimular la búsqueda de yacimientos de gas libre y propiciar su adecuada utilización junto con el gas asociado, y que este objetivo, se

lograría mediante «una ley que dé mayor oportunidad al sector privado nacional y extranjero, de participar en todas las fases y actividades relativas a dicha industria». Añadiendo la referida Exposición de Motivos, que «Este es el propósito de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, cuyo carácter orgánico le ha sido atribuido porque atiende a materias que afectan o modifican disposiciones contenidas en otras leyes del mismo rango, como lo es la de nacionalización. Su denominación obedece a que en el ámbito de su aplicación se contrae a todos los hidrocarburos gaseosos como lo son el gas natural asociado o no a la producción de petróleo u otros fósiles y a los gases provenientes de la refinación del petróleo, además incluye los líquidos de gas natural (...)». Creemos, pues, que con la declaratoria de la reserva general de los hidrocarburos al Estado, ahora de rango constitucional, se refuerza aún más, desde un punto de vista constitucional, la exclusividad del Poder Público Nacional, en todo lo referente al régimen y administración de los hidrocarburos gaseosos y su materia rentística, aún cuando estas actividades las ejecuten los particulares.

Por otro lado, la actividad petrolera recae sobre bienes del dominio público, de cuya explotación deriva la Hacienda Pública Nacional, la más importante renta. En efecto, el artículo 1º de la Ley del Gas, determina la dominalidad del gas natural, en los siguientes términos: «Los yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, *pertenecen a la República*, son bienes del dominio público y por tanto, inalienables e imprescriptibles». (Cursivas nuestras).

La dominalidad de tales yacimientos, es hoy, además un principio constitucional, de carácter general, referido a los yacimientos de hidrocarburos y mineros, cualesquiera que sea su naturaleza, consagrado en el artículo 12, de la Constitución vigente, en los siguientes términos.

«Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualesquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por ende, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público». Con esta declaración se aclaró la duda respecto del dominio nacional de dichos recursos, ante la falta de precisión de la Constitución de 1961, con relación a la propiedad de los mencionados yacimientos, que permitió que algunos Municipios se consideraran dueños de los yacimientos de gas que se encuentren en el territorio de su jurisdicción. Y, sobre todo, por estar su administración, como bienes del dominio público nacional, atribuida constitucionalmente al Poder Público Nacional, así

como lo relativo a la creación, organización, administración y control de los impuestos sobre los hidrocarburos, como hemos explicado, no cabe duda alguna, que los ingresos de Derecho público derivados del aprovechamiento de tales bienes, es decir, sus impuestos, son ingresos nacionales, y por ende, se trata de un ramo rentístico nacional, a tenor, de lo previsto en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, en sus artículos 1º, 41 y 42; en concordancia con el Numeral 1, del artículo 183, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A este respecto, recuérdese que los impuestos de hidrocarburos, al igual que de las minas, se califican de rentas nacionales, de carácter ordinario, que conforman el Fisco Nacional, según la Ley Orgánica citada, en sus artículos 1º, 41 y 42. Ello tiene como justificación jurídica, el carácter de bienes patrimoniales de la República, que tienen los yacimientos de hidrocarburos y los depósitos de minerales, como se explicó. Por tanto, el ingreso proveniente de estos recursos se clasifica fiscalmente, dentro del género rentas ordinarias de la Hacienda Pública Nacional, a que se refiere la mencionada Ley Orgánica. Ahora bien, como lo ha señalado el Dr. Angel Demetrio Aguerrevere, la letra y el espíritu de las disposiciones fiscales de la Ley de Hidrocarburos y de la Ley de Minas, determinan una voluntad clara y explícita en el legislador de dar a los impuestos de hidrocarburos y los minerales, el carácter de renta nacional, por tratarse de productos provenientes de la administración de bienes nacionales. («Elementos de Derecho Minero y Petrolero Venezolano», U.C.V., Caracas, 1967, págs. 127 y 128).

Ahora bien, la Ley del Gas, como marco regulador de las diferentes actividades referentes a este hidrocarburo, incluye en su ámbito de aplicación, conforme a su artículo 1º, las actividades de exploración de los yacimientos de hidrocarburos gaseosos no asociados y su explotación; así como la recolección, almacenamiento y utilización tanto del gas natural no asociado proveniente de dicha explotación, como del gas que se produce asociado con el petróleo u otros fósiles; y también, el procesamiento, industrialización, transporte, distribución, comercio interior y exterior de dichos gases; y además dispone que dichas actividades pueden ser ejercidas directamente por el Estado o mediante entes de su propiedad o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, en los términos que la misma Ley del Gas establece. Tal ámbito legal se extiende igualmente a los hidrocarburos líquidos y a los componentes no hidrocarbureados contenidos en los hidrocarburos gaseosos, así como el gas proveniente del proceso de refinación del petrolero. Mientras que su artículo 3º, señala que las actividades referidas tienen como finalidad, el aprovechamiento intensivo y eficiente de los hidrocarburos gaseosos, como combustibles para uso doméstico o industrial, y como

materia prima a los fines de su industrialización y eventual exportación, en cualesquiera de sus fases. A estos efectos, el artículo 4 «ejusdem», declara *de utilidad pública* las actividades referidas y su artículo 5°, declara como un servicio público, las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo.

En el desarrollo de los principios competenciales en la materia, la Ley del Gas, atribuye al Poder Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas Nacional, la competencia que corresponde al Poder Público Nacional en materia de hidrocarburos gaseosos (artículo 6). De allí que está autorizado, el Ejecutivo Nacional, entre otros asuntos, para garantizar las condiciones de operación del actual sistema de distribución de los hidrocarburos gaseosos, comprendidos en su artículo 2°, y para que, a tal fin, realice directamente estas actividades, o para que autorice a entes de su propiedad o a personas privadas para que lleven a cabo dichas actividades, tal como se establece en su artículo 11. Lo cual se ratifica en el artículo 22, al prever las licencias o permisos, según el caso, a que se contraen los artículos 24 a 26 y 27 a 29, todos de la citada Ley del Gas..

En este supuesto, la intervención o participación de terceros en la gestión de este tipo de actividades, tratándose de actividades que se realizan sobre bienes del dominio público nacional, que, de manera general están reservadas al Estado, se explica a través de la tesis de la *instrumentalidad*.

Es decir, que estos terceros son un instrumento del Estado para ejercer la actividad que le corresponde como competencia, al igual que lo son, en su caso, los entes de su propiedad, a los cuales se les encomienden estas actividades. En otras palabras, los particulares no sustituyen al Estado en la titularidad de estas actividades, sino que continúan perteneciendo al Estado, por lo que, en definitiva, sigue siendo de su competencia la materia objeto de tales autorizaciones, licencias o permisos. En este orden de ideas, la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O. N° 5.453 Extraordinaria de fecha 24.03.2000), al explicar la consagración constitucional de la reserva al Estado del sector petrolero, (art. 302), así como la participación de los particulares en dicho Sector, señala que no obstante ello, tal sector sigue siendo un dominio del Estado sobre dicha área. (pág. 11).

La *teoría de la instrumentalidad* es el fundamento para considerar *como competencias reservadas al Poder Nacional*, las actividades de utilidad pública, que constitucionalmente corresponden a dicho Poder, aún cuando sean particulares quienes las realicen, y en su caso, de materia rentística nacional, cuando, además, constitucional y legalmente así se establezca expresamente. Este fue el criterio seguido por la antigua Corte en Pleno

de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en el caso de las empresas asociadas de PDVSA a raíz de la apertura petrolera, en su sentencia de fecha 17 de agosto de 1999, para considerar de competencia nacional y como materia rentística nacional, las actividades realizadas por tales asociaciones.

III. LOS INTERESES NACIONALES Y LAS LIMITACIONES DE LA POTESTAD TRIBUTARIA MUNICIPAL EN EL CASO DE LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES

Las normas precedentemente transcritas, que de por sí permiten deslindar la competencia nacional, frente a las de los otros Poderes, han de ser integradas y confrontadas con las normas referentes a las competencias propias del Poder Público Municipal, para destacar la preeminencia de la competencia del Poder Público Nacional, y en concreto, las limitaciones a que está sometida la Potestad Tributaria Municipal, en lo referente a la actividad de los hidrocarburos gaseosos llevadas a cabo por particulares mediante licencias o permisos, según el caso. En este orden de ideas, deben interpretarse los siguientes artículos de la Nueva Constitución de 1999.

El artículo 178 que reza:

Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a *la vida local*, en especial, la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, *la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios*, (omissis) en las siguientes áreas:

6° Servicio de agua potable, electricidad y *gas doméstico*; alcantarillado, canalización, y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios. (Cursivas nuestras.)

También debe tenerse presente el aparte último de este artículo 178, que dispone lo siguiente: «Las actuaciones que corresponden al Municipio en la materia de su competencia no menoscaban las competencias nacionales y estatales que se definan en la ley conforme a la Constitución».

Igualmente, el artículo 179, de la misma Constitución, que define la potestad tributaria de los Municipios, en la siguiente forma:

Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

1. Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.
2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades econó-

micas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.

3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.

4. Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales.

5. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas.

6. Los demás que determine la ley.

Por su parte, el artículo 180 Constitucional, dispone:

La Potestad Tributaria que corresponde a los Municipios es *distinta* y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las Leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre *determinadas materias o actividades*.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los municipios, a favor de los demás entes políticos territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración nacional o de los Estados. (Cursivas nuestras).

Y, finalmente, el artículo 183, contempla las siguientes limitaciones a las potestades tributarias de los Estados y Municipios, en la siguiente forma:

Los Estados y los Municipios no podrán:

1. Crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional.

2. Gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio.

3. Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él.

Los Estados y Municipios sólo podrán gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional.

Las normas transcritas precedentemente, tal como lo señaláramos y lo enfatizaremos con posterioridad, deben ser interpretadas lógicamente y sistemáticamente, mediante su adecuada integración, para no desvirtuar los principios constitucionales de distribución de competencias entre los

diferentes Poderes Públicos y de distinción entre los intereses generales y locales, así como el de la preeminencia de los intereses de índole nacional, en materia de los hidrocarburos, por su carácter estratégico; o por su ubicación en espacios geográficos, como el subsuelo, en donde la República ejerce plenamente su soberanía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11, en concordancia con el artículo 12, ambos de la vigente Constitución. En otras palabras, que los intereses públicos estatales y municipales, resultan menores, frente a intereses generales, que afectan a toda la Nación, como ocurre con la actividad petrolera, y que por eso, su defensa y suprema vigilancia se le atribuyen al Poder Nacional, es decir, a la República, y no a los otros Poderes, de acuerdo con lo previsto en el Numeral 2 del artículo 156 de la vigente Constitución. Entre ellos, cabe destacar, como se expresó, lo relativo a la plena soberanía de los recursos del subsuelo, al dominio público de los yacimientos de hidrocarburos, a la reserva genérica de la actividad petrolera, al régimen y administración de los hidrocarburos y a la creación, organización, administración y control de los impuestos sobre estas sustancias.

Ahora bien, sin perjuicio de la primacía del interés general, existen actividades y servicios cuya atención y satisfacción se atribuyen a más de un Poder Público, como ocurre en los casos de actividades cuya gestión o prestación se encomienda a diversos Poderes Públicos, lo cual dá lugar a las llamadas competencias concurrentes entre los diferentes Poderes Públicos; en donde lo fundamental, para garantizar la supremacía de los intereses superiores de la Nación, es el establecimiento de las reglas de su ejercicio compartido. A ello responde el artículo 165, de la citada Constitución, que textualmente establece:

Las materias objeto de competencia concurrente serán reguladas mediante leyes de base dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Pues bien, uno de los principios de interpretación, que atiende a los intereses públicos respectivos, y que sirve de criterio para el deslinde de las competencias, aún concurrentes, y de las potestades tributarias de los diferentes Poderes Públicos, son las prohibiciones, a que se refiere el artículo 183 Constitucional, que se impone a los Estados y a los Municipios para que no creen impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o, en general «sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional». O, como señalaba la Constitución vigente para 1936, en la letra a), parágrafo 3°, numeral 4, de su artículo 17, «(...) o sobre las materias rentísticas que sean objeto de impuesto federal», que según sentencia de la Corte Federal del

28.10.36, lo son los impuestos a los hidrocarburos y sus productos. Esta fue la razón, por ejemplo, para que dicha Corte, en la citada sentencia, asentara que «carece de toda eficacia la posibilidad de un impuesto municipal sobre la gasolina (...)».

En consecuencia, el artículo 180 Constitucional, que consagra la autonomía de la Potestad Tributaria Municipal y la disposición de excluir de la inmunidad tributaria de la República y de los Estados frente a tales Municipios, a los concesionarios y contratistas de aquéllos entes, no puede interpretarse como una eliminación de la prohibición impuesta a los Municipios de establecer impuestos sobre las materias rentísticas de la competencia nacional o de la República. De manera, que tratándose de competencias reservadas al Poder Público Nacional, que, además, constitucional y legalmente constituyen materia rentística de dicho Poder, aún cuando las ejecuten particulares, no resultan gravables por los Municipios. Ello, no porque tales particulares disfruten de inmunidad alguna, sino porque las materias mismas, sobre las cuales ejecutan actividades en nombre de la República, están excluidas de la Potestad Tributaria Municipal. En otras palabras, a los particulares que ejecuten actividades que corresponden expresamente a *competencias reservadas al Poder Nacional* y que además constituyen materias rentísticas de la competencia de dicho Poder, no se les puede exigir impuestos municipales cuya causa sea el ejercicio de tales actividades, que como en el caso de la actividad petrolera, en general, por razones de conveniencia nacional, su evidente interés público nacional y carácter estratégico, constitucionalmente, ha sido reservada al Estado.

En verdad, en el caso de estos particulares no se trata de una exención personal, sino de la exclusión de la Potestad Tributaria Municipal, originaria (o irrestricta como lo expresa la Exposición de Motivos de la vigente Constitución), de las actividades de hidrocarburos, en general, por tratarse de una materia rentística nacional, puesto que dichas actividades son objeto de impuestos nacionales.

Los particulares en estas materias no son más que un *instrumento* del Poder Público Nacional, específicamente en este caso concreto, del Ministerio de Energía y Minas. Los mismos actúan a nombre y por cuenta del Poder Público Nacional, y la naturaleza de su actividad es la misma que corresponde al Poder Ejecutivo Nacional, en el caso de las actividades reservadas a dicho Poder. En estos casos, los actos por los cuales se encargan a los particulares las actividades que corresponden al Estado, son *actos administrativos de efectos constitutivos*, que, como lo señala el jurista Eloy Lares Martínez, forman parte de la clasificación de los actos que *crean una situación subjetiva en el particular y en los que la Admi-*

*nistración transfiere un derecho o un bien que le pertenece,*¹ pero, que no permiten su sustitución en su dominialidad por los particulares. En este orden de ideas, recuérdese lo señalado en la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, en el sentido que no obstante la participación del sector privado en el sector petrolero, éste sigue siendo un dominio del Estado (pag. 11, de dicha Exposición de Motivos).

En consecuencia, en el caso de actividades reservadas al Poder Público Nacional, tanto desde el punto de vista material como fiscal o rentístico, encomendadas por éste, mediante cualesquiera figura, a un particular, siguen siendo la misma actividad. Por tanto, en el caso concreto, de los hidrocarburos gaseosos, por tratarse de una competencia funcional y una materia rentística nacionales, los Municipios no pueden valerse de la exclusión de la inmunidad tributaria de los concesionarios y contratistas, para imponer impuestos municipales a los particulares a los cuales se les hubiere otorgado licencias o permisos para llevar a cabo dichas actividades. Ello violentaría la prohibición establecida a los Estados y Municipios, de no crear impuestos sobre las materias rentísticas de la competencia nacional, a que se contrae el artículo 183, de la vigente Constitución.

En este orden de ideas, vale la pena resaltar que cuando la Constitución consagra, de manera expresa la competencia del Poder Público Nacional en materia de la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre los hidrocarburos, y las minas, así como su régimen y administración (artículo 156, numerales 12 y 16), los sustrae del carácter exclusivo *de interés de la vida local*, que es propiamente el ámbito natural de las competencias municipales, y el factor de exclusión de las competencias de los otros Poderes Públicos, y por ende, de su Potestad Tributaria Municipal, como se desprende del artículo 178, ejusdem.

Ahora bien, a diferencia de la Constitución de 1961, por cuanto es un asunto que interesa a la vida local, dentro de estas actividades, se atribuye también, de manera expresa, competencia a los Municipios sobre el *gas doméstico*, en el numeral 6, del indicado artículo 178, de la Constitución de 1999. Sin embargo, no obstante su naturaleza de servicio público domiciliario, por tratarse el gas doméstico de un hidrocarburo, interesa igualmente al Poder Público Nacional, por lo que los Municipios en el ejercicio de esta materia concurrente, han de sujetarse al régimen general que para dicho servicio establezca el mismo Poder Público Nacional, según se determina, en forma expresa, en el numeral 29, del artí-

¹ *Manual de Derecho Administrativo*, Pág. 35, Quinta Edición, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985.

culo 156, de la Constitución Nacional, en donde ha de garantizarse, entre otros aspectos, su carácter de materia rentística nacional. En la Constitución de 1961 no se encontraba una norma como la anteriormente citada, por lo que sin lugar a dudas, hoy día, por la norma en cuestión y por disposición de la Ley del Gas, es también de la competencia nacional la distribución del gas natural destinado al consumo. Por tanto, *las actividades de distribución de hidrocarburos gaseosos para el consumo, como ocurre con el gas doméstico, pueden ser ejercidas por los Municipios, porque constituyen cuestiones de interés para la vida local, y porque, además, constitucionalmente se les atribuye expresamente como competencia concurrente; más ello no significa, que por esa concurrencia, el Poder Nacional pierda su competencia en esta materia y que los impuestos sobre tales actividades dejen de ser materias rentísticas de la competencia nacional.* En efecto, constitucional y legalmente, los ingresos derivados de los impuestos sobre todas las actividades de hidrocarburos, aún las que puedan compartirse con los Municipios, como la distribución de gas natural para el consumo, constituyen materia rentística nacional, porque provienen del dominio público nacional y porque, en general, las actividades sobre tales recursos, han sido reservadas al Estado; y por ende, les está prohibido, aún cuando las realicen particulares, mediante licencias o permisos, establecer impuestos sobre esas mismas actividades.

Además de lo anterior, hay otros argumentos sólidos que sustentan lo aquí expuesto, y que desarrollaremos con posterioridad, toda vez que de seguidas haremos un análisis de una serie de conceptos cuyo conocimiento permitirá entender el alcance de lo esgrimido con precedencia.

IV. LA NOCIÓN DE SOBERANÍA DE LOS MUNICIPIOS Y SU POTESTAD TRIBUTARIA ORIGINARIA

Para gravar las actividades de hidrocarburos, u otras de la reserva del Poder Público Nacional, cuando son realizadas por particulares, los Municipios han invocado potestades asimilables al concepto de soberanía, por el hecho que constitucionalmente se les reconoce también una potestad tributaria de carácter autónomo e independiente de la correspondiente al Poder Público Nacional y al Poder Público Estatal, respectivamente, y por la exclusión de la inmunidad tributaria Municipal a los concesionarios y contratistas, establecida en la misma Constitución.

Ahora bien, las potestades tributarias de los Poderes Públicos provienen de la Constitución y son desarrolladas por la ley. En este sentido, los impuestos de la potestad de los Municipios, son aquellos que pueden crear, mediante sus ordenanzas, porque directamente se les atribuye la Constitución, y que por ello, forman parte de su Potestad Tributaria Originaria,

como lo son los impuestos enumerados en el numeral 2, del artículo 179, de la Constitución. Esta Potestad es la que en verdad es autónoma e independiente del resto de las potestades tributarias, en los términos del artículo 180 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por otro lado, la distinción entre la Potestad Tributaria Originaria y la Derivada no puede referirse a la soberanía sino a la distribución de competencias y a la *organización constitucional* de los diferentes tributos.

La diferencia real está en que la Potestad Tributaria Originaria proviene de la ejecución inmediata de la Constitución y la Potestad Tributaria Derivada, aún cuando puede estar prevista en el Texto Fundamental, se da cuando *se condiciona a una disposición de carácter subconstitucional por parte de otro Poder, por lo que no viene a ser sino la aplicación indirecta de la Constitución*. Es decir, en los casos de la Potestad Tributaria Derivada, por ejemplo, el Municipio puede recaudar los impuestos, pero no crearlos.

Las diferencias entre el Poder Tributario Originario y el Poder Tributario Derivado, *emanan del reparto constitucional de competencias*. Así, cuando la Constitución reconoce ámbitos específicos del Poder Tributario a cada ente, se trata del Poder Originario. Por el contrario, cuando la Constitución reserva el Poder Tributario al Poder Público Nacional, permitiendo que por ley éste delegue la potestad en los entes menores, o les dé una participación en los impuestos que hubiere creado, o establezca cómo éstos entes han de recaudar impuestos, se trata de una Potestad Tributaria Derivada.

Por otro lado, la Potestad Tributaria Originaria o Soberana, no se deriva del hecho que un ente del Estado, sea prestador de un *servicio público*. En efecto, es verdad, que en la solidaridad social, implícita en la convivencia social, está la razón de ser de las Potestades Tributarias del Poder Nacional y del Municipio, como se desprende del artículo 133 de la vigente Constitución. Pero tal justificación no es suficiente para atribuir naturaleza originaria a tales Potestades, sino que es necesario que su fuente provenga directamente de la misma Constitución. Por ello, la tesis de la Potestad Originaria por la sólo prestación de un servicio público, *sólo explica la potestad de crear tasas, en las cuales es evidente la relación de pago y la prestación del servicio*, pero, en Venezuela, por el reparto constitucional de las competencias tributarias, es insostenible.

De manera, que la tesis de la soberanía y la de la solidaridad social, no tiene fundamento constitucional, para explicar la supuesta Potestad Originaria de los Municipios, distinta y autónoma de las demás Potestades Tributarias, para crear impuestos sobre actividades de hidrocarburos en-

comendadas o delegadas a los particulares, puesto que ninguna norma constitucional, por esa sola circunstancia, otorga facultad directamente a los Municipios, para crear impuestos sobre dichas actividades y mucho menos cuando la propia Constitución expresamente les prohíbe hacerlo.

En este orden de ideas, téngase presente que la autonomía de los Municipios, no es plena o soberana, porque está sujeta no sólo a los límites de la Constitución, sino también de la ley, en lo que se refiere, entre otros aspectos que comprende dicha autonomía, a la creación, recaudación e inversión de sus ingresos como se desprende del artículo 168 del Texto Constitucional; y, además, porque los actos de los Municipios son controlados por tribunales que pertenecen al Poder Público Nacional, como se establece en el último aparte de dicho artículo.

Finalmente, no obstante la autonomía que se reconoce a los Municipios, su organización, es decir, su estructura y funcionamiento, se rige por la Constitución y por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados, como se precisa en el artículo 169, de la vigente Constitución. Se trata, pues, de una autonomía relativa, puesto que está sujeta, incluso, en su ejercicio, a leyes nacionales, e incluso, estatales.

En el orden de ideas expuesto, la Constitución, en su artículo 179, define como ingresos de los Municipios a: 1) Los procedentes de su patrimonio y el producto de sus ejidos; 2) las tasas por el uso de sus bienes y servicios; 3) las patentes sobre industria, comercio y vehículos, y los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial y contribución especial sobre plusvalía de las propiedades; 4) las multas que impongan las autoridades municipales y las demás que legalmente le sean atribuidas; 5) las subvenciones nacionales y estatales, y los donativos; 6) los demás impuestos, tasas o contribuciones especiales que se crearen de conformidad con la ley; y 7), asimismo, el impuesto territorial rural o sobre predios rústicos, la participación en la contribución por mejoras y otras ramas tributarias nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos; y los ingresos provenientes de las operaciones de crédito público, con las limitaciones establecidas en la ley.

Ahora bien, en virtud de lo precedentemente expuesto, dentro de la Potestad Tributaria Municipal, los verdaderos tributos originarios, sin duda alguna son los enumerados en el ordinal 2, de dicho artículo 174. Es decir: «las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, *con las*

limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículo, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidos por los planes de ordenación urbanística» (Cursivas nuestras).

Por el contrario, el ordinal 3, del mencionado artículo 179, se refiere, como ingresos municipales, al impuesto territorial rural o sobre predios rústicos, a la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, pero conforme a las leyes de creación de dichos tributos. Por su parte, el ordinal 6 del indicado artículo 179 Constitucional, incluye como ingresos de los Municipios: «Los demás que determine la Ley». Los ingresos contemplados en el referido ordinal 2, son los que la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, califica como «de naturaleza tributaria que corresponden al Municipio de manera irrestricta (...)»; mientras que los otros ingresos, de carácter tributario, por el contrario, dependen del desarrollo legislativo del Poder Nacional (pág. 8).

Existe pues una diferenciación fundamental entre las previsiones del ordinal 2 y las de los ordinales 3 y 6 del citado artículo 179. En efecto, ciertamente, que de la previsión del ordinal 2º deriva una *potestad originaria*, que le corresponde a los Municipios en forma exclusiva; mientras que de los ordinales 3 y 6, no se desprende una competencia originaria directa, sino *mediata*, o *indirecta*.

Con relación a los impuestos a que se contraen los ordinales 3 y 6, indicados, se discute si la ley a que hacen referencia, es una ley Nacional o Estatal. La doctrina más calificada, (entre otros, Ezra MIZRAHI, en las diversas conferencias dictadas al efecto), señala que la remisión es a la Ley Nacional, por cuanto dichos impuestos son atribuidos constitucionalmente al Poder Público Nacional, el cual, mediante ley, los crea y los transfiere a los Municipios. Ello cabe dentro de las previsiones del artículo 157 de la Constitución vigente relativo a la descentralización administrativa, la cual puede ser fuente de ingresos para los Municipios, por cuanto establece que: «La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización». De manera que para que los Municipios participen en el ramo tributario nacional sobre los hidrocarburos, se requiere de una ley nacional que permita que dichos entes municipales recauden impuestos en esta materia. Tal ley no existe, de modo que tampoco por esta vía indirecta, los Municipios

pueden percibir impuestos derivados de las actividades de hidrocarburos, realizadas por particulares.

En todo caso, ha de tenerse presente, para la delimitación de la Potestad Tributaria Nacional y Municipal, el único aparte del artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que después de enunciar las competencias de los Municipios establece textualmente: «Las actuaciones que corresponden al Municipio en la materia de su competencia *no menoscaban las competencias Nacionales* o Estadales que se definan en la ley conforme a esta Constitución» (Cursivas nuestras).

Finalmente, recuérdese a título de ilustración, que el artículo 46 de la Ley de Hidrocarburos de 1943, modificó el texto del artículo 39, de la Ley de Hidrocarburos de 1938, que contemplaba que los concesionarios de hidrocarburos debían pagar, además, los impuestos municipales, por lo que, en el texto del mencionado artículo 46, se estableció que dichos concesionarios no estarán sujetos a pagar patentes ni otros impuestos que graven especialmente sus empresas o los productos, de las mismas, fuera de los impuestos especiales de hidrocarburos.

V. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL PODER TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO

Las limitaciones se derivan del contexto general de la Constitución y de normas específicas de la misma Constitución. (En tal sentido, se refiere el tributarista Leonardo Palacios al «Bloque de la Legalidad», a todo lo largo de su obra: *El Territorio Como Ámbito de Eficacia y Validez de la Tributación Municipal Venezolana*, antes citada, para interpretar las diferentes Potestades Tributarias. Por su parte, el también tributarista Humberto ROMERO MUCI, afirma que en esta materia no es posible realizar una interpretación «simplista» de la Constitución, a lo largo de su obra *Jurisprudencia Tributaria Municipal*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997). Por lo que atañe al primer supuesto, la limitación fundamental de la Potestad Tributaria Municipal está en el hecho de que *la Constitución no le asigna al Municipio un poder amplio y genérico para establecer tributos*, sino que lo limita a exacciones específicas.

Además, la asignación de competencias tributarias a los restantes entes territoriales (*amplia* para la República, y *residual* para los Estados), constituye un límite contextual, que se deriva del reconocimiento expreso de tributación originaria a dichos entes. Todo ello de conformidad con el principio de la autonomía relativa a que se contraen los artículos 168 y 169, del Texto Constitucional.

El segundo límite, deriva del establecimiento de prohibiciones expresas a la Potestad Tributaria de los Estados, y de los Municipios. En efecto, el artículo 183 de la Constitución, al referirse a las potestades tributarias de estos Poderes Públicos, les impide:

1. Crear impuestos sobre de la circulación de los productos (prohibición de crear aduanas, impuestos de importación, de exportación o al tránsito sobre bienes extranjeros o nacionales;
2. Crear impuestos sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional;
3. Gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio; y
4. Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, así como que sean gravados en forma diferente a los producidos en él.

Además, el artículo 183 de la Constitución vigente (artículos 18 y 34 de la Constitución derogada), sujeta (y no prohíbe como en la derogada) la potestad de los Municipios de gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal, a las condiciones que respecto de su oportunidad, forma y medida fije la ley nacional.

Existe otra limitación que deriva de la naturaleza del Municipio como unidad política primaria de la organización nacional, como lo define el artículo 168, de la vigente Constitución, es decir, de su carácter de ente local, estrictamente territorial en dicha organización que determina el Principio de la Territorialidad, aplicable tanto al hecho generador del tributo como a su objeto y su base de cálculo.

En Materia de limitaciones a la Potestad Tributaria Municipal, los estudios del Derecho Fiscal (por ejemplo, Alfredo TRAVIESO PASSIOS y Humberto ROMERO MUCI, en la obra citada de este último) estiman que hay limitaciones denominadas «directas», constituidas por preceptos explícitos que están en el Texto Constitucional, por oposición a las de tipo «indirecto», que son las que aparecen dispersas en dicho Texto. Dentro de las limitaciones «directas» del Poder Fiscal del Municipio, como hemos señalado, se encuentran las prohibiciones contenidas en el artículo 183 Constitucional. Estas limitaciones, según la doctrina citada, tienen el propósito de «evitar la acción hostil de un Municipio con respecto de otro, en la gestión fiscal sobre el comercio intermunicipal. Pretenden estas limitaciones, impedir las acciones limitativas del libre flujo y reflujo entre los distintos Municipios, que se integran en la organización política territorial». Para la misma doctrina mencionada, nuestro Texto Fundamental reconoce la existencia de colectividades menores, receptoras de

cierta autonomía tributaria, así como, la necesaria sincronización que debe existir entre la hacienda nacional y las locales. El sistema fiscal representa ese sistema unitario sobre la economía, uno de cuyos principios es «el de la menor distorsión de los precios», imponiéndose que el Estado proyecte una *unidad fiscal* sobre la economía nacional, ya que la pluralización de los poderes fiscales atenta contra la unidad económica total. De allí que se opine, que cada una de las prohibiciones contempladas en el artículo 183 de la Constitución de 1999, tienen un propósito específico y diferente de las demás limitaciones, pero complementario, por cuanto sus efectos tienen por finalidad contribuir a garantizar la unidad fiscal y económica necesaria para evitar las trabas fiscales al desarrollo nacional, al libre comercio y circulación de los bienes y servicios, impidiendo la creación de privilegios discriminatorios. Esto se verifica, evitando no sólo la creación de tributos, a la importación, a la exportación o al tránsito de mercancía, que establecería fronteras fiscales, sino también evitando que se prohíba la entrada de mercancías y la imposición de impuestos a las fuentes de riquezas localizadas fuera del Municipio. Se trata de impedir que los Municipios favorezcan su actividad productiva local, en perjuicio del flujo de la riqueza exterior. Las limitaciones de los artículos indicados se aplican a todos los tributos municipales, incluido el impuesto sobre patente, industria y comercio, que si bien no grava los bienes de manera directa, lo hace de manera indirecta.

Lo anteriormente expuesto responde a la tesis de la unidad fiscal, la cual parte del principio que el Sistema Tributario Municipal no se encuentra aislado del resto del sistema tributario, sino que debe interpretarse siempre en el contexto económico en que se inserta. En este sentido, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 5 de junio de 1967, al anular el Acuerdo del Concejo Municipal del Distrito Barinas del Estado Barinas, que había creado implícitamente un impuesto a la importación maderera, destacó el carácter orgánico de la economía del país y *la inconveniencia de crear impuestos que graven el tránsito de bienes dentro del territorio nacional. Señaló la Sala que la interpretación de las normas constitucionales que establecen el sistema tributario, debe ser efectuada desde su ineludible perspectiva económica, y que la interpretación constitucional puede ser gramatical, histórico, política, económica y jurídica, y que también, los elementos extrajurídicos se insertan en la ley fundamental, modificando el sentido de los dispositivos normativos propios, y que tal criterio debe predominar.* Fue, con base en este criterio, que la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 29 de julio de 1978, anuló los artículos 2 y 3 de la Ordenanza de Servicios de Revisión de Herradura de Ganado del Distrito Cedeño del Estado Bolívar, al de-

tectar «la oculta intención del legislador municipal, que había infringido el dispositivo del artículo 18, ordinal 4 de la Constitución, cuando creó un impuesto al ganado en pie, a través de una tasa sobre el servicio de fiscalización de hierro del ganado». Se cita como tradición jurisprudencial una añeja jurisprudencia del 18 de julio de 1876, en la cual se señalara que «si bien es cierto que el nombre del impuesto mencionado parece apartarlo de las prohibiciones constitucionales, es también una verdad incontrovertible que no es el nombre, sino la naturaleza misma de la cosa, lo que fija y determina su modo intrínseco de ser, y que, en este caso, cualquiera que sea el nombre del impuesto, es lo cierto que su resultado no es otro que el gravamen del café y del cacao del país».

Para garantizar esa unidad y armonización fiscal, la Constitución vigente, en el Numeral 13 del artículo 156, facultó al Poder Público Nacional para legislar en el sentido de determinar los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales o municipales.

VI. LA TERRITORIALIDAD COMO LÍMITE A LA POTESTAD TRIBUTARIA MUNICIPAL

A favor de la preeminencia de la *Potestad Tributaria Nacional* en materia de hidrocarburos y en especial, de *hidrocarburos gaseosos*, se pueden señalar otros argumentos también apoyados por la doctrinas y jurisprudencia resaltante, así:

1. La territorialidad de las atribuciones municipales

El Municipio, como entidad pública que conforma la estructura general del Estado, está integrado por los mismos elementos constitutivos que el Estado, esto es: *Territorio, población y poder*. El territorio constituye el supuesto físico del Municipio, y se refiere al sitio o lugar donde se asienta su población y el ámbito espacial dentro del cual el mismo ejerce su poder político. La propia determinación de la base territorial municipal, constituye una limitación en sí mismo, pues es sobre él que se vá a volcar el contenido de su poder autonómico, que le es reconocido por la Constitución y limitado, como señaláramos, por la propia Constitución y por la legislación que se dicte en ejecución de la Carta Fundamental.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal define al Municipio y a sus elementos constitutivos, así:

Artículo 3: El Municipio constituye la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional establecida en una extensión determinada del territorio, tiene personalidad jurídica y su representación la ejercerán los órganos determinados en esta ley. Su organización

será de carácter democrático y tendrá por finalidad el eficaz gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad.

De la lectura de la norma transcrita, así como de otras de la misma ley (el artículo 18 referido a los requisitos para su creación; el artículo 38 referido a la definición de los servicios mínimos que deben existir en centros poblados de más de mil habitantes; el artículo 55 que establece la integración de los Concejos Municipales; el artículo 17 que se refiere al territorio que corresponde a cada Municipio; etc.), se desprende que la autonomía atribuida a los Municipios, además de estar íntimamente ligada con el carácter *local* de la materia correspondiente, se circunscribe básicamente al ámbito *territorial* que le sirve de sustrato jurisdiccional para aplicar los contenidos políticos, administrativos y financieros que le corresponden como figura organizativa. Dentro de la realidad legal y constitucional venezolana, la autonomía está vinculada con el *territorio*, elemento básico de cuya delimitación no puede separarse quien pretenda justificar la autonomía del Municipio.

En consecuencia, cualquiera que sea el sistema escogido para el establecimiento de las competencias municipales, debe predominar la noción de *territorio*. En este sentido, en lo que se refiere a sus competencias, que constituyen su autonomía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 168, de la Constitución, resulta básico el concepto de materias concernientes a la vida local, como se precisa en el artículo 178, ejusdem.

Es el territorio el que permitirá identificar qué debe entenderse por *local*, que es en definitiva lo que le corresponde al Municipio. Se trata entonces de la determinación a través del *territorio* del «interés específico», dado que la única manera de entender el significado de lo *local* es partiendo de la delimitación *territorial*, que es el escenario natural de la autonomía municipal. De tal manera que la determinación de las competencias municipales, debe partir de dos conceptos:

- a. El establecimiento de los fines que deben y pueden cumplir tales entidades; y
- b. La repartición de dichos fines entre tales entidades.

En consecuencia, la autonomía del Municipio y su Potestad Tributaria, están íntimamente ligadas con su territorio y con lo que se encuentre en dicho territorio; no pudiendo extender su jurisdicción hacia otro territorio ni hacia los bienes que pudieren extenderse hacia otros territorios.

2. La tesis de los bienes en tránsito

La tesis indicada en el epígrafe se encuentra íntimamente vinculada con la tesis expuesta de la preeminencia de la territorialidad para la determinación de las competencias municipales, más aún en materia de tributos, que exime de la Potestad Tributaria Municipal a los bienes en tránsito. Los bienes en tránsito son aquellos bienes muebles que no tienen ubicación fija en el espacio, y por tanto, no la tienen territorialmente, tales como los hidrocarburos que fluyen a través de las tuberías, etc. Por ende, los bienes en tránsito no pueden estar sujetos a la jurisdicción de un determinado territorio, pues los mismos no tienen su sede fija en él.

Así, nos encontramos por ejemplo con el caso del suministro de la energía eléctrica y de la prestación de los servicios públicos en general. En este sentido, el jurista Eloy LARES MARTÍNEZ, en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Público* Número 2, denominado «El Suministro de Energía Eléctrica y el Poder Municipal», señala que los servicios de acueductos, cloacas, y drenajes, los de distribución y venta de electricidad y gas, los de transporte colectivo de pasajeros, abastecimiento de artículos de primera necesidad y aseo urbano y domiciliario, si bien corresponden a la competencia del Poder Municipal, «esta competencia, debe ser ejercida, con sujeción a los principios de la legislación nacional». Alega, por tanto, el citado autor, que «(...) la intervención de los Concejos Municipales en cuanto al suministro de energía eléctrica debe estar sometida a las leyes que sobre esta materia dicte el Congreso de la República». Y continúa, indicando, y con ello vá más allá incluso del antes señalado principio de territorialidad, que: «Esta disposición tiene valor, aún tratándose de aquellos servicios de suministro de energía eléctrica *que sean prestados por un organismo o empresas cuyas instalaciones en su totalidad se hallen instaladas en el ámbito territorial de un solo municipio*» (Cursivas nuestras).

Aunado a lo anterior, el mencionado profesor resalta el carácter de bien de *interés nacional* del suministro de energía eléctrica, en virtud de disposiciones previstas en leyes como la antigua Ley de Protección al Consumidor y la Ley Orgánica de Administración Central, luego de lo cual, alega el *carácter no territorial* del servicio en vista de su condición de bien de interés público y estratégico para el Estado.

Luego se plantea la situación de aquellos servicios públicos que tengan o requieran instalaciones en uno o más Municipios, prestados por un mismo ente público o privado, y señala que tal como lo dispone el último aparte del artículo 7 de la Constitución de 1961 (correspondiente a los artículos 11 y 12 de la Constitución Bolivariana), el régimen de tal servi-

cio será de la competencia del Poder Nacional y además que en ese caso, el Ejecutivo fijará las tarifas, quedando «completamente descartada la competencia municipal». Termina alegando que en virtud de un análisis detenido del último aparte del artículo 7 indicado (hoy artículos 11 y 12) y del artículo 30 de la Constitución derogada (hoy artículo 178), realizado en forma concatenada, revela que no hay entre ambos colisión alguna, sino por el contrario, «...perfecta compatibilidad entre uno y otro texto».

Finalmente reitera lo que expusiéramos con precedencia, que «Conforme a la regla constitucional, es de la competencia municipal, cuanto tenga relación con las materias propias de la vida local (omissis); pero cuando se trata de que un mismo organismo, entidad o empresa tenga instalaciones ubicadas en más de un Municipio para el suministro de energía eléctrica o de gas, *al extenderse el servicio al territorio de varios Municipios, deja de ser materia propia de vida local, y, por tal razón, escapa a la competencia de las autoridades municipales*» (Cursivas nuestras).

Al anterior criterio, podemos agregar, que si bien en la actualidad el gas doméstico, como servicio público domiciliario, forma parte de las competencias municipales, ello, como lo aclara el artículo 178, de la Constitución, no menoscaba las competencias nacionales definidas en la Constitución, como claramente lo son la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre los hidrocarburos; y su régimen y administración según los Numerales 12 y 16, del artículo 156, de la misma Constitución. En este orden de ideas, la Consultoría Jurídica del antiguo Ministerio de Minas e Hidrocarburos, sentó doctrina administrativa al respecto, al señalar que el transporte de gas, sólo puede ejercerse conforme a la legislación especial de hidrocarburos, y que en ese sentido, para abastecer de gas a las ciudades mediante tuberías, es condición previa que quien aspire a ejercer tal actividad debe tener la correspondiente concesión, otorgada por el Ejecutivo Nacional, para transportar hidrocarburos (Memoria de 1963, pag. II-21, N° 4). Hoy diríamos el correspondiente permiso para transportar y distribuir gas.

3. La tesis de la exención real o material

Encontramos otro argumento en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de noviembre de 1999, (Caso: Sociedad Mercantil Radio Industrial 1160, C.A. contra el Alcalde del Municipio Autónomo Plaza del Estado Miranda), con ponencia de la Magistrado Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, según la cual, la mencionada Sala, yendo más allá, de lo expuesto con precedencia, señaló que el gravamen sobre las actividades comunicacionales a través de

un impuesto indirecto «excluye toda posibilidad de imposición por los Municipios de la misma materia, incluyendo la radiodifusión, que ha sido sometido a un régimen legislativo especial». Para establecer este criterio la Sala mencionada, se fundamentó en que la Constitución (tanto la derogada como la vigente, en su artículo 183) prohíbe a los Estados y Municipios el gravamen a las exportaciones, a las importaciones, al tránsito de mercancías, y en las materias rentísticas nacionales. Esta prohibición, según la sentencia, se traduce en una *immunidad tributaria material o real*, que sustrae no sólo el comercio internacional (como puede pensarse de una primera lectura), sino también al *transporte* y las telecomunicaciones intranacionales.

Así, el comercio consiste en el intercambio y tráfico, incluyendo ello, la navegación, la aviación, el transporte y tránsito de personas, y propiedades, así como, la compra y canje de mercancía, ya que, *no puede haber comercio intermunicipal*, a no ser que como parte de la transacción se contemple algún acto de transporte entre dos o más Municipios. De modo que, señala la sentencia:

sería inconstitucional cualquier tributo municipal al comercio de especie, sea que el negocio cuya imposición se pretenda hacer al tráfico o al transporte de las mercancías, en su caso, la entrada, salida o tránsito de personas del Municipio, bien sea gravando la entrada o salida física de las personas propiamente dichas o estableciendo el gravamen indirectamente al transportista por la traída o llegada de personas.

De igual modo, las comunicaciones intermunicipales, están excluidas del dominio, material del Poder Fiscal de las entidades municipales, esto es, son inmunes a las exacciones de especie. Ello es consecuencia ineludible de la prohibición de la imposición al tránsito en las mercancías, *ya que todo tránsito implica comunicación de algo* y si la Constitución recalca este aspecto, hay que concluir que excluye de la acción fiscal local a las comunicaciones y a los medios de comunicación. Deben respetarse las líneas de teléfono, telegráficas, las vías férreas y los trenes, la televisión, la radio e instalaciones conexas.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la Constitución de la República ha querido que no sólo el comercio intermunicipal quede libre del entorpecimiento fiscal por parte de los organismos políticos locales, sino también en el plano del transporte y de las comunicaciones intermunicipales, esto es, que queden libres las acciones y los efectos de comunicarse (circulación, transporte, tránsito) entre sí y los Municipios y a través de éstos, así como los medios materiales que se utilicen para la realización de los actos del comercio, tránsito, transporte y comunicación.

La tesis antes expuesta sobre la exclusión del transporte y las comunicaciones de la tributación municipal y estatal al tránsito, la importación y exportación de productos nacionales y extranjeros, está plenamente

confirmada en otro precepto constitucional, en concreto los artículos 136, ordinal 20 y 22, (hoy ordinales 26 y 28 del artículo 156 de la Constitución Bolivariana) que atribuyen al Poder Nacional todo lo relativo a transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre de los muelles y demás obras portuarias, así como el correo y las comunicaciones.

En atención a las anteriores consideraciones, resulta forzoso para esta Sala concluir que los Códigos aplicables a las empresas de.... (omissis) son una competencia reservada al Poder Nacional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 136, ordinal 8 y 22 (hoy, ordinales 12 y 28 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y en concordancia con los artículos 1 y 34 Constitucionales (hoy artículo 1 y 183 de la Constitución Bolivariana), usurpando la competencia ajena, de orden constitucional prohibida en los artículos 117 y 119 del mismo Texto Fundamental (hoy artículos 137 y 138 de la Constitución Bolivariana), lo que afecta la nulidad absoluta de los actos impugnados conforme a lo establecido en el artículo 19, ordinal 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (Cursivas nuestras).

En el caso señalado con precedencia, la Sala declaró *Nula por Inconstitucional* la Ordenanza Municipal que pretendía gravar con el impuesto sobre patente de industria y comercio, las actividades señaladas, en virtud de considerarla viciada de *usurpación de funciones*.

Lo anterior se aplica clara y obviamente al caso analizado, en el que nos encontramos frente a un bien en tránsito, como lo es el hidrocarburo gaseoso, que es permanentemente transportado a través de tuberías que además se encuentran ubicadas en jurisdicción de distintos Municipios, para abastecer de gas a las ciudades. Por lo tanto, puede perfectamente proceder el alegato de la citada sentencia, que ha sido además acogido por la doctrina patria relevante, entre otros, por el tributarista Humberto ROMERO MUCI. («Alcance Constitucional de la Autonomía Tributaria del Municipio» en *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local*. Pág. XCVIII, XCIX, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas). En ese sentido, vale la pena recordar, que según el artículo 25 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, «son obras de transporte las de distribución de gas natural para suministro de una urbanización», como lo aclaró la Consultoría Jurídica del entonces Ministerio de Minas e Hidrocarburos (Memoria de 1967, pág. 2, N° 3).

4. La tesis de la no eliminación de materia rentista nacional de los hidrocarburos en el régimen de concurrencia limitada de los particulares dentro de la reserva general de la actividad petrolera

Para ratificar lo expuesto en el sentido que la participación de los particulares en la gestión de actividades que corresponden exclusivamente al

Poder Público Nacional, no elimina su carácter de materia rentística de dicho Poder, puede citarse, como criterio de interpretación las disposiciones del Anteproyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos, elaborado por la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Cámara de Diputados, en octubre de 1999, es decir, con posterioridad a la publicación del Decreto N° 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, en fecha 23 de septiembre del mismo año.

En efecto, en dicho Anteproyecto se ratifica como de la competencia exclusiva del Poder Nacional, todo lo referente a la industria y el comercio de los hidrocarburos y su reserva al Estado por razones de estrategia y conveniencia nacional (arts. 1° y 5°). Asimismo, se prevé que la industria y el comercio del gas se regirá por leyes especiales (art. 2°); y que la industria del gas natural, al igual que las otras actividades de hidrocarburos, quedan abiertas a la libre competencia en los términos expresados por la ley general de los hidrocarburos y por las leyes especiales de la materia (art. 6°). No obstante, esta apertura que implica que los particulares llevarán a cabo estas actividades en nombre del Ejecutivo Nacional, en el artículo 31, del referido Anteproyecto, se establece, que:

Es competencia exclusiva del Poder Tributario Nacional, el establecimiento de impuestos y de cualquier tributo o contribución a la realización de las actividades de exploración, explotación y transporte por vías especiales a que se refiere esta ley. Dichas actividades no estarán sujetas a ninguna clase de impuestos estatales ni municipales. (Cursivas nuestras).

El criterio anterior, en el sentido que la concurrencia de los particulares, en la reserva de la actividad de los hidrocarburos, no elimina su competencia exclusiva en materia tributaria sobre las actividades de tales sustancias, es valedero para el caso de la participación del sector privado, nacional o extranjero, en todas las fases y actividades relativas en los hidrocarburos gaseosos, como se prevé en el Decreto N° 310 del 12 de septiembre de 1999, con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, en sus artículos 2°, 11°, 22° 24° y 27°. En efecto, como ya se señaló, en la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, se acogió este criterio, cuando se aclara que el dominio reservado del sector petrolero, no deja de ejercerse porque se haga de acuerdo con el sector privado (G.O. N° 5.453 Extraordinaria, del 24.03.2000, pág. 11).

VII. JURISPRUDENCIA DE IMPORTANCIA EMITIDA POR LA CORTE EN PLENO Y POR LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA EXTINGUIDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como expresáramos al inicio de este estudio, la situación actual es análoga a la de la Constitución de 1961, por cuanto la única norma que podría

traer confusión sería la contenida en el artículo 180 Constitucional, en lo que se refiere a la no extensión de la inmunidad tributaria frente a los Municipios, a los concesionarios y contratistas; la cual no es aplicable, en el caso de las materias de hidrocarburos y rentística sobre estas sustancias, porque han sido reservadas constitucionalmente a la competencia del Poder Público Nacional y por ende, son de la reserva legal de dicho Poder. En este orden de ideas, consideramos aplicable lo señalado en las sentencias analizadas de seguida.

A) *Caso Plásticos del Lago, C.A.*: Esta empresa domiciliada en el Estado Zulia interpuso Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad contra el acto administrativo de efectos particulares dictado por el Concejo Municipal del Distrito Miranda del Estado Zulia, que declaró sin lugar el recurso jerárquico ejercido contra una planilla de liquidación relativa a una contribución especial establecida en la Ordenanza sobre Fundación Cuerpo de Bomberos del Distrito Miranda del Estado Zulia, por considerar que la contribución especial era inconstitucional por violación de los artículos 31, 117, 118 y 99 de la Constitución derogada. El fondo del recurso se basó esencialmente en que, si bien compete a los Municipios, la creación de impuestos, tasas y contribuciones especiales, de conformidad con el ordinal 6 del artículo 31 de la Constitución derogada, sin embargo, ello depende de una expresa condición legislativa. Estimó la indicada Sala en sentencia de fecha 26.10.96, que la contribución especial del ramo sobre patente de industria y comercio para el servicio de cuerpos de bomberos del Distrito Miranda, la Ordenanza sólo podía ser creada mediante ley nacional. *En el caso en análisis se dio preeminencia absoluta al importante criterio de la reserva legal nacional.*

B) *Caso Telcel, C.A.* El Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, declaró *con lugar* la Acción de Amparo interpuesta por la empresa Telcel Celular; C.A., contra los actos administrativos de la Dirección de Rentas del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, que pretendía cobrarle el impuesto denominado patente de industria y comercio por la colocación de antenas en su territorio. La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 16.07.96, si bien consideró incompetente al Tribunal que acordó el amparo, lo declaró con lugar y ordenó a la Alcaldía de dicho Municipio, abstenerse de exigir el pago del mencionado impuesto a la indicada Compañía. En relación con la cuestión de fondo, la mencionada Sala, declaró:

1. Una de las consecuencias de mayor trascendencia de la concepción federal recogida en el artículo 2 de la Constitución derogada, es la distribución del Poder Público entre los entes territoriales que confor-

- man la organización del Estado hablándose de una distribución vertical (República; Estado y Municipio);
2. La actividad de prestación de servicio de telecomunicaciones ha sido reservada al Poder Nacional, conforme a lo dispuesto en el ordinal 22 del artículo 136 de la Constitución derogada, que señala: «Es de la competencia del Poder Nacional: 24° El correo y las telecomunicaciones».
 3. La actividad enunciada en el numeral 22 del artículo 136 indicado, hoy ordinal 28 del artículo 156) es de reserva legal y, en consecuencia, de regulación exclusiva a través de una ley formal;
 4. No admite la materia de telecomunicaciones, regulación directa o inmediata a través de textos normativos subalternos a la ley, por lo cual no admite regulación por los órganos ejecutivos estatales o municipales;
 5. Al formar parte de las telecomunicaciones, la emisión, transmisión o recepción de ondas radioeléctricas con tecnología celular, como un servicio para todo el territorio nacional, tal como se dispone en el contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, debe ser regido por una ley nacional;
 6. Como lo señalan los artículos 1 y 4 de la Ley de Telecomunicaciones, toda regulación de la actividad incluyendo la del pago de tributos, así como el régimen para su imposición, corresponde al Poder Nacional, y es así como la Ley de Telecomunicaciones en su Capítulo IV (De los impuestos), establece los tributos que pagarán los servicios de telecomunicaciones al fisco nacional y del mismo modo lo señala el Reglamento de Operación de la Telefonía Móvil Celular en su artículo 37. A esta norma alude el contrato de concesión que Telcel suscribiera con la República;
 7. Cualquier invasión del Municipio en la materia rentística reservada al Poder Nacional se encuentra prohibida por el artículo 34 de la Constitución de 1961 (hoy artículo 183 de la Constitución de 1999);
 8. Mediante un acto normativo distinto a una Ley Nacional, como lo es, una Ordenanza de Patente de Industria y Comercio, no se puede gravar la actividad de emisión, transmisión o recepción de onda radioeléctrica de tecnología celular, para ser usada con fines específicos de telecomunicación en todo el territorio nacional;
 9. Las actuaciones impugnadas debido a la vinculación de éstas entre sí con el propósito genérico común y confesado de imponer cargas tributarias, permitieron a la indicada Sala afirmar que existe una ame-

naza de cobrar con base al acto normativo en referencia, un tributo por la misma la actividad gravada en el ámbito nacional.

C) *Caso Apertura Petrolera*: En fecha 18 de agosto de 1999, la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, declaró *sin lugar* el Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad interpuesto contra las Cláusulas Décima, Décimo Séptima, Segunda y Cuarta del artículo 2 del Acuerdo del Congreso de la República, aprobado en fecha 4 de julio de 1995 y publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela de fecha 17 de julio de 1995, Número 35.754, que *autorizó la celebración de los convenios de asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas*. La Cláusula Décima del indicado Convenio, reconoce la reserva legal nacional de los impuestos en materia de hidrocarburos, así como la competencia del Poder Nacional en tal área. Los impugnantes por el contrario defendían la posibilidad de la tributación municipal por tal concepto, fundados en que los ejecutantes del Convenio serían contratistas y no directamente la República. La Corte declaró improcedente el alegato, en virtud de la tesis previamente analizada de la «instrumentalidad». Es decir, partió del criterio, además reiterado, según la misma expone, de

la inmunidad tributaria de los instrumentos de gestión o formas jurídicas utilizadas por la República para la mejor consecución de sus fines o de las actividades que asuma, bajo la política de intervención en la economía del país, tal como es el caso de las actividades de la industria y el comercio de los hidrocarburos, lo que permite afirmar que los entes públicos institucionales, Institutos Autónomos y Empresas del Estado, constituidas para desarrollar dichas actividades *son instrumentos de la República y participan de su misma inmunidad fiscal*. (Cursivas nuestras).

La citada sentencia reitera además enfáticamente el *carácter reservado al Poder Nacional* de la materia de hidrocarburos, como otro de sus fundamentos, así: «No existe duda entonces, en cuanto a que lo relacionado con el régimen y administración de las minas, *es materia reservada al Poder Nacional*, debiendo incluirse dentro de esa atribución lo relacionado al régimen tributario que les resulta aplicable». (Cursivas nuestras).

Pero es más claro todavía lo que señala con respecto a las limitaciones tributarias de los Municipios en el área de los hidrocarburos, así: «En definitiva, no es posible que los Municipios extiendan su potestad tributaria a actividades que corresponden a materia rentística reservada al Poder Nacional. Por el contrario y abundando en lo antes expuesto, el propio Texto Constitucional al definir los límites a que debe sujetarse esa unidad política —el Municipio— señala las materias rentísticas de la competencia nacional».

Y finaliza la indicada sentencia, acogiendo la tesis del Bloque de la Constitucionalidad, esto es, la comentada y necesaria interpretación global de las normas constitucionales, a través del párrafo siguiente: «...pues, lo que hace dicha cláusula es simplemente recoger los criterios atributivos de competencia, antes analizados, previstos en la ley constitucional, definiendo las competencias rentísticas que sólo al Poder Nacional caben en la materia y que, conforme se ha visto, no atañen al sistema de normas locales, ya que lo contrario —se insiste— implicaría *una invasión del municipio en la materia rentística reservada al Poder Nacional*». (Cursivas nuestras).

D) *Sentencia del caso CANTV*. En fecha 6 de diciembre de 2000, con ponencia del magistrado Héctor Peña Torrelles, la Sala Constiucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió la acción de amparo constitucional que fuera interpuesta conjuntamente con el recursos contencioso administrativo de nulidad y subsidiariamente solicitud de medida cautelar innominada, por la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), contra el Anexo «A» denominado «Clasificador de Actividades Económicas, Comerciales, industriales o Similares» contenido en el Código 7200, y sus Códigos integrantes 720001, 720002, 720003 y 720004 de la Ordenanza Sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Valencia del Estado Carabobo, publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria en fecha 30 de setiembre de 1993, relativo a la explotación de la actividad de las comunicaciones, a la cual se fijó una carga impositiva específica para cada rubro.

Los alegatos de los recurrentes fueron básicamente los siguientes:

1. Que el mencionado Código viola lo contemplado en los artículos 18, 30, 31, 34, 56, 61, 95, 96, 99, 102, 117, 118, 119, 136, ordinales 8°, 22°, 24° y 25° y 223 de la Constitución de 1961, correspondientes a los artículos 21, 112, 115, 116, 133, 136, 137, 138, 156, ordinales 12°, 28°, 32° y 33°, 178, 179, 183, 299, 316 y 317 de la Constitución de 1999.
2. Que la gravabilidad de las telecomunicaciones está reservada al Poder público Nacional;
3. Que se violan las limitaciones explícitas a la potestad tributaria de los Municipios;
4. Que se violan los intereses peculiares de la entidad y las materias propias de la vida local;
5. Que se violan los fines del sistema tributario;

6. Que se viola flagrantemente la Ley de Telecomunicaciones;
7. Que no prevén las normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal ingresos algunos para los Municipios referentes a los servicios prestados en materia de telecomunicaciones;
8. Que se violan los principios de capacidad contributiva, progresividad y legalidad tributaria, así como el de la no confiscatoriedad de los tributos.

Pasa luego la sentencia a señalar los alegatos inherentes a la acción de amparo constitucional, esto es, el análisis de los argumentos relativos a los derechos constitucionales violados por el indicado código.

La sentencia no recoge los argumentos del Municipio.

El fundamento de la decisión es el siguiente:

1. La Sala a pesar de estar en sede constitucional, se pronuncia a favor del carácter nacional de las actividades de telecomunicaciones;
2. Reconoce la Sala que los Municipios gozan de una potestad tributaria constitucional, pero que ella se encuentra limitada y que debe por eso ejercerse de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en las leyes;
3. Establece que las actividades de las telecomunicaciones no se encuentran dentro de las potestades asignadas a los entes municipales;
4. Concluye señalando que, en virtud de lo anterior, la creación, determinación y posterior exigencia del referido tributo, «podría» constituir una infracción al principio de la reserva legal previsto en el artículo 156, ordinales 12°, 28°, 32° y 33° de la vigente Carta Fundamental;
5. Apoya además su decisión en la setnencia Telcel, C.A., de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justitica, antes analizada;
6. Finalmente, admite la acción de nulidad y declara con lugar la acción de amparo constitucional.

Como conclusión consideramos que la Sala no dejó de entrar al fondo de la acción, por el simple hecho de la utilización en la frase antes citada del verbo «podría» en condicional, pues, en definitiva señaló que la materia tributaria es de la competencia del Poder Nacional, que es de reserva legal y que no le corresponde a los Municipios. Incluso fue más allá indicando (con el citado uso condicional del verbo poder) que la Ordenanza viola el principio de la reserva legal.

Además, se fundamentó en una decisión previa jurisdiccional, no cautelar como la del caso TELCEL; que entró definitivamente al fondo a través de los mismos alegatos antes indicados, y que constituyen el basamento de nuestra tesis expuesta a lo largo de la presente investigación. Esto es, aquella que defiende el carácter nacional de los impuestos en materia de hidrocarburos gaseosos, la reserva legal, y la necesidad de desprender todo ello de una lectura integral de la norma constitucional.

Es decir que, las tesis expuestas en la sentencia indicada y en la que le sirviera de precedente, a pesar de no referirse específicamente al área de los hidrocarburos gaseosos sino de las telecomunicaciones, es aplicable perfectamente a los mismos, por cuanto condensa los principios y postulados en materia tributaria municipal que guían igualmente a esta materia.

E) *Sentencia del caso Ordenanza Sobre Apuestas Lícitas*. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 19 de diciembre de 2000 con ponencia del Magistrado Héctor Peña Torrelles se pronunció sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por el entonces Fiscal General de la República, Iván Darío Badell contra la Ordenanza Sobre Apuestas Lícitas dictada por el Concejo Municipal del Municipio Francisco de Miranda del Estado Guárico.

Los alegatos del recurrente fueron principalmente los siguientes:

1. Que la Ordenanza al fijar impuestos sobre juegos, tales como, carrera de caballos, boxeo, etc, no sólo se excede de su objeto, que se fija en su artículo 1, sino que les otorga legitimidad;
2. Que la Ordenanza está afectada del vicio de Incompetencia Manifiesta por Usurpación de Funciones, por cuanto, aún cuando fue dictada por una autoridad legítima, invade competencias que corresponden al Poder Legislativo Nacional;
3. Lo anterior, por cuanto, sólo mediante ley formal puede regularse lo relativo a las apuestas en general;
4. Que al dictarse la Ordenanza se violó el principio de legalidad previsto en la Constitución;
5. Que además viola lo establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal en cuanto a las competencias de los Municipios.

Los alegatos de la representación del Municipio fueron los siguientes:

1. Que los alegatos del fiscal se relacionan únicamente con lo previsto en los artículos 1 y 7 de la ordenanza, por lo que, mal puede solicitarse su nulidad total;

2. Que la Ordenanza no crea un nuevo impuesto sino que fija topes a impuestos ya creados;
3. Que en virtud de lo anterior, el legislador permitió que el Municipio fijara los topes máximos y mínimos de los impuestos;
4. Que el Municipio lo que no puede es crear una apuesta ilícita, pero en ninguna norma se le prohíbe crear una lícita;
5. Que en el ámbito de las apuestas lícitas, el campo del legislador nacional y del local están perfectamente delimitados. Así, el artículo 136, ordinal 24 de la anterior Constitución, le atribuye al Congreso de la República competencia para legislar con respecto a loterías, hipódromos y apuestas en general, y los artículos 29 y 31, ordinal 6 de la Constitución derogada le atribuye al Municipio potestad para legislar sobre la creación e impuestos sobre apuestas lícitas.

El fundamento de la decisión de la Sala Constitucional fue básicamente el siguiente:

1. Que la Constitución y las leyes para considerar válido un acto exigen la competencia del órgano y del funcionario que lo dicte, y que el mismo se produzca de acuerdo con un proceso específico, para que se evite la arbitrariedad;
2. Que la incompetencia es uno de los vicios que afectan la validez de los actos dictados;
3. Entra a analizar el alcance de la autonomía normativa y financiera de los Municipios, para lo cual se vale de un peccedente jurisprudencial: el caso Heberto Contreras» de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de noviembre de 1989. Dicha jurisprudencia reconoce que la autonomía tributaria municipal tiene sus límites;
4. Entra a analizar si en el ordenamiento jurídico se fijan límites a los Municipios en materia de impuestos sobre apuestas lícitas, y concluye con que corresponde al Poder Público Nacional, la competencia para legislar en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general, por lo que, tales áreas corresponden a la reserva legal nacional;
5. Que aún cuando la Ley Orgánica de Régimen Municipal preveía ingresos para los Municipios en virtud de juegos de apuestas, la nueva Constitución cambia el panorama, pues tales ingresos pasan a formar parte del poder tributario originario de los Municipios y por ende, sometido a las limitaciones constitucionales y legales;

6. Que como consecuencia de lo expuesto, la potestad de los municipios se limita a establecer el gravamen sobre las apuestas que se pacten dentro de su jurisdicción y a dictar una ordenanza para regular lo concerniente a la recaudación de tal tributo y monto del gravamen;
7. Que el Municipio Valencia fue más allá de los límites señalados, y por ende, declaró con lugar la acción y nula el texto íntegro de la Ordenanza.

A pesar de que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de manera unánime y reiterada ha venido reconociendo y reforzando la tesis defendida en esta investigación de las limitaciones el poder tributario municipal, y de la importancia que ello reviste, sin embargo, las últimas decisiones de los tribunales de instancia especializados en el área tributaria no han sido dictadas en tal sentido. Y aún cuando las mismas no tengan igual carácter vinculante (las de la Sala Constitucional) y efecto en general (las de las otras Salas), que las del Tribunal Supremo de Justicia y que anteriormente la Corte Suprema de Justicia, a los fines de realizar un análisis serio y completo del problema, hemos querido citar dos decisiones, aunque del mismo caso, recientes contentivas argumentos en tal sentido, a seguir:

F) *Sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario*. En fecha 20 de octubre de 2000, el indicado Tribunal se pronuncia sobre la impugnación de la Resolución Número RTD12123.96, emanada de la Dirección de Hacienda de la Alcaldía del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, en fecha 17-07-96, y la planilla de liquidación correspondiente, en materia de patente de industria y comercio.

El impugnante se trataba también de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, C.A.; que, aunque no contra el mismo Municipio, en este caso impugna la Resolución que fija el reparo, pero en el de la sentencia emanada de la Sala Constitucional, antes indicada, impugna el Código de la Ordenanza que fija la patente y por ende, la posibilidad del reparo por su no pago. Es decir, que ante la Sala se impugna el origen de tales problemas y ante los Tribunales Especiales el caso concreto.

Los argumentos de los recurrentes son básicamente los mismos que los de la impugnación del Código de la Ordenanza antes indicado, y que de las demás sentencias aquí analizadas, esto es:

1. Que se invadió la esfera competencial del Poder Nacional como vicio en el objeto del acto recurrido;
2. Que el impuesto sobre la patente de industria y comercio no es un impuesto sobre los ingresos brutos, y que con la Resolución impug-

nada lo que se pretende gravar son los ingresos brutos y no la actividad económica de la recurrente;

3. Que el acto recurrido se encuentra viciado por ausencia y error en la base legal o interpretación errada de la norma jurídica, por cuanto, no puede considerarse a la impugnante como contribuyente del citado impuesto;

La Administración Municipal Tributaria alegó:

1. Que la recurrente es sujeto pasivo del impuesto municipal;
2. Luego de rechazar todos y cada uno de los argumentos del caso, los cuales, por ser sobre todo procedimentales no vale la pena señalar, sostienen que el orden jerárquico de las normas debe ser el previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y que por tanto, no puede aplicarse con preferencia una ley ordinaria, como lo es la de telecomunicaciones;
3. Niegan la doble tributación por cuanto el Poder Nacional grava con un impuesto especial y el Municipal con uno general;
4. Que los Municipios sí pueden gravar actividades que la Constitución somete a regulación del Poder Nacional, y que ello sólo se refiere a materias rentísticas específicas dentro de las cuales no se encuentra la de la Resolución impugnada;
5. Alegan que tal tipo de impuestos implica una retribución a los habitantes de la localidad en servicios y citan el preámbulo de la Constitución que busca «la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza».
6. Siguen explanando alegatos sobre la justicia social.

El indicado tribunal especial fundamenta su decisión en lo siguiente:

1. Que la controversia se concreta a dos cuestiones fundamentales: una sustantiva y una adjetiva;
2. Que la sustantiva implica determinar si la recurrente es sujeto pasivo del impuesto;
3. La adjetiva implica determinar si el acto de determinación tributaria (la Resolución) fue dictado de conformidad con la ley y sin vulnerar el derecho constitucional;
4. En cuanto al elemento sustantivo señala:
 - 4.1. Que una cosa es «regular» determinadas actividades, y otra «gravar» determinadas materias. Que las competencias relacionadas con

la potestad regulatoria (o «régimen» como señala la Constitución), son distintas de aquellas relacionadas con la potestad tributaria. Entonces, la Constitución puede haber otorgado al Poder Nacional competencia exclusiva para el ejercicio de la potestad tributaria, pero reserva a los Municipios lo relativo a la recaudación, y control de los impuestos;

4.2. Que los Municipios tienen potestad originaria en materia de impuestos comercio-industriales; (notemos que aquí coincide con el Máximo Tribunal, pero no la somete a limitaciones como lo hace éste).

El tribunal además pasa a desvirtuar una sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de julio de 1996 que defiende la tesis contraria, que es la que hoy mantiene nuestro Máximo Tribunal.

Concluye señalando, que la patente de industria y comercio es un impuesto general que grava el ejercicio de actividades comercio-industriales ejercidas en jurisdicción de una localidad determinada, sin distinción de los sujetos pasivos, atribuidos a los Municipios en forma originaria por disposición constitucional; mientras que los impuestos establecidos en la legislación sobre telecomunicaciones son impuestos específicos, que gravan la prestación de servicios, reservados al estado. Estamos en total desacuerdo con esta tesis pues es definitivamente favorecedora de toda posibilidad de doble tributación.

5. Elementos Adjetivos: Se limita el tribunal a demostrar que la Administración Tributaria sí cumplió con el debido proceso a todo lo largo del procedimiento administrativo tributario.
6. Finalmente, declara sin lugar la acción de nulidad.

G) *Sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario.* En fecha 7 de noviembre de 2000, el también Tribunal Superior Octavo se pronuncia sobre la impugnación de la Resolución Número A.R.21-94 de fecha 17 de agosto de 1994 y la Resolución (imposición de multa) Número A.S.21.94 de fecha 27 de julio de 1994, emitidas por la Alcaldía del Municipio José Mora del Estado Carabobo, habiendo sido la impugnante la empresa Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela, C.A.; (CANTV). (La reiteración de impugnaciones por parte de dicha empresa, demuestra que en materia de telecomunicaciones, la imposición de tributos por parte del Municipio es evidentemente favorecedor de la doble tributación, lo cual se ha constituido como una fuerte carga para las empresas que se dedican a tal ramo).

Esta sentencia no se detiene en el problema de fondo relacionado con la reserva legal nacional y la competencia tributaria atribuida al Poder Nacional, sino que se limita al análisis del carácter retroactivo o no de la ordenanza que fija el impuesto sobre patente de industria y comercio, por cuanto, los recurrentes señalaron que el Municipio había aplicado con posterioridad a la causación del tributo, el impuesto sobre patente de industria y comercio, ya que el impuesto de un ejercicio se calcula con base en los ingresos brutos del ejercicio anterior.

El tribunal declara parcialmente con lugar el recurso, por cuanto reconoce la procedencia del impuesto a pesar de que la ordenanza originaria hubiere sido derogada.

La inclusión de la sentencia anterior en nuestro análisis tuvo por objeto demostrar que en el caso allí explanado ni siquiera se discutió sobre el carácter de sujeto pasivo del recurrente, por lo que no se puso en duda la potestad municipal tributaria en la materia, lo cual, consideramos, es grave, si partimos de lo previsto en la Constitución y en las leyes y que ha sido más que interpretado y aplicado correctamente por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

VIII. PODER TRIBUTARIO DE LOS ESTADOS

Por lo que respecta a los Estados, en la Constitución vigente se consagran un conjunto de limitaciones a su Poder Tributario para crear ingresos autonómicos. Así, las disquisiciones en torno al Poder Tributario de los Municipios como entes políticos de base territorial descentralizados y sobre todo, como señaláramos, en lo relativo a las limitaciones a su autonomía, son perfectamente aplicables a los Estados, que también son entes territoriales descentralizados. En efecto, el amplio catálogo de las materias objeto de imposición, son distribuidas ampliamente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así lo era en la Constitución de 1961, entre los dos extremos resultantes de la distribución federativa del Poder Público. Esto es, entre el Poder Nacional, que reúne la mayor parte de las materias rentísticas y el Poder Municipal, al cual le han sido asignados una serie de rubros rentísticos, para que, dentro de la autonomía financiera en la vertiente de los ingresos, pueda ejercer el Poder Tributario sujetando a gravamen a las personas que realizan actividades económicas en su respectivo territorio. Por el contrario, a los Estados, residualmente, les corresponde, entonces, lo que no se hubiese reservado, en materia tributaria al Poder Nacional o al Poder Municipal.

Así, la autonomía de los Estados, en materia tributaria, está limitada por el mencionado artículo 183 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela, que en el caso de las entidades federales, tienen por finalidad, tal como lo señalan los tributaristas Leonardo PALACIOS y Federico Araujo, lo siguiente:

i) Mantener frente al federalismo sui géneris, establecido constitucionalmente, lo que se conoce desde el punto de vista económico como una unión aduanera, de manera que todo el régimen administrativo y tributario de las aduanas y demás reglamentaciones comerciales restrictivas, sean eliminadas de los intercambios comerciales de los productos originarios de dicho territorio (omissis).

ii) Impedir que un Estado en particular pueda hacer uso efectivo de la imposición indirecta como medio de política fiscal activa..., en cuanto al control de las macromagnitudes económicas, las cuales necesariamente deben responder a la conjunción de las políticas del estado ejecutadas por el Gobierno Nacional (omissis)» (ARAUJO Federico y PALACIOS, Leonardo, *Análisis Constitucional del Poder Tributario en Materia de Hidrocarburos*, Editorial Arte, Caracas, 1995).

En este orden de ideas, si bien en el ordinal 4, del artículo 164, de la vigente Constitución, se declara como competencia exclusiva de los Estados, la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, se sujeta esta competencia a lo que establezcan las leyes nacionales; y en este mismo sentido, por ejemplo, en materia del régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, se establece como condición de su competencia, que no hubiesen sido reservados al Poder Nacional, como aparece en el ordinal 5, del referido artículo 164. Por su parte, en el artículo 167 de la misma Constitución, se prevé como ingreso de los Estados, entre otros, en su ordinal 5°, los impuestos, tasas y contribuciones especiales, que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales. Sólo en el ordinal 7, del citado artículo 164, se otorga competencia exclusiva a los Estados para la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas, sin hacer referencia a la Ley Nacional. Sin embargo, con fundamento en el ordinal 13, del artículo 156, de la Constitución vigente, el Poder Público Nacional, puede mediante ley, definir parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales (e incluso municipales), con la finalidad de garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias de los otros Poderes Públicos.

A lo anterior se puede añadir, que no existe una previsión para los Estados análoga a la que se prevé para los Municipios, que le otorgue autonomía tributaria originaria, para crear impuestos, no obstante que en el artículo 159 del Texto Fundamental, se dice que «Los Estados son enti-

dades autónomas e iguales, en lo político, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia e integridad nacional, y a cumplir y a hacer cumplir esta Constitución y las Leyes de la República». Por el contrario, por la inexistencia de impuestos propios y los límites derivados de las materias rentísticas de la competencia nacional, puede afirmarse que en definitiva los Estados como entes descentralizados territorialmente, no tienen propiamente potestad tributaria para la creación de tributos como fuente de ingresos.

Por lo que, finalizamos, reiterando para el área de la tributación estatal en materia de hidrocarburos gaseosos, lo que señala el profesor José Guillermo ANDUEZA, citado por el mencionado tributarista, Leonardo PALACIOS, «Estas disquisiciones en cuanto al poder tributario de los Estados es un problema puramente académico porque los Estados no tienen prácticamente materia rentística sobre la cual legislar, pues ellas son distribuidas entre el Poder Nacional y los Municipios». (Op. Cit. Pág. 67).

IX. CONCLUSIONES SOBRE EL ÁMBITO DE LAS LIMITACIONES TRIBUTARIAS

Pasamos, a continuación, a realizar un enunciado también sistemático de las conclusiones a las que hemos llegado:

1. La autonomía municipal no puede entenderse como absoluta e incondicionada, sino que respecto de su competencia y estructura organizativa, está sometida a límites constitucionales y legales.
2. La verdadera autonomía tributaria del Municipio, consiste en la atribución que hace la propia Constitución, de potestades para crear y recaudar determinados impuestos específicos.
3. Los límites constitucionales de la potestad tributaria municipal, garantizan la unidad jurídica y económica del país, y la igualdad de los individuos ante los tributos;
4. Dichas limitaciones impiden cualquier acción que obstaculice el libre flujo y reflujo del comercio entre los distintos Municipios de la organización política territorial de la República;
5. Es necesario analizar la Potestad Tributaria Municipal, en su contexto Constitucional, y no en forma aislada y literal, que conduzca a interpretaciones contrarias a los intereses generales y superiores del Estado.
6. La jurisprudencia ofrece repetidos ejemplos que demuestran excesos incurridos por las Municipalidades, como consecuencia del mal en-

- tendido alcance del privilegio de la autonomía financiera, de que se les ha investido, y del desconocimiento de su naturaleza estrictamente territorial y de las restricciones dirigidas a evitar el menoscabo de las competencias tributarias nacionales.
7. El carácter de los hidrocarburos de bienes muebles en tránsito implica que sus instalaciones para su transporte y servicio de abastecimiento a las ciudades, puedan encontrarse en más de un Municipio, por lo que no podrían estar sometidas a jurisdicción de uno sólo.
 8. El hecho de que el gas no puede ser sometido a gravamen municipal antes de entrar en circulación dentro del territorio municipal correspondiente, cabe dentro de la prohibición prevista en el artículo 183 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
 9. Es un principio constitucional, respecto de la delimitación de la Potestad Tributaria Municipal, el elemento intrínseco y constitutivo de la territorialidad del Municipio.
 10. Cuando la Constitución, en el ordinal 6 de su artículo 178, incluye como competencia del Municipio al gas doméstico, se está refiriendo únicamente a aquello que de éste pueda catalogarse como local; lo cual consideramos no podrá ser nunca su regulación tributaria, ni lo relativo a su régimen y administración.
 11. Los particulares que de cualquier forma, lleven a cabo actividades de hidrocarburos gaseosos, son una suerte de instrumento del Poder Público Nacional, por órgano del Poder Ejecutivo, del espacio del dominio estatal sobre dicho sector y por tratarse el servicio que prestan de un área de interés nacional y estratégico, no les afecta la exclusión de la Inmunidad Tributaria de los concesionarios y contratistas frente al Municipio, a que se refiere el artículo 180 de la Constitución vigente.
 12. Los actos que puedan dictar los Municipios en contravención a los límites constitucionales de su Potestad Tributaria, estarían viciados de Nulidad Absoluta, por Usurpación de Funciones.
 13. Con fundamento en el artículo 165, en concordancia con los numerales 13 y 29, del artículo 156, ambos de la vigente Constitución, el Poder Público Nacional, puede regular mediante ley la materia del gas doméstico, como objeto de competencias concurrentes entre dicho Poder y el Poder Público Nacional, en concreto, no sólo para regular el ejercicio de dicha competencia por los Municipios, sino también para declarar como materia rentística nacional dicha actividad, como parte de la actividad de distribución de los hidrocarburos gaseosos.

14. La controversia entre el Poder Público Nacional y los Municipios, respecto de los límites constitucionales de la Potestad Tributaria Municipal, puede dirimirse en casos concretos, que se presenten, por la Sala Constitucional, a través del mecanismo de resolución de este tipo de conflictos, a que se contrae el Numeral 9 del artículo 336, de la actual Constitución. A este respecto, dicha Sala, en sentencia del 20 de Enero del año en curso, precisó que ante la ausencia de la Ley Orgánica que regule sus competencias, que «es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiere la norma constitucional (...)», (Caso Emeri Mata Millán).

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

- AGUERREVERE, Angel Demetrio: *Elementos de Derecho Minero y Petrolero Venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1967.
- CASSESE, Sabino: *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Editoriale Euinaidi. Roma-1989.
- GIANNINI, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*. Editoriale Euinaudi. Roma. 1969.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy: «El Suministro de Energía Eléctrica y el Poder Municipal». *Revista de Derecho Público* Número 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.
- . *Manual de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Imprenta Universitaria. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1985.
- PALACIOS, Leopoldo y Federico ARAUJO: *El Territorio Como Ámbito de Eficacia y Validez de la Tributación Municipal Venezolana*. Editorial Arte. Caracas, 1995.
- ROMERO MUCI, Humberto: «Alcance Constitucional de la Autonomía Tributaria Municipal y la Autonomía Local». En *Jurisprudencia Tributaria Municipal*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1997.
- . *Jurisprudencia Tributaria Municipal*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1997.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Ad Imis Fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*. Editorial Ex Libris. Caracas-2000.
- . *Estudio Preliminar a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1982.
- RUGGERI, Anamaría: «Notas Sobre La Propiedad Pública Y La Propiedad Privada». En *Lo Público y Lo Privado. Redefinición de los Ámbitos del Estado y La Sociedad*. Tomo II. Fundación Manuel García Pelayo.
- SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice: «Desarrollo del Control de la Constitucionalidad, a través de la Jurisprudencia de la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, del año

1995». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. Número 52. Caracas, 1998.

2. Doctrina Administrativa

Memoria del Ministerio de Energía y Minas. Número 3. Año 1967.

3. Jurisprudencia

Sentencia de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso: «Apertura petrolera». 17 de agosto de 1999.

Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de julio de 1978, caso: Ordenanza de Servicios de Revisión de Herradura de Ganado del Distrito Cedeño del Estado Bolívar.

Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de junio de 1997, caso: Acuerdo del Concejo Municipal del Distrito Barinas del Estado Barinas».

Sentencia de la Sala Político administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de noviembre de 1999, caso: «Sociedad mercantil radio industrial 1160, C.A.).

Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso: Plásticos del Lago.

Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de justicia, caso: TELCEL, C.A.

Sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia: caso: Emery Mata Millán, enero de 2000.

Sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, de fecha 7 de 20 de octubre de 2000, caso: CANTV.

Sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, de fecha 7 de noviembre de 2000, caso: Resolución de reparo y otra de multa del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 6 de diciembre de 2000, caso: Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de diciembre de 2000, caso: Ordenanza de Apuestas Lícitas del Municipio Francisco de Miranda del Estado Guárico.

4. Legislación

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Código Orgánico Tributario.

Decreto Con Rango Y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Central.

Decreto Con rango Y Fuerza De Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.

Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ley de Telecomunicaciones.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ley Orgánica de Régimen Municipal.

**Ley Que Reserva al Estado La Industria Y El Comercio de Los Hidrocarburos.
Decreto Con Rango Y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Central.
Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.**

La Administración Pública Nacional y su Organización administrativa en la Constitución de 1999

ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS*

Cualquiera que hallándose revestido de autoridad exceda el poder que le ha sido confiado por las leyes y emplee la fuerza que está a su disposición para hacer con sus súbditos cosas vedadas por éstas, es indefectiblemente un tirano.

LOCKE (TRATADO DE GOBIERNO CIVIL)

Cuando se viaja en pos de un objetivo es muy importante prestar atención al Camino. El Camino es el que nos enseña la mejor forma de llegar y nos enriquece mientras lo estamos recorriendo.

PAULO COELHO (EL PEREGRINO)

INTRODUCCIÓN

Antecedentes

EN LOS ÚLTIMOS AÑOS de este siglo el Derecho Constitucional Venezolano ha sufrido evidentes transformaciones, que indudablemente inciden en el Derecho Administrativo. Efectivamente, desde 1992, año en que se estructuró la Comisión Bicameral designada para la Reforma de la Constitución de 1961, se mencionó la inclusión de la Asamblea Constituyente como uno de los mecanismos de modificación de la Constitución. Sin embargo, ninguna de las propuestas efectuadas logró patentizarse.

A raíz de los frustrados intentos de golpe de Estado del 4 de febrero y 27 de noviembre de 1992, surge en el escenario político de nuestro país la controversial figura de Hugo Chávez Frías, de quien Tomás Eloy Martínez dice: «El legado de Bolívar impregna todo lo que dice y hace. Es su inspirador, su guía, su modelo infalible. Cita sin equivocarse los discursos y mensajes de Bolívar, aunque tal vez se equivoca en el modo de interpretarlos... ¿Es un caudillo? Todo lo que dice el Presidente tiene ese infla-

* Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Profesor Asociado de Derecho Administrativo.

mado tono justiciero de los caudillos: el que no está conmigo, está contra mí» (*El Nacional*, cuerpo H. 26-09-99) Es el hombre que se hace eco de un nuevo liderazgo, vocero de partidos políticos emergentes, propulsor de una propuesta ya trajinada pero no concretada: la Asamblea Constituyente, y quien finalmente en 1998 alcanzaría la Presidencia de la República. El lema fundamental de sus seguidores: el nacimiento de la V República sobre la base de una Constitución que tenga como objetivo la «relegitimación de los poderes públicos» y «la refundación de la patria».

Bajo este panorama político y

...por primera vez en nuestra historia se planteó claramente la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente pero en democracia para, precisamente, evitar la ruptura del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad... La Constitución de 1999, es la primera que es producto de una Asamblea Nacional Constituyente electa democráticamente en medio de un proceso de cambio político radical que está experimentando el sistema político. (BREWER-CARÍAS: 2000: Pág. 13)

La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada por el Presidente de la República, luego que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sendas Sentencias del 19 de enero de 1999 conocidas como Referéndum Consultivo I y Referéndum Consultivo II, en ponencias de Héctor Paradisi y Humberto La Roche, respectivamente, admitieran la posibilidad de que mediante Referéndum Consultivo, el pueblo pudiera «crear» dicha instancia política no prevista ni regulada en la Constitución de 1961 para revisar la Constitución. Se aprueba así en nuestro país por la Asamblea Nacional Constituyente una nueva Constitución el 16 de noviembre de 1999 y por Referéndum aprobatorio el 15 de diciembre de 1999 (proceso en el que sólo participaron el 32% de los venezolanos con derecho a voto), se proclamó el 20 de diciembre de 1999 y se publicó en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de ese mismo año. Debiendo destacarse que posteriormente el 24 de marzo de 2000, en Gaceta Oficial N° 5.453, la Constitución originariamente dictada fue reeditada para enmendar los errores materiales del ente emisor. Esta situación ha originado controversias en cuanto a si la reimpresión contiene modificaciones de forma o de fondo. En lo que a la parte orgánica se refiere, debo apuntar que las correcciones obedecen a redacción, ortografía y sintaxis, pero que en definitiva no tuvieron ninguna repercusión en la Constitución originariamente aprobada.

KAEGI, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, sostiene: lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «...“fuerza vinculante bilateral de la norma”, constituyéndose (la Constitución) no sólo en una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*».

(E. GARCÍA DE ENTERRÍA: 1991: p. 49). Y así lo han entendido nuestros constituyentes del 99, cuando en el Artículo 7° se consagra a nuestra Constitución como «la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución».

Siguiendo estos lineamientos, la Constitución Bolivariana, como ha sido clásico en todas las Constituciones del mundo, cuenta con un doble contenido, una *parte orgánica* en la que se organiza el poder del Estado, y una *parte dogmática*, en la que se definen los criterios fundamentales que han de configurar esa organización y su funcionamiento, en especial en sus relaciones con los individuos. En consecuencia, la denominación de Constitución dogmática, genera la declaración general de la existencia de derechos naturales previos y superiores al Estado. La Constitución orgánica, contiene las disposiciones relativas a los órganos fundamentales del gobierno, su competencia y el ejercicio de sus funciones. Muy acertadamente Hildegard RONDÓN DE SANSÓ nos dice:

La parte orgánica es la base organizativa del Estado, que en la moderna teoría de la organización alude no sólo a elementos estructurales, sino también, en cierta forma, a su funcionabilidad y a los medios y recursos (materiales y humanos) que se exigen para su operatividad. A su vez la parte dogmática establece los principios que deben guiar a las autoridades para aplicar el derecho a los ciudadanos, conformando esencialmente las garantías que a los mismos se les otorgan y con ello las autolimitaciones del Poder Público. (RONDÓN DE SANSÓ, H.: 2000: 21)

Es justamente en ese contenido orgánico donde se centrará la atención de este trabajo, en razón de que en el mismo se apuntan una serie de cambios profundos por lo que a la estructura de la Organización Administrativa de la Administración Pública se refiere. En este sentido, y específicamente en el ámbito de la Administración Pública Nacional, se crean nuevos órganos que conforman el Poder Ejecutivo; se estructuran inéditos órganos Consultivos; y, se les otorga Autonomía Funcional a órganos que integran la Administración Pública Central. Se configura también una Administración Nacional Descentralizada, que desde el punto de vista funcional, se manifiesta en la posibilidad de descentralizar órganos tan centralizados como los órganos de administración de justicia que integran el Poder Judicial.

Paralelamente, se deroga la Ley Orgánica de la Administración Central del 20 de diciembre de 1995, y se dicta el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, y el Decreto con rango y fuerza de Ley sobre adscripciones de Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado el 30 de agosto de 1999,

modificado el primero de ellos a su vez por el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central el 14 de octubre de 1999. Todo ello de acuerdo a lo previsto en el Artículo 1º, Ordinal 1º, Letra A, de la ley orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público del 17 de febrero de 1999.

Dados todos estos cambios es necesario precisar, que llegar a determinar la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional en el marco de la Constitución Bolivariana, no ha sido tarea fácil, como consecuencia de la diversidad de órganos que se han generado, la mayoría de los cuales aparecen consagrados constitucionalmente, previéndose una posterior regulación de los mismos. Otros han sido regulados a través de disposiciones transitorias, hasta la elección e instalación definitiva de la Asamblea Nacional. En efecto, la Comisión Legislativa Nacional (que sustituyó el Congreso Nacional) en fecha 22 de diciembre de 1999, dictó el «Decreto de Régimen de Transición del Poder Público», fundamentándose en los poderes señalados en el Artículo 1º de su Estatuto de Funcionamiento, los que consideró a su vez derivados del referéndum del 25 de abril de 1999, y del «carácter presupuesto y supra constitucional» para lo que invocó la Sentencia del 6-10-99 de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió el recurso de nulidad intentado contra el Decreto de Regulación del Poder Legislativo. En el citado Decreto, cuya constitucionalidad se pone en duda, y que no estamos tratando aquí, se eliminó el Congreso y se nombró la Comisión Legislativa Nacional; se disolvieron las Asambleas Legislativas Estadales y se nombraron Comisiones Legislativas Estadales; se eliminó el Consejo de la Judicatura y se creó la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial; y finalmente atribuyéndose competencias que no le correspondían se designó al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral.

Los aspectos indicados permiten señalar que la investigación propuesta se encuentra dirigida a examinar la repercusión que en el Sistema Jurídico venezolano plantea la promulgación de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela de 1999 y los instrumentos jurídicos mencionados, dentro de la estructura, organización administrativa y funcionamiento de la Organización Administrativa Centralizada y Descentralizada del Poder Público Nacional

I. MARCO DE REFERENCIA

Desde 1858, las Constituciones promulgadas en nuestro país, con algunas modificaciones, y como consecuencia de la forma federal de Estado

que hemos adoptado, han establecido una distribución vertical de Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, en consecuencia tres niveles de organización política. Distribución que recoge la Constitución Bolivariana en su artículo 136 cuando consagra: «El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral».

Luego, de acuerdo con esta disposición constitucional, el Poder Público se divide en forma vertical en Poder Nacional, Estatal y Municipal; y, en forma horizontal, el Poder Nacional, se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. A su vez el Poder Estatal y Municipal se divide en forma horizontal en Legislativo y Ejecutivo.

En cada uno de estos niveles existirá una *Administración Pública* que funcionará como el instrumento de la acción política del Estado, «no es un poder, sino que es una figura subjetiva que no se identifica con ninguno de los Poderes del Estado, y que constituye el instrumento o aparato a través del cual, los mismos realizan las funciones de atención de las necesidades públicas en forma inmediata y directa» (RONDÓN DE SANSÓ, H.: 2000: 91). Da lugar en consecuencia a una Administración Pública Nacional, una Administración Pública Estatal y una Administración Pública Municipal. Siendo un instrumento que está integrado por órganos que le permiten el desarrollo de sus fines y funciones. Existirá entonces, explica Allan BREWER-CARÍAS, una organización administrativa nacional centralizada o descentralizada en cuyo vértice se encuentra el Presidente de la República; una organización administrativa estatal centralizada o descentralizada en cuyo vértice se encuentra el Gobernador del Estado; y una organización administrativa municipal centralizada o descentralizada en cuyo vértice se encuentra el Alcalde.

Administración Pública en términos sencillos, enseña Jean RIVERO, designa un conjunto de órganos por los cuales son conducidas y ejecutadas tareas públicas. A su vez MOLES CAUBET, señala que la Administración es ante todo una función estatal, tal función consiste en «la actividad del Estado calificada por su fin» (Moles: 1992: 102).

La Constitución Bolivariana, denomina la Sección Segunda del Título IV, Capítulo I, «De la Administración Pública», a diferencia de la Constitución del 61, que al referirse a ésta lo hacía no de manera expresa, sino incidental. Y aun cuando no define lo que ha de entenderse por Administración Pública, sí en cambio expresa que está al servicio del ciudadano y la somete a una serie de principios, contenidos en el artículo 141.

Ahora bien, el *Poder Público* en un Estado Moderno se distribuye entre una pluralidad de órganos, delimitándose la competencia entre éstos. Los órganos entonces, vendrían a representar los instrumentos de los que se sirve el Estado para realizar el cumplimiento de sus cometidos. Y así, cada uno de estos órganos, aun cuando tienen competencias y cometidos específicos, pueden desarrollar funciones propias del Estado en aras de una finalidad que les es común: el interés público. En ningún país del mundo, ni siquiera en Estados Unidos, la separación de los poderes ha podido funcionar con toda la rigidez que supone el enunciado del principio. Ciertamente que, si éste se aplicara en forma tajante o absoluta, la administración del Estado se vería seriamente comprometida.

Señala la Constitución Bolivariana en su artículo 136, segundo aparte (al igual que lo hacía la Constitución del 61 en el artículo 118):

«Cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado». En consecuencia, nuestra división vertical de poder, no parte de una pluralidad de poderes, sino de la unidad del poder estatal, del poder público como un todo, y del que cada uno de los poderes específicos es una rama.

Por lo tanto, y como bien lo sustenta el actual constitucionalismo, el poder del Estado es uno solo, único e indivisible, y a los fines de definir las funciones que han de cumplir los diferentes órganos que en su conjunto definen la acción política del Estado, éstos se agrupan bajo una determinada y específica estructura administrativa. Pero ninguno de ellos funciona en forma aislada del otro, ni ninguno de ellos es preponderante sobre el otro. Reconociéndose una clara tendencia al liderazgo del órgano ejecutivo, del que no hemos escapado, en razón de las condiciones políticas y del acontecer constitucional que nos han rodeado en los últimos años.

Es una razón de peso para que la realidad sea como es, la circunstancia de que el órgano ejecutivo tiene más posibilidades de obrar con rapidez y eficacia que las asambleas o parlamentos integrados por numerosos órganos individuos; hay entonces, sin duda, un decaimiento parlamentario correlativo al crecimiento del órgano ejecutivo, manteniéndose por lo común los órganos judiciales en el plano en que la teoría quiere colocarlos, sin sufrir mayores deterioros. (*Derecho Público*. Ediciones Ciudad Argentina: 1997:104)

II. NOCIONES CONCEPTUALES

1. Administración Pública Nacional

La Administración Pública Nacional, tomando el concepto de Allan BREWER-CARÍAS puede entenderse como:

Conjunto de órganos que ejercen el Poder Nacional o que se han constituido en ejercicio de este último por los órganos de la República, está integrada por tres grandes grupos de órganos: la Administración Central, las administraciones con Autonomía Funcional y la Administración Descentralizada funcionalmente. (BREWER-CARÍAS: 1994: 94)

De acuerdo al concepto expuesto, el estudio por realizar abarcará:

1. El conjunto de órganos que formando parte del Poder Nacional, integran la Administración Central,
2. Las administraciones con Autonomía Funcional y,
3. La Administración Descentralizada funcionalmente.

2. Administración Pública Central

En palabras de PEÑA SOLÍS, la Administración Pública Central se entiende como: «Conjunto de órganos dependientes jerárquicamente del Presidente de la República en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, cuyos actos se imputan a la República conceptuada como personificación del Estado» (PEÑA SOLÍS, José: 1995: 261)

Mantiene el autor que esta definición es meramente descriptiva, y que cuando se dice que la Administración Central se subsume en la personalidad jurídica de la República, lo que en realidad se pretende afirmar es que cada uno de los órganos que integran esa rama de la Administración Nacional, expresa válidamente la voluntad de la República, razón por la cual todos sus actos así como los efectos de los mismos, les son imputables a esa persona jurídica pública.

Como dice PEÑA SOLÍS, la Administración Pública Central se integra por aquel conjunto de órganos de la Administración Pública que componen el Poder Ejecutivo, por tanto dependientes jerárquicamente del Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional. Su funcionamiento fue encomendado, como mencionáramos, a la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, reformada en 1995, esta última reformada a su vez a través del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central, dictado el primero de ellos en agosto de 1999, que fuera finalmente modificado en octubre de ese mismo año 1999. Es bueno acotar que tal Decreto fue dictado por el Presidente de la República

en conformidad con el artículo 1°, ordinal 1° letra «A», de la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público, de fecha 17 de febrero de 1999.

3. Principios que rigen la Administración Pública Central

El ya mencionado artículo 141 de la Constitución Bolivariana, fundamenta *el funcionamiento de la Administración Pública*, en la enunciación de un conjunto de principios: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad; y somete su ejercicio en forma plena a la ley y al derecho.

Por otra parte el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central estipula a lo largo de su contenido, una serie de principios *que regulan la Organización de la Administración Central*, los cuales no serán analizados en este trabajo, aun cuando es necesario precisar que los mismos aparecen conceptualizados y descritos en legislaciones, decisiones jurisprudenciales y posiciones doctrinarias de administrativistas y constitucionalistas patrios y extranjeros, como principios elementales que han de regir toda organización administrativa dentro de una Administración Pública.

- a. Legalidad: Art. 3°
- b. Competencia: Art. 3° (2do. Aparte)
- c. Jerarquía: Arts. 12 y 5°
- d. Desconcentración: Art. 6°
- e. Descentralización Funcional: Art. 7°
- f. Proporcionalidad: Art. 8°

Finalmente se establece un conjunto de principios que regulan la *actividad administrativa que realizan tales órganos*:

- a. Economía, Celeridad y Simplicidad Administrativa: Art. 9°
- b. Buena Fe: Art. 9°
- c. Objetividad, Imparcialidad y Transparencia: Art. 10
- d. Responsabilidad: Art. 11.

III. ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

A tenor de lo dispuesto en nuestra legislación pueden agruparse en:

1. Órganos del Poder Ejecutivo, y
2. Órganos Consultivos de la Administración Pública Central.

1. Órganos del Poder Ejecutivo

1.1. Presidencia de la República

El artículo 226 de la Constitución Bolivariana mantiene entre nosotros, si quisiéramos denominarlo de algún modo, un Sistema de Gobierno presidencialista al conferir al Presidente de la República un doble carácter: Jefe del Estado y Jefe del Gobierno. Nuestro sistema de Gobierno hasta la Constitución del 61, al delimitarse dentro de un marco conceptual se le ubicaba dentro del sistema presidencialista parlamentario, sistema que impera, con algunas variantes, en países como Costa Rica, Uruguay y Perú.

El sistema o régimen presidencial ha sido conceptualizado como «un régimen democrático representativo de separación rígida de poderes, cuyo Ejecutivo está constituido por un Presidente de la República, elegido por sufragio universal, quien es el Jefe del Estado y Jefe del Gobierno, siendo los Ministros de Estado nombrados y revocados por el primero, quienes no son responsables políticamente ante el Parlamento» (NOGUEIRA A. Humberto: 1992: 103). Modelo clásico de régimen presidencial es el de Estados Unidos de Norteamérica, el cual, ha sido imitado con ciertas adaptaciones por los países latinoamericanos.

Determinemos los principios fundamentales que rigen un Sistema Presidencialista, a fin de enmarcarlos dentro de la Constitución Bolivariana, y tratar de precisar nuestro sistema presidencial:

- a. El Presidente de la República es, a la vez, Jefe del Estado y del Gobierno, lo que contribuye a acentuar la trascendencia de la Presidencia de la República, pues como tal se le confieren importantes atribuciones. En este sentido, la Constitución Bolivariana confiere al Presidente atribuciones que van más allá de las meramente administrativas, ya que se le faculta para dictar actos de gobierno, administrativos y legislativos, todo lo cual coloca al Presidente de la República en una situación preponderante en la Administración Pública Nacional, además del papel que ejerce frente a la Fuerza Armada Nacional.
- b. Predomina el criterio según el cual «el Poder Ejecutivo» es unipersonal, siendo ejercido por el Presidente. La historia constitucional venezolana nos muestra que desde la Constitución de 1819, el Poder Ejecutivo se ejerce conjuntamente con los Ministros, denominándoseles

Secretarios de Despacho del Poder Ejecutivo, y a partir de la Constitución de 1821, se estatuye el Consejo de Ministros. Por tanto no podemos decir que la característica del Poder Ejecutivo como órgano unipersonal se ha evidenciado entre nosotros. No ha sucedido lo mismo con la figura del Vicepresidente, ya que, aun cuando en la Constitución del 99 es diseñado como un órgano que forma parte del Poder, sin embargo, su previsión, como analizaremos posteriormente, no es una constante en nuestros textos constitucionales.

- c. No tiene el Presidente el derecho de disolución del Parlamento, consistente en la posibilidad de destituir colectivamente a todos los miembros u órganos individuales que lo componen, ni el «Poder Ejecutivo» es responsable frente a la Asamblea, en el sentido que debe dimitir cuando pierda la confianza de ésta. No responde a este principio el sistema que consagra la Constitución Bolivariana, ya que en virtud del artículo 240 el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, y por otro lado, se consagra la figura del Referéndum revocatorio en el artículo 72.
- d. Los Ministros, o secretarios de Estado, son nombrados y separados libremente por el Presidente; no constituyen un Consejo de Ministros ni un Gabinete en el sentido Parlamentario y sus funciones son esencialmente consultivas o de asesoramiento, sin poder de decisión, careciendo de responsabilidad política colectiva. En la Constitución Bolivariana, aun cuando es atribución del Presidente fijar el número, organización y competencia de los Ministerios, los Ministros reunidos constituyen un cuerpo colegiado: el Consejo de Ministros, de cuyas decisiones son solidariamente responsables. A diferencia de Estados Unidos, país modelo del Sistema Presidencialista, en donde el Gabinete no es un órgano colegiado, ni posee poder de decisión propia; aunque el Presidente lo reúna frecuentemente, no queda vinculado por el parecer de los miembros que lo integran, ni suelen tener acceso al Congreso y nunca son responsables parlamentariamente.
- e. El Presidente es popularmente elegido, directamente, o por electores de segundo grado. De allí que se defina el Presidencialismo como el gobierno de un hombre elegido por el pueblo.

A pesar de no poder estereotipar nuestro sistema de gobierno dentro de los principios que se le señalan al Presidencialismo, si se atiende a la clasificación de LOEWENSTEIN acerca de los tipos de organización del Presidencialismo en América Latina (Presidencialismo Puro, Presidencialismo Atenuado y Parlamentarismo aproximado), el sistema establecido en la Constitución Bolivariana se aproxima al Presidencialismo puro. Veamos que nos dice el autor al respecto:

[Presidencialismo Puro] ...en los que el Presidente, elegido popularmente en forma directa o indirecta, es el plenipotenciario detentador del Poder Ejecutivo y de los poderes que determinan la política. Los Ministros (Gabinete) son meramente ayudantes y consejeros, quienes, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no intervienen en el Poder Ejecutivo, aun cuando en numerosos casos tengan que refrendar los decretos presidenciales; el nombramiento y permanencia en el cargo dependen exclusivamente de la voluntad del Presidente, sin tener en cuenta la mayoría parlamentaria. (Ediciones Ciudad Argentina: 1997:115)

En la exposición de motivos de la Constitución Bolivariana, al definirse el Sistema de Gobierno en ella estatuido, se establece que, se trata de incorporar «Un diseño de sistema semipresidencial que se puede calificar como flexible». Señalando algunos elementos que permiten efectuar tal denominación: la distinción y separación orgánica flexible entre las funciones de jefatura de Estado y de Jefatura de Gobierno; el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a manera de sistema de controles y equilibrio de poder; la creación de la figura del Vicepresidente.

Doctrinariamente, el punto central de un sistema semipresidencial lo constituye la fórmula para lograr una delimitación de atribuciones entre el Presidente de la República como Jefe del Estado, y el gobierno conducido por el Primer Ministro. Así, Humberto NOGUEIRA, lo conceptualiza como

...un régimen político representativo de colaboración de poderes con un Ejecutivo dualista, del cual forma parte el Jefe del Estado quien es un Presidente de la República elegido por sufragio universal que tiene un conjunto de atribuciones de moderación y arbitraje político que pueden ser ejercidos sin refrendo o firma ministerial, y el gobierno, dirigido por un Primer Ministro, el cual tiene la responsabilidad de realizar el programa de gobierno, conduciendo el gabinete ministerial, el que debe contar con el apoyo o tolerancia política del Parlamento, el cual puede destituirlo a través de un voto de censura que puede adquirir la modalidad de voto de desconfianza constructivo. (NOGUEIRA: 1993: 109)

Este régimen ha sido suficiente y eficaz en países con distintas culturas, situaciones socioeconómicas y sistemas de partidos, como son el caso de Francia, Portugal, Finlandia, Irlanda, Australia e Islandia. No ha sucedido lo mismo en América Latina, ya que en razón de las crecientes críticas al sistema Presidencialista, han sido indicadas varias propuestas, abogándose por un sistema semipresidencial con la incorporación del Primer Ministro, o por un Sistema Parlamentario. En Brasil, el Parlamentarismo fue derrotado en el plebiscito celebrado el 21 de abril de 1993, en efecto el pueblo brasileño «...abrumadoramente manifestó su voluntad de ratificar el régimen presidencial (el 55,43 por ciento de los votan-

tes se pronunció a favor del Presidencialismo frente al 24,65 por ciento, que se pronunció a favor del Parlamentarismo)». (COMBELLAS: 1994: 61) En Argentina, con posterioridad a la reforma de 1994, se ha tratado de diseñar un presidencialismo atenuado, pues aun cuando el Poder Ejecutivo se conserva como un órgano unipersonal, mantiene importantes funciones con el jefe de gabinete de Ministros. Por otra parte, el Vicepresidente es el jefe de gabinete y los Ministros no integran el Poder Ejecutivo.

Ahora bien si atendemos al concepto de Nogueira sobre semipresidencialismo, nada más alejado de este sistema que el nuestro. En efecto, evidentemente el sistema de gobierno venezolano, no es dualista, pues por disposición constitucional, en el Presidente de la República convergen las funciones del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno. Por otra parte, jamás pudiéramos semejar la figura del Primer Ministro con la del Vicepresidente Ejecutivo. Aquél realiza programas de gobierno y conduce el gabinete ministerial; el Vicepresidente Ejecutivo, como lo ha sido en toda nuestra historia constitucional cuando ha sido estatuido, se le considera como un suplente natural del Presidente.

Pienso que el *semipresidencialismo atenuado* que plantea la Constitución Bolivariana del 99, puede más bien enfocarse a través de los nuevos sistemas de controles entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo. Así, dentro de las fórmulas que comprende el Control Parlamentario, destacan: la declaratoria de responsabilidad política y administrativa, tanto de funcionarios públicos como de particulares (Art. 22); el voto de censura a los Ministros y al Vicepresidente Ejecutivo, moción que puede generar la correspondiente destitución (Arts. 187, 10; 246 y 240); la sujeción del Banco Central de Venezuela, a rendir cuenta de sus metas, actuaciones y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, pudiendo dar lugar a la remoción del directorio y a sanciones administrativas (Art. 319)

Finalmente el análisis del órgano que estamos considerando nos lleva a precisar que, el artículo 225 de la Constitución Bolivariana, deja establecido, que el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros(as) y los demás funcionarios(as) determinados en la propia Constitución o en la ley, existiendo atribuciones y obligaciones exclusivas del Presidente de la República (Art. 236, Ords. 3° y 5°); atribuciones y obligaciones del Presidente de la República que ejerce conjuntamente con el Consejo de Ministros (Art. 236, Ords. 7°, 8°, 9°, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22); y, atribuciones y funciones que ejerce el Presidente de la República, conjuntamente (y a tal efecto requieren ser refrendados) con el Vicepresidente(a) Ejecutivo y los Ministros(as) respectivos.

Dentro de las modificaciones, que la Constitución Bolivariana impone a nivel del órgano del Presidente de la República pueden destacarse:

a. No poseer otra nacionalidad que no sea la venezolana (Art. 227):

En el sistema de la nacionalidad, la nueva Constitución mantiene el principio del *ius soli*, y asimismo el del *ius sanguinis*, acordando igualmente derechos derivados de la manifestación de voluntad, cuando está combinado con la residencia. (RONDÓN DE SANSÓ, H.: 2000: 171)

b. Período Presidencial de seis años con posibilidad de reelección inmediata por una sola vez para un nuevo período (Art. 230):

Esta fórmula fue un tema controvertido en la Asamblea Nacional Constituyente, y no sólo entre nosotros ha tenido particular trascendencia sino en toda América Latina. Así, el período presidencial más extenso lo ostenta Chile: ocho años; y la reelección inmediata sólo está presente en República Dominicana y Perú, luego de la reforma constitucional de 1993. Las alternativas que se presentaron ante la Asamblea Constituyente pueden resumirse en las siguientes:

1. Mantener el sistema de la Constitución del 61.
2. Mantener el mandato de cinco años, pero estableciendo el principio de la no reelección absoluta.
3. Reducir el mandato presidencial a cuatro años y permitir la reelección inmediata por un período. (Tesis BREWER-CARÍAS)
4. Ampliación del período presidencial a seis años, y establecimiento del principio de la no reelección absoluta.

Historiadores venezolanos de especial trascendencia y credibilidad, se manifestaron en este sentido:

Arturo Uslar Pietri:

Eso es fundamentalmente antidemocrático. El ideal es que los hombres ejerzan el poder un tiempo y luego salgan. Pero la posibilidad de perpetuarse en el poder, sobre todo en un país con la tradición caudillista de Venezuela, no es envidiable. La perpetuación no es aconsejable. Creo que la alternabilidad republicana es sana y deseable. (*El Nacional*. Pág. D-1. Sábado 16 de enero de 1999)

Ramón Escobar Salom:

Es fundamental establecer el principio de la no reelección. Es verdad que el sistema mejicano merece muchas críticas y nadie, salvo los que copiaron gran parte de sus prácticas hace cuarenta o cincuenta años, lo sugieren como modelo. Pero algo es innegable. La no reelección ha generado estabilidad política. En América Latina el personalismo y el mesianismo están vivos. Ambos conspiran contra la estabilidad y los

proyectos a largo plazo. Ambos introducen un virus en el sistema político. Los dos son adversarios históricos del progreso. (*El Carabobeño*. Pág. A-4: «Reelección y Personalismo». Domingo, 31 de enero de 1999)

El 11 de octubre de 1999, el diario *El Nacional*, en su página D-1 señalaba, dentro de las innovaciones de la Carta Magna del 2000, el período presidencial de cinco años, y la reelección inmediata del Presidente de la República por una sola vez, para un período adicional. Finalmente se impuso la tesis que muestra el precitado artículo 230.

La duración de seis años del Período Presidencial, fue estipulado por primera vez en nuestra historia constitucional, en el Artículo 60 de la Constitución de 1857, salvo que en la misma no se permitía la reelección inmediata, antes por el contrario se estipulaba que concluido el período constitucional, el Presidente cesaría en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, y el mismo día se encargaría de ellas el Vicepresidente del Consejo de Gobierno hasta que instalado el Congreso diera posesión al nombrado. Sin embargo, la duración del Período Presidencial ha sufrido entre nosotros, por diversas circunstancias, constantes modificaciones. Con posterioridad a la Constitución de 1857, la de 1858 lo reduce a cuatro años, así se mantiene hasta la Constitución de 1881, cuando se reduce a dos años; la de 1893 lo incrementa nuevamente a cuatro años, hasta la de 1901 que de nuevo estipula un período presidencial de seis años, manteniéndose así hasta la Constitución de 1945 cuando se reduce a cinco años, período que se conserva hasta la Constitución de 1961.

c. Revocabilidad del Período Presidencial mediante referendo revocatorio (Art. 72):

Siendo que esta posibilidad es de especial trascendencia, pues por primera vez se prevé en nuestra historia constitucional, inexplicablemente los constituyentes del 99, sólo mencionan en la Exposición de Motivos lo siguiente: «Quien sea titular de la Presidencia puede ser evaluado políticamente por su gestión en dos oportunidades: la primera, cumplida más de la mitad del período presidencial de seis años, por la solicitud del veinte por ciento o más de los electores para efectuar un referendo revocatorio del mandato, y la segunda, por la postulación del Presidente a la reelección popular para un segundo mandato». Debe reconocerse que en materia de referendos, la Constitución Bolivariana ha sido bastante amplia, pues además del referendo revocatorio, pauta los referendos consultivos, aprobatorios y abrogatorios.

Es de hacer notar, que para el momento de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, otro de los temas que se debatía con

mayor énfasis en torno al Poder Ejecutivo estaba referido a la *doble vuelta en la elección del Presidente*. Teniéndose como un hecho que esta sería otra de las innovaciones de la nueva Constitución. En el diario *El Nacional*, el escrito que citáramos anteriormente reseñaba como novedad en la nueva Constitución:

Doble vuelta presidencial. Se proclamará electo al candidato que obtenga la mayoría superior a la mitad más uno de los votos válidos o aquel que logre más de 45% de los votos válidos, además si existiera una diferencia mayor de 10 puntos porcentuales respecto del total de los votos válidos obtenidos por el candidato que le sigue en número de votos.

Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría señalada se celebrará una nueva elección dentro de los 30 días siguientes, en las que sólo participarán los candidatos que hubieren obtenido las dos más altas votaciones.

La doble vuelta presidencial, tiene su origen en la institución francesa del «ballotage». En la historia constitucional venezolana se consagró por primera vez en la Constitución de 1821. En la Constitución de 1830, aún cuando se pautaba un sistema de elección indirecto a través de los colegios electorales, era necesario que se reuniera en favor de un individuo las dos terceras partes de los votos de los electores que hubieren sufragado. Si ninguno hubiera reunido la mayoría indicada, señalaba el artículo 106 «se repetirá el acto, contrayéndose la votación a los dos que más se hubiesen acercado a ella, en cuyo caso si después de dos escrutinios más ninguno obtuviere las dos terceras partes, será bastante ya mayoría absoluta; en caso de igualdad continuará la votación hasta obtener mayoría». Disposición que mantienen las constituciones promulgadas en 1857 y 1858. La Constitución de 1864, estipula a este respecto una disposición bien curiosa en el artículo 65: Debía declararse Presidente a quien obtuviera mayoría absoluta de votos. Más si ninguno lo tuviere el Congreso escogería entre los dos que hubieren obtenido mayor número «El voto de cada Estado lo constituye el de la mayoría absoluta de sus Representantes y Senadores, y en caso de empate *decidirá la suerte*» (Cursivas A. G. de Cárdenas), disposición que mantiene la Constitución de 1874, y la de 1893. Posteriormente a este año, las constituciones venezolanas no mencionan la posibilidad de la doble vuelta, solo se regula al efecto que el ciudadano elegido Presidente, obtenga mayoría absoluta o relativa de votos. Esto último es lo que proclama el artículo 183 de la Constitución de 1961.

A diferencia de las constituciones de Colombia, Perú, Argentina, Brasil, El Salvador y Portugal, que expresamente consagran la doble vuelta, la Constitución Bolivariana, rompiendo todos los esquemas de las

constituciones contemporáneas y las expectativas de la opinión pública, en el artículo 228, sólo exige «mayoría de votos válidos». Es así como el Presidente Chávez llega a la Presidencia con solamente el 56% de los votos (tres millones seiscientos setenta y tres mil quinientos ochenta y un votos de toda la población venezolana. Es decir el 32% de los venezolanos con derecho a voto. *El Universal*: Pág. 1-12: 12 de diciembre de 1998). Quizá tuvieron los Asambleístas alguna influencia del Sistema Francés, pero con una profunda diferencia, en Francia, es obligatoria la elección del Presidente de la República por mayoría absoluta de *los votos válidamente emitidos*, si ello no se obtiene en una primera vuelta, debe acudir a una segunda, en la cual sólo participan los dos candidatos que hayan obtenido mayor número de votos a su favor. En esta *segunda oportunidad*, será electo Presidente de la República quien haya obtenido la *mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos*.

- d. La atribución del Presidente previa autorización por una ley habilitante, dictar decretos con fuerza de ley, Ordinal 8° del Artículo 236:

Atribución prevista sin límite alguno, y no sólo en materia económica y financiera como lo contemplaba la Constitución de 1961. Ello a nuestra manera de entender constituye una violación a la garantía constitucional de la reserva legal, así como a los principios más elementales del Derecho Constitucional que muestra el Derecho Comparado. A manera de ejemplo podemos citar el caso de las constituciones italiana, española y argentina en las que sólo se prevé «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», así mismo la doctrina, en líneas generales se ha pronunciado en el sentido de que esta facultad debe responder a una conducta inevitablemente exigida por un estado de necesidad, en su más estricto sentido jurídico y político, urgencia que se debe presentar sumada a una crisis institucional provocada por la parálisis del Legislativo, es decir cuando fuere imposible seguir el procedimiento de sanción y formación de leyes.

La amplitud de la disposición comentada, la demuestra la Ley dictada por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 13 de noviembre de 2000, Gaceta Oficial N° 37.076, mediante la cual se autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de Ley, en las siguientes materias: ámbito financiero; ámbito económico y social; ámbito de infraestructura, transporte y servicio; ámbito de la seguridad ciudadana y jurídica; ámbito de la ciencia y la tecnología; ámbito de la organización y funcionamiento del Estado (esta última por estar referida a la materia que nos ocupa

comprende: dictar medidas a los efectos de reformar la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; dictar medidas que regulen la creación, funcionamiento y organización del Consejo de Estado; dictar normas relativas a la función pública a nivel nacional; dictar medidas que regulen la creación, funcionamiento y organización del Consejo Federal de Gobierno; dictar medidas que regulen la función de planificación del Estado; dictar medidas que adecuen la Ley de Licitaciones). Ante esta exorbitancia de atribuciones legislativas otorgadas al Presidente de la República, lo menos que nos podíamos preguntar es ¿Y a qué se dedica la Asamblea Nacional?

Cuestión prevista en la Constitución Bolivariana es la referente a las faltas *absolutas y temporales del Presidente de la República*. Las primeras, se producen por muerte, renuncia, destitución decretada por Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, incapacidad física o mental permanente que ha de ser certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y aprobado por la Asamblea Nacional; el abandono del cargo declarado por la Asamblea Nacional, y la revocatoria popular. Si la falta absoluta se produce antes de tomar posesión del cargo, debe procederse a una nueva elección dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Hasta que se realice esta elección se encargará de la presidencia el Presidente de la Asamblea Nacional. Si se produce dentro de los primeros cuatro años del período presidencial, igualmente debe dentro del mismo término de treinta días, convocar a una nueva elección, sólo que en este caso quien suple al Presidente es el Vicepresidente Ejecutivo. El Presidente electo se limitará a cumplir el período faltante. Ahora bien, si la falta se produce durante los dos últimos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia, hasta completar el período presidencial.

Las faltas *temporales*, hasta noventa días, en todos los casos las suple el Vicepresidente Ejecutivo, pudiéndose prorrogar por noventa días más por decisión de la Asamblea Nacional.

1.2. Vicepresidente Ejecutivo

Aun cuando la figura del Vicepresidente Ejecutivo se pretendió presentar como una innovación en la Constitución Bolivariana, debemos resaltar que no constituye tal novedad, pues en diferentes épocas se ha sancionado su inclusión en nuestros textos constitucionales, aunque no con la actual denominación, sino Vicepresidente a secas. Así, desde la Constitución Política de Venezuela de 1819, que en su artículo 8° lo incluía como una figura de elección popular, se toma en forma semejante en las

constituciones de 1821, 1830 (su elección se realizaba con una diferencia de dos años con respecto al Presidente) 1857, 1858, hasta la Constitución de 1874, año en que se delega en los Ministros del Despacho o en el Presidente de la Alta Corte Federal, la responsabilidad de suplir las ausencias presidenciales. Vuelve a aparecer en la Constitución de 1901, en la que incluso se habla de dos Vicepresidentes, el primero llenaba las faltas del Presidente, y el segundo las del primer Vicepresidente; se elimina nuevamente en la Constitución de 1909; es la Constitución de 1925, la que lo incluye por última vez en nuestros textos constitucionales. Teniendo si se quiere su eliminación como órgano del Poder Ejecutivo, una razón histórica que narraremos sucintamente: Al apoderarse Juan Vicente Gómez, quien se desempeñaba como Vicepresidente, de la Presidencia de la República, tras un golpe de Estado dado al General Castro, el 19 de diciembre de 1908, nombra como primer Vicepresidente a su hermano, Juan Crisóstomo Gómez, y como segundo Vicepresidente a su hijo José Vicente Gómez. El primero de ellos muere asesinado en el Palacio de Miraflores en 1923, por lo que el hijo de Gómez, pasa además a ocupar el cargo de Inspector del Ejército Nacional. Al correr rumores de que la esposa del Vicepresidente simpatizaba con el movimiento estudiantil, es obligado por su padre a renunciar, saliendo posteriormente para Suiza, país en el que fallecería años más tarde.

El recuento constitucional nos muestra que el Vicepresidente siempre fue considerado como un cargo de elección popular llamado a suplir las ausencias del Presidente.

La consagración de este órgano en el texto constitucional del 99, no significa modificación alguna en el carácter presidencial de nuestro sistema de Gobierno. Efectivamente, la figura del Primer Ministro sólo se explica en un sistema Parlamentario, con voto de censura, disolución del Congreso y convocatoria a nuevas elecciones que le apoyen en el gobierno o la oposición. Lo que conllevaría a su renuncia y la designación de una nueva figura.

En Venezuela existieron propuestas tendentes a la incorporación de la figura del Primer Ministro desde comienzos de los años setenta (Jóvito Villalba, Ramón J. Velásquez, Arturo Uslar Pietri, Enrique Tejera París). Propuestas realizadas, con algunas modificaciones, en sus dos versiones: el Primer Ministro dualista del régimen semipresidencial (francés); y el Primer Ministro Ejecutivo del régimen presidencial (peruano) En 1990, la COPRE presenta una propuesta de creación de la Institución del Primer Ministro Ejecutivo ante la Comisión Bicameral del proyecto de reforma general de la Constitución, que versaba sobre los siguientes puntos:

- a. El Primer Ministro Ejecutivo no sustituye al Presidente en la jefatura de gobierno sino que se concibe como un colaborador, de su libre elección y remoción, en las funciones referidas a la orientación política del gobierno y la coordinación de la administración pública nacional.
- b. Los controles parlamentarios del gobierno no disminuyen sino más bien se acentúan con la creación del Primer Ministro, pues éste es responsable políticamente ante el Congreso, siendo que un voto de censura acarrea no sólo su remoción, sino la reorganización del gabinete, y con ello, la necesidad de imprimir un cambio, por parte del Presidente a la política gubernamental.
- c. La incorporación del Primer Ministro Ejecutivo, en definitiva constituye una «válvula de escape» a la crisis de legitimidad que sufra el gobierno. (COMBELLAS: 1994:63)

Propuesta que fue aprobada por la mencionada comisión bicameral. Siendo válido comentar, como lo cuenta Carlos AYALA CORAO, que el primer análisis de la figura del Primer Ministro Ejecutivo peruano y su posible incorporación al sistema venezolano, fue realizado por Enrique Iribarren M., e igualmente considerado en el Programa de Gobierno de Carlos Andrés Pérez en 1988. Tal y como lo señala el autor mencionado

...el Primer Ministro Ejecutivo se inserta dentro del sistema presidencialista, con la idea de coordinar el programa político y la actividad administrativa del Gobierno. El Primer Ministro Ejecutivo no llega a ser un típico «Jefe de Gobierno», pero sí el Ministro encargado de su coordinación frente al Congreso. Es designado por el Presidente, y puede ser removido por él, o con el voto de censura correspondiente de la Cámara de Diputados. (AYALA CORAO: 1993:151)

Esta figura se incluye en la Constitución Bolivariana como una proposición de la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional de la Asamblea Nacional Constituyente, quien consideró que era necesario mantener el régimen presidencial, como forma predominante en toda América Latina, pero a la vez y como se ha descrito, la opinión pública mantenía la idea de que un colaborador del Presidente ejerciera las funciones de Gobierno. Quizá se deba a que Ricardo Combellas, quien desde la fundación de la COPRE (1982) hasta su disolución en 1998 (por el actual Presidente de la República) se desenvolvió como Presidente de la misma para luego llegar a ser miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, que se incorpora en la forma en que se hace la figura del Vicepresidente Ejecutivo, pues como podemos observar, de la propuesta que hiciera la COPRE en 1990, lo que se cambió fue el nombre, ya no Primer Ministro Ejecutivo sino Vicepresidente Ejecutivo como lo hacía la Constitución de 1819. Y quizá entonces, en esta denominación tenga algo que ver la tendencia del Presidente a rememorar el pasado.

Los proyectistas de la Constitución Bolivariana entienden el órgano de la Vicepresidencia Ejecutiva, como una «institución que comparte con el Presidente el ejercicio de su jefatura de gobierno y responde políticamente por la gestión general del gobierno frente al Parlamento», sus atribuciones se encuentran dirigidas a coordinar las relaciones con el Legislativo y los demás entes de la Administración Pública, además de suplir al Presidente en todas las atribuciones que éste le delegue. Es pues, un sucesor natural del Presidente, ya sea en forma temporal o definitiva y un canal de unión entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, atribuciones muy limitadas si lo comparamos con la figura del Primer Ministro, o con la figura del Vicepresidente en otros países de América Latina. Por ejemplo en los artículos 57 y 87 de la Constitución argentina se asienta el Vicepresidente como Presidente del Senado y Jefe del Gabinete de Ministros. Incluso Bidart Campos llega a sostener que el Vicepresidente es un órgano extrapoder.

Las atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo, han sido clasificadas por Hidelgard RONDÓN DE SANSÓ (2000: 176) en tres grandes grupos:

1. Funciones sustitutivas del Presidente de la República:
 - a. Presidir el Consejo de Ministros previa autorización del Presidente de la República.
 - b. Suplir las faltas temporales del Presidente de la República.
 - c. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente de la República.
2. Funciones propias del Vicepresidente Ejecutivo:
 - a. Presidir el Consejo Federal de Gobierno.
 - b. Proponer al Presidente el nombramiento y remoción de los Ministros.
 - c. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.
 - d. Nombrar y remover de conformidad con la ley a los funcionarios nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.
3. Funciones conjuntas con el Presidente de la República:
 - a. Colaborar con el Presidente en la dirección de la acción del gobierno.
 - b. Coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República.

Su designación (Art. 236, Ord. 5°) corresponde al Presidente de la República, y en este sentido si representamos un verdadero atraso en materia de participación popular con respecto a los que nos demuestra la historia constitucional venezolana, así como con lo estipulado en otros países latinoamericanos, en los que se establece la elección popular de este funcionario, en la misma forma y en el mismo momento en que se elige al Presidente de la República. Son los casos de: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú (estos dos últimos países eligen dos Vicepresidentes) y Uruguay. Tal circunstancia, por otra parte, muestra la vulnerabilidad de este órgano, pues su suerte se encuentra en manos del Presidente. Para este momento, y desde la promulgación de la Constitución del 99, han existido entre nosotros dos Vicepresidentes.

Es importante destacar que conforme al artículo 240 de la Constitución Bolivariana, la aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo, por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional implica su remoción. Dando lugar a que si esta moción de censura se produce en tres oportunidades en un mismo período constitucional, el Presidente de la República se encuentre facultado para disolver la Asamblea Nacional. Cuestión que ha sido muy debatida, existiendo constitucionalistas patrios que consideran que con este modelo presidencialista «se exacerba el presidencialismo que no encuentra contrapeso en el bicameralismo que se elimina...» (BREWER: 2000: 107), y hay quienes lo ven como una influencia del sistema parlamentario. (Entre ellos, Alfonso Rivas Quintero.)

A mi manera de entender habría que considerar, el espíritu y contenido mismo de nuestra ley suprema. Y así, el artículo 222 establece el control parlamentario como una forma de control político; por otra parte, en los artículos 2°, 4°, 6°, 25, y 141, se fundan principios constitucionales fundamentales, que erigen una Administración Pública primordialmente responsable. Luego es entonces en ejercicio de ese control parlamentario que cumple la Asamblea Nacional, y en razón del principio constitucional de responsabilidad que debe guiar toda la Administración Pública, incluida la institución de la Vicepresidencia Ejecutiva, que puede producirse la remoción del Vicepresidente. Vemos, sin embargo, muy difícil que la Asamblea Nacional pueda votar tres mociones de censura al Vicepresidente, sabiendo que la tercera moción acarrearía su disolución.

Para ser elegido Vicepresidente(a) Ejecutivo(a) se exigen los mismos requisitos que para ser elegido Presidente de la República, exigiéndosele además (Art. 238) no tener con respecto a éste, ningún vínculo o parentesco de consanguinidad o afinidad. Sus atribuciones se encuentran con-

sagradas en el artículo 239, además y en razón de su carácter de órgano asesor le corresponde presidir el Consejo Federal de Gobierno (Art. 185), y el Consejo de Estado (Art. 252).

1.3. Los Ministros

Si en algo ha sido consecuente nuestro Constituyente, es en mantener a los Ministros como órganos inmediatos del Presidente de la República. En un primer momento (1819) los denominó Ministros Secretarios de Despacho, y, en el Decreto Orgánico del Libertador del 27 de agosto de 1828, por medio del cual asume el Poder Supremo, crea el Consejo de Ministros. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, expresamente establecía en su artículo 83: «El Ejecutivo Nacional se ejerce por el Presidente de la Unión o el que haga sus veces, en unión de los Ministros del Despacho que son sus órganos». Así mismo les imputa una responsabilidad colectiva.

La Constitución de 1874, define a los Ministros como los órganos naturales y precisos del Presidente de la Unión, quienes están llamados a suscribir todos sus actos, sin tal requisito no serían cumplidos ni ejecutados por las autoridades, empleados o particulares. Hoy día, como sabemos, sucede lo contrario. Es decir el Presidente debe suscribir las decisiones tomadas por los Ministros.

La definición que de los Ministros hace la Constitución de 1874 se mantiene hasta la Constitución de 1901, cuando entonces son considerados como «los órganos legales, únicos y precisos del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela», noción que perdura hasta la Constitución del 47, cuando se les considera como órganos legales del Presidente. Es el constituyente del 61 (Art. 242) quien les denomina órganos directos del Presidente de la República, lo que conserva la Constitución Bolivariana (Art. 181).

Constituye una innovación de la Constitución Bolivariana, la atribución conferida en el ordinal 20 del artículo 236 al Presidente de la República, en el que se le faculta para «fijar el número, organización y competencias de los ministerios». A tal efecto los Constituyentes del 99 afirman:

Así, y siguiendo la tendencia del derecho comparado, se le permite al Presidente fijar el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.

Debemos destacar, que hasta la Constitución del 61 la organización ministerial constituía una atribución del Legislativo, pues se consideraba como materia reservada a la Ley Orgánica, y sólo excepcionalmente de conformidad con lo pautado en el artículo 190, Ordinal 11, el Presidente se encontraba autorizado mediante Decreto-Ley para reformar la estructura ministerial, y en esta forma es estipulado en casi todos los países latinoamericanos con excepción de Colombia

También hay que reseñar que las modificaciones efectuadas en el ámbito ministerial, surgen como resultado del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central de octubre de 1999, es decir que entró en vigencia *antes de la promulgación de la Constitución Bolivariana*, estando su Capítulo II, referido a determinar el número, la denominación y competencia de cada ministerio. Lo que nos hace pensar, que todo lo que hicieron los Asambleístas fue complacer una aspiración del Presidente.

De acuerdo con el artículo 29 del mencionado Decreto, los Ministerios se reducen a trece (13). Recordemos que en la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, el número de Ministerios era dieciséis (16). Los Ministerios serán los siguientes: De Interior y Justicia; de Relaciones Exteriores; de Finanzas; de la Defensa; de Producción y el Comercio; de Educación, Cultura y Deportes; de Salud y Desarrollo Social; del Trabajo; de Infraestructura; de Energía y Minas; del Ambiente y de los Recursos Naturales; de Planificación y Desarrollo; de Ciencia y Tecnología; de la Secretaría de la Presidencia.

El artículo 242 de la Constitución Bolivariana, dispone que los Ministros, reunidos conjuntamente con el Presidente de la República y con el Vicepresidente Ejecutivo, integran el *Consejo de Ministros*. Se erige así este órgano, como un cuerpo colegiado, integrado por el Presidente de la República (quien lo preside), el Vicepresidente Ejecutivo, y los Ministros, incluyendo los Ministros de Estado y el Procurador General de la República cuando sea convocado. En este caso, y tal como lo señala la ley de la Procuraduría General de la República, tendrá derecho a voz, mas no a voto. Los Ministros como integrantes del Consejo de Ministros son solidariamente responsables de las decisiones tomadas en Consejo de Ministros a *que hubieren concurrido*, salvo que hayan hecho constar su voto adverso.

Con respecto al Consejo de Ministros las modificaciones importantes son las siguientes:

- a. A diferencia de lo que señalaba el artículo 14 de la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, en el sentido de que el Consejo

de Ministros actuará por lo menos con las 2/3 partes de sus miembros, el artículo 24 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central, establece que el Consejo de Ministros actuará con la totalidad de sus miembros. Con una excepción estipulada en el Párrafo único del mismo dispositivo: el Consejo de Ministros podrá actuar con las 2/3 partes cuando el Presidente de la República «estime urgente la consideración de uno o determinados asuntos».

- b. La Constitución del 61 preveía el voto de Censura a los Ministros con su respectiva remoción por el voto de las 2/3 partes de los Diputados presentes; la Constitución Bolivariana prevé este mismo mecanismo sólo que la votación exigida no puede ser menor de las 3/5 partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional. Con respecto a esta disposición se me hace interesante citar textualmente al Maestro Ambrosio OROPEZA, pues su comentario, aun cuando fue hecho con respecto a la Constitución del 61, a nuestra manera de entender está hoy íntegramente vigente:

Pero, la verdad es que ahora, como ocurrió en el pasado esa institución o pieza maestra de los gobiernos parlamentarios ha permanecido y permanecerá posiblemente en el futuro como letra muerta. En primer término, por el régimen presidencial que nunca ha sufrido en Venezuela alteraciones de importancia, y en segundo lugar, porque la Constitución ha sometido el voto de censura a tan severos requisitos que prácticamente lo reduce a instrumento legal inoperante. En efecto, la remoción del ministro o de los ministros que hayan votado afirmativamente asuntos en gabinete como consecuencia de un voto de censura no podrá decidirse sino cuando la moción respectiva sea aprobada por las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión que la considere y resuelva. Ahora bien, será en extremo difícil, por no decir imposible, lograr tan abrumadora votación en una cámara de diputados en la que el partido de gobierno tiene a su favor una clara mayoría. Así se explica que durante los gobiernos democráticos que se han sucedido desde 1958 hasta hoy no halla prosperado ningún voto de censura a los Ministros. El control del Congreso sobre el Ejecutivo se ejerce por otros medios (OROPEZA: 1992: 434).

Que yo recuerde, en nuestra historia democrática a los únicos Ministros que se le ha dado un voto de censura han sido a Raúl Matos Azócar (Ministro de Hacienda), y Antonio Luis Cárdenas (Ministro de Educación), ambos del segundo gobierno de Rafael Caldera, sin que en apariencia ello hubiere tenido ninguna otra significación que la temporal trascendencia ante la opinión pública.

Prevé el artículo 243 de la Constitución Bolivariana, el que puedan nombrarse Ministros de Estado, estatuyéndose como órganos fundamentalmente de Asesoría del Presidente y del Vicepresidente, a la vez que se les

faculta para participar en el Consejo de Ministros. Los Ministros de Estado se encuentran calificados por el artículo 19 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central como «Órganos superiores de la Administración Central».

1.4. Gabinetes Sectoriales

Previstos en el artículo 29 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central, podrán ser creados mediante Decreto del Presidente de la República, «para que lo asesoren y propongan acuerdos o políticas sectoriales, así como para estudiar y hacer recomendaciones sobre los asuntos a ser considerados por el Consejo de Ministros. También podrán ser creados para coordinar actividades que comprometan la actuación de varios Ministerios y otros entes públicos».

En el Decreto de creación debe instrumentarse su integración y funcionamiento. Los Gabinetes Sectoriales están conformados por los Ministros, Ministros de Estado y los Viceministros que tengan responsabilidad en el sector correspondiente, y estarán presididos por el Ministro que el Presidente designe. Sus integrantes en ningún caso podrán delegar la asistencia y participación a los mismos a otros funcionarios.

1.5. Otros órganos de la Administración Central

- a. Consejos Nacionales,
- b. Comisiones Presidenciales o Interministeriales,
- c. Autoridades Únicas de Área, y
- d. Oficinas Nacionales.

Los Consejos Nacionales aparecen regulados en el artículo 32 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. Pueden ser creados mediante Decreto dictado por el Presidente de la República, tienen un carácter permanente o temporal, y están integrados por autoridades públicas y personas representativas de la sociedad para la consulta de las políticas públicas sectoriales que se establezcan en el Decreto de creación.

Las Comisiones Presidenciales o Interministeriales están previstas en el artículo 33 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central, su creación está encomendada a Decreto dictado por el Presidente de la República, pueden tener un carácter temporal o permanente, integrándose con funcionarios públicos y personas especializadas en la materia. Sus objetivos se encuentran dirigidos a:

- a. El examen y la consideración de las materias que se determinen en el Decreto de creación, y,
- b. Coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos Ministerios.

Las preside la persona designada por el Presidente en el Decreto de creación, sus conclusiones y recomendaciones deben ser tomadas por mayoría absoluta de sus votos.

Autoridades Únicas de Área: El artículo 35 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central, contempla la creación de estos órganos como atribución del Presidente de la República «para el desarrollo de territorios o programas regionales, con las atribuciones que determinen las disposiciones legales sobre la materia y los Decretos que las crearen».

Finalmente, reza el artículo 36 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central:

El Presidente de la República en Consejo de Ministros podrá crear *Oficinas Nacionales*, como órganos desconcentrados, sólo en aquellos casos en que sean requeridas para operar sistemas de apoyo administrativo a la Administración Central. Sus funciones y dependencias administrativas serán establecidas en el Decreto de creación. (Cursivas A. G. de CÁRDENAS)

II. ÓRGANOS CONSULTIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

1. Consejo de Estado

La Constitución Bolivariana en el artículo 251 crea el Consejo de Estado, como órgano de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional. Emerge así en la Administración Pública Nacional un nuevo órgano de consulta, sumándose al ya existente, y tradicionalmente establecido en nuestra legislación: la Procuraduría General de la República, pero sin que puedan confundirse sus funciones: La Procuraduría General de la República es un órgano de asesoramiento, defensa y representación judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República. El Consejo de Estado es un órgano de consulta en «políticas de interés nacional», que tampoco se asemeja al Consejo Federal de Gobierno, órgano creado por la Constitución Bolivariana, porque a éste le corresponde planificar y coordinar el proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios, y aprobar los recursos que se destinarán al Fondo de Compensación Interterritorial.

Revisando nuestra historia constitucional, notamos la vigencia de un órgano semejante, tanto en su denominación como en sus atribuciones, *el Consejo de Gobierno*, órgano con funciones fundamentalmente consultivas, aunque en algunos momentos sus atribuciones iban más allá. Creado en la Constitución de 1821, como un órgano llamado a emitir dictámenes que deberían ser oídos por el Presidente, sin estar obligado a acatarlos, es posteriormente facultado por el Libertador en el Decreto Orgánico de 1828, en su artículo 10, ordinal 1º, para

...Preparar todos los decretos y reglamentos que haya de expedir el Jefe del Estado, ya sea tomando la iniciativa, o a propuesta de los Ministros respectivos, o en virtud de órdenes que le comuniquen al efecto: un reglamento especial que se dará el Consejo, previa la aprobación del Gobierno, fijará las reglas de proceder a su propia política.

A partir de ese momento, al Consejo de Gobierno le corresponde asumir funciones de especial trascendencia. Así, en la Constitución de 1830, en receso del Congreso, estaba llamado a tomar medidas en caso de conmoción a mano armada o que amenazara la seguridad de la República. En la Constitución de 1857 contaba con funciones semejantes a las que hoy ostenta el Ministerio Público, e igualmente funciones legislativas pues le correspondía «Formar proyectos de códigos nacionales y presentarlos al Congreso». En la Constitución de 1893, además de funciones consultivas cumplía funciones de vigilancia por la legal inversión de las rentas nacionales, funciones que posteriormente le corresponderían a la Contraloría General de la República.

Este órgano no vuelve a preverse hasta la Constitución de 1909, en la que se le confiere una nueva atribución: «Prestar o negar su consentimiento para los créditos adicionales que soliciten los Ministros en sus respectivos ramos». Es la última constitución venezolana en la que se considera el Consejo de Gobierno.

En la exposición de motivos los constituyentes de 1999 se expresan de esta forma: El Consejo de Estado en Venezuela «será un órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional, que recomendará políticas de interés nacional en aquellos asuntos que el Presidente de la República reconozca de especial trascendencia y requieran su opinión».

Sin embargo, su instauración fue un tema controvertido en la Asamblea Constituyente. Al efecto, hubo constituyentistas que rechazaban su creación como fue el caso de Elio Gómez Grillo; hubo otros, como Hermán Escarrá, Aristóbulo Istúriz y Allan Brewer Carías que apoyaron su inclusión en el texto constitucional.

Nada tiene que ver el Consejo de Estado previsto por el Constituyente del 99, con el Consejo de Estado francés o colombiano, pues sus atribuciones son diametralmente opuestas. Efectivamente, el Consejo de Estado francés, enseña Jean Rivero, con una historia que data del artículo 52 de la Constitución Napoleónica del año VIII, es considerado sucesor del Consejo del Rey, ejerció en principio funciones consultivas en los campos legislativo, ejecutivo y contencioso. A partir de 1806, sus atribuciones se dualizaron: Administrativas, por una parte, para las atribuciones consultivas, y jurisdiccionales, por otra parte, para las atribuciones contenciosas. No ocurre lo mismo en la Constitución colombiana, en la que el Consejo de Estado de ejercer originariamente funciones consultivas, pasa posteriormente de acuerdo a lo pautado en el artículo 116 de la Constitución vigente, a administrar justicia, constituyendo (Art. 236) un tribunal especializado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se erige en consecuencia como un Tribunal de Derecho Público.

En este orden de ideas, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ efectúa el siguiente comentario:

Se pone de relieve que no existía una noción clara de a qué Consejo de Estado se estaba aludiendo, ni cuáles eran sus funciones... En el fondo los votantes, estaban algunos, aprobando un organismo de consulta económica; otros, un Consejo de Estado al estilo francés; otros, un órgano coadyuvante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; otros finalmente, a un simple asesor del Presidente de la República, nombrado discrecionalmente por el mismo. (RONDÓN DE SANSÓ, H.: 2000: 181)

Al Consejo de Estado lo preside, el Vicepresidente Ejecutivo, y está conformado (Art. 252) por cinco personas designadas por el Presidente(a) de la República; un(a) representante designado(a) por la Asamblea Nacional; un(a) representante designado(a) por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador(a) designado(a) por el conjunto de mandatarios estatales. Su regulación por disposición constitucional (Art. 251) queda encomendada a una ley dictada para tal efecto.

2. La Procuraduría General de la República

La Procuraduría General de la República emerge en nuestro país en razón de un Decreto del General Juan C. Falcón del 24 de julio de 1863. Como vemos tiene un nacimiento legal, mas no constitucional. Constitucionalmente es acogida por vez primera, en la Constitución de 1901, la que le otorga al Procurador General de la Nación el Ministerio Público. Así se mantiene hasta la Constitución de 1925, cuando con ciertas variantes en sus atribuciones, comienza a hablarse de Ministerio Público

Federal. Es la Constitución de 1947, el instrumento que separa ambas instituciones, otorgándole al Ministerio Público funciones judiciales, y consolidándolo como un órgano independiente del Ejecutivo Nacional. Y a la Procuraduría General de la Nación como un órgano de representación judicial de los derechos de la Nación en todos los juicios en que esta sea parte, así como de asesor del Presidente de la República, los Ministros del Despacho, las Cámaras Legislativas y la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en textos constitucionales modernos, como es el caso colombiano, se entiende al Procurador General de la Nación como el máximo representante del Ministerio Público.

Al separar ambos órganos el legislador venezolano lo ha hecho con una diferencia fundamental entre uno y otro: al Ministerio Público lo estipula como un órgano con autonomía funcional, mientras que la Procuraduría General de la República es un órgano de consulta dependiente del Ejecutivo Nacional, en consecuencia carece de autonomía funcional. Disentimos en este sentido de la opinión de Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, quien afirma: «A pesar de que se trate de un órgano del Poder Ejecutivo Nacional, sin embargo tiene autonomía funcional que está establecida en la Ley Orgánica exhortada por la Constitución, que determina su organización, competencia y funcionamiento» (RONDÓN DE SANSÓ, H.: 2000: 180). Es su condición de *órgano dependiente* del Ejecutivo Nacional, lo que impide calificarlo como *órgano con autonomía funcional*. Justamente esta noción, involucra *no dependencia* de ningún otro órgano ni de la Administración Central, ni de la Administración Descentralizada.

Hasta la Constitución Bolivariana del 99, la Procuraduría General de la República constituía el órgano consultivo por excelencia de la Administración Pública Nacional. Pierde esta condición cuando es creado el Consejo de Estado, al que ya hicimos referencia, y se le concibe como órgano asesor y defensor de la Administración Pública Nacional, especialmente del Poder Ejecutivo Nacional.

Prevista en los artículos 247 y siguientes de la Constitución Bolivariana, constituye un órgano que aun cuando tiene rango constitucional, sin embargo, como ya apuntáramos, es dependiente del Ejecutivo Nacional. En efecto, la designación del Procurador General de la República, así como su remoción, corresponde al Presidente de la República previa autorización de la Asamblea Nacional. Por otra parte, sus opiniones no tienen carácter vinculante a tenor de lo señalado en el Artículo 8° de la Ley Orgánica vigente de la Procuraduría General de la República del 22 de diciembre de 1965. Como órgano consultivo le corresponde de conformidad con lo estipulado en la Constitución y Ley Orgánica, funciones de

representación, asesoramiento y defensa judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República.

Llama la atención el hecho de que la Constitución Bolivariana prevea la exigencia de la consulta de la Procuraduría General de la República, para la aprobación de los Contratos de interés público nacional. Tal previsión constituye una novedad en dos aspectos:

1. Hasta la Constitución del 61, en materia de contratos de interés nacional sólo era necesario la aprobación del Congreso Nacional.
2. Al establecer la Constitución Bolivariana en el artículo 247 ...«será consultada...», está considerando la opinión de la Procuraduría General de la República, no sólo como obligatoria, sino también vinculante.

De tal manera que, en contratos de interés nacional, éstos requerirán para su aprobación de la consulta obligatoria formulada a la Procuraduría General de la República, y de su aprobación por la Asamblea Nacional, cuando la ley así lo establece, a menos que se trate de contratos con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso sin excepciones se exigirá la aprobación de la Asamblea Nacional.

Para ser Procurador General de la República se exigen los mismos requisitos que para ser designado magistrado del Tribunal Supremo de Justicia. Su competencia, organización y funcionamiento, se encuentra encomendada a una ley orgánica. Haciendo notar que en las disposiciones transitorias de la Constitución Bolivariana, no está prevista la regulación de la vigencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, lo que sí hace en la disposición transitoria N° 9° con la Contraloría General de la República y el Ministerio Público. Por otra parte, la Asamblea Nacional (13/11/2000) habilitó al Presidente de la República, para legislar mediante Decretos con fuerza de Ley, en el ámbito de la organización y funcionamiento del Estado. En tal sentido en el numeral 6°, letra «A», lo faculta para: «Dictar medidas a los efectos de reformar la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República con el objeto de adecuarla a las competencias constitucionales, así como redimensionar su funcionamiento».

3. El Consejo de Defensa de la Nación

El Título VII de la Constitución Bolivariana se encuentra referido a la «Seguridad de la Nación», a tal efecto crea su artículo 232, teniendo en consecuencia rango constitucional, el Consejo de Defensa de la Nación,

como «el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico».

Está presidido por el Presidente de la República, y lo conforman además el Vicepresidente Ejecutivo, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Consejo Moral Republicano y los Ministros de los Sectores de defensa, seguridad interior, relaciones exteriores y planificación y otros cuya participación se considere pertinente.

Corresponde a la Ley Orgánica respectiva determinar su organización y funcionamiento.

Cuando me encontraba en la realización de este trabajo, se hizo noticia en todo el país la aprobación por parte de la Comisión Legislativa Nacional, el 8 de mayo de 2000, de la Ley del Sistema de Seguridad y Defensa, esperándose por el ejecutarse del Presidente, la misma permite crear un organismo de inteligencia que sustituirá a la DISIP, con facultad para manejar todo el aparato de inteligencia estatal. Esta agencia dispondrá de cuerpos armados y tendrá facultades para instruir expedientes penales. El Jefe del Servicio Nacional de Seguridad tendrá rango de viceministro, será designado por el Presidente de la República, única autoridad de quien recibe instrucciones. Con su creación señala Germán Rodríguez Citraro (ex director de la Dirección General de Inteligencia Militar), y en el mismo sentido se pronuncia Asdrúbal Aguiar (ex ministro de Relaciones Exteriores):

El Consejo Nacional de Defensa fue un saludo a la bandera. Pues el servicio de inteligencia debió tener una adscripción funcional al Consejo Nacional de Defensa y no al despacho ministerial de la Secretaría de la Presidencia. Además funciones atribuidas al Servicio Nacional de Seguridad chocan con atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de Defensa a quien se le confía el asesoramiento del Poder Público Nacional. La contradicción que queda al desnudo, es que mientras se declara al Consejo como el máximo órgano de consulta en materia de defensa de la Nación, el Servicio Nacional de Seguridad reúne potestades similares. (*El Nacional*. Domingo 25-06-2000, p. H/2).

Siguiendo con el esquema de trabajo planteado, y la definición de Administración Pública Central, tomada del profesor BREWER CARIAS, corresponde hacer referencia a la Administración con Autonomía Funcional.

III. ADMINISTRACIÓN CON AUTONOMÍA FUNCIONAL

La Administración Pública Central en Venezuela, no solamente abarca los órganos que integran el Poder Ejecutivo y la Presidencia de la República,

sino que junto a ellos existen una serie de órganos a los que se les ha dotado de Autonomía Funcional, con atribuciones muy bien definidas en la Constitución y en la Ley. Cuando en nuestras clases diarias nos referimos a ellos explicábamos con particular atención los siguientes: *la Contraloría General de la República; el Ministerio Público y el Consejo de la Judicatura*, no lo hacíamos con respecto al Consejo Supremo Electoral (aun cuando la doctrina lo consideraba en este grupo de órganos), en razón de que en criterio de la Corte dejó de integrar la Administración Pública Nacional, debido a que en la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio de 1993, perdió su carácter de órgano y pasó a ser una persona jurídica.

Ahora bien, la apreciación de los órganos con Autonomía Funcional cambia considerablemente a raíz de la promulgación de la Constitución Bolivariana. Veamos:

1. La Constitución Bolivariana, como sabemos, crea un nuevo Poder: El Poder Ciudadano. Reza el artículo 273:

El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República.

Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidente por períodos de un año, pudiendo ser reelecto o reelecta.

El Poder Ciudadano es independiente y *sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa*. A tal efecto dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable.

Su organización y funcionamiento se establecerá en la ley orgánica. (Cursivas A. G. de CÁRDENAS)

2. El artículo 254 de la Constitución Bolivariana, dispone:

El Poder Judicial es independiente, y el Tribunal Supremo de *Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa*. (Cursivas A. G. de CÁRDENAS)

3. El artículo 292, señala los órganos que integran el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral, y como organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento), y en su Artículo 294, somete a estos organismos, a los principios, entre otros, de Autonomía Funcional y presupuestaria.

4. El artículo 267 de la Constitución Bolivariana, crea lo que en él se denomina «Jurisdicción Disciplinaria Judicial», para el ejercicio de cuyas atribuciones el Tribunal Supremo de Justicia en pleno, creará una «Dirección Ejecutiva de la Magistratura», con ella desaparece el Consejo de la Judicatura.
5. La Contraloría General de la República y el Ministerio Público pasan a formar parte del Poder Ciudadano, cuyo ejercicio le corresponde al Consejo Moral Republicano. Logra de esta manera la Constitución Bolivariana, agrupar en una sola rama del Poder Público, los diferentes órganos con autonomía funcional tradicionalmente reconocidos en nuestro derecho positivo.
6. Como se aprecia, surgen nuevos órganos con Autonomía Funcional Constitucional: La Defensoría del Pueblo, el Tribunal Supremo de Justicia, y los organismos electorales, y se extingue el Consejo de la Judicatura.
7. Cuando el constituyente define la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, expresamente le otorga autonomía funcional a la Contraloría (Art. 287), lo que no hace con el Ministerio Público (Art. 284). Sin embargo, siendo el Ministerio Público por disposición constitucional un órgano del Poder Ciudadano, goza igualmente de autonomía funcional. Por otra parte, las atribuciones que como órganos de la Administración Pública Nacional le corresponden, son las mismas que han venido desarrollando desde la Constitución de 1947. Es decir, la Contraloría, órgano de control, vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública Nacional, y el Ministerio Público, órgano garante del fiel cumplimiento de la Constitución y de la Ley, y del respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos.
8. A raíz de la entrada en vigencia en nuestro país del Código Orgánico Procesal Penal, y de la Ley de Protección del Niño y del Adolescente al Ministerio Público se le amplían considerablemente sus atribuciones. Efectivamente, por una parte, y tal como lo señalan los proyectistas del Código Orgánico Procesal Penal en su exposición de motivos: en él se destaca el carácter del Ministerio Público de titular de la acción penal, para cuyo ejercicio se le reconocen numerosas atribuciones. Por la otra, en la Ley de Protección al Niño y al Adolescente, el Ministerio Público se constituye como un órgano a través del cual opera el Sistema de protección al niño y al adolescente. De tal manera que las funciones del Ministerio Público, habría que estructurarlas sobre la base de los siguientes textos legislativos: Constitución Bolivariana; Ley Orgánica del Ministerio Público; Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; Ley de la Contraloría General de la

República, y Código Orgánico Procesal Penal; Ley de Protección del Niño y del Adolescente (en vigencia desde el 1° de abril de 2000).

La organización y funcionamiento del Ministerio Público debe preverse a tenor de la Constitución Bolivariana, no sólo en el ámbito nacional, sino también estatal y municipal. (No sin razón algunos han dicho que este es el órgano más importante de la Administración Pública Nacional, después de la Presidencia de la República.)

9. La Disposición Transitoria N° 9° de la Constitución Bolivariana señala que «mientras se dictan las leyes relativas al Capítulo IV del Título V, se mantendrán en vigencia las leyes orgánicas del Ministerio Público y de la Contraloría General de República». Lógicamente teniendo presente lo contemplado en la disposición derogatoria: «El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución».

Hechas estas precisiones, pueden referirse brevemente, a *las novedades que plantea la Constitución Bolivariana con respecto a los órganos con Autonomía Funcional*:

1. Partamos de precisar una noción conceptual de lo que debe entenderse por *Órganos con Autonomía Funcional*:

José PEÑA SOLÍS mantiene que la autonomía funcional alude

...especialmente al concepto de autonomía administrativa, pues está presente en órganos que formando parte de la República (en el caso del Poder Nacional) gozan de una gran independencia en el ejercicio de sus funciones, en virtud de que no guardan ningún tipo de dependencia jerárquica, ni de ninguna otra naturaleza, con los órganos del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), pues su marco contralor está constituido por la Constitución y las leyes que lo crean... En otros términos, significa la no sujeción a controles jerárquicos o de tutela. (PEÑA SOLÍS: 1995: 215)

BREWER CARÍAS, señala al efecto:

Las administraciones con autonomía funcional constituyen aquel conjunto de órganos de la Administración Pública, que sin tener personalidad jurídica propia, y por tanto, sin perjuicio de actuar como órganos de la República, no dependen jerárquicamente del Presidente de la República ni de los órganos que forman la Administración Central, ni de los órganos de los demás Poderes del Estado: el Congreso o los Tribunales. (BREWER CARÍAS: 1994:95)

De tal manera que en líneas generales, la Autonomía Funcional significa para el órgano que la ostenta la no sujeción o dependencia a otro órgano de la Administración Central o de la Administración Descentralizada. Preciso es mencionar que esta es la posición señalada en

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de fecha 8 de agosto de 1989. Es a esa independencia, a la que hace referencia el constituyente de 1999.

2. Refirámonos de seguidas *al Poder Ciudadano, como órgano con autonomía funcional contemplado en la Constitución Bolivariana*: Sabido es que no es nuevo entre nosotros la idea del Poder Ciudadano. Los primeros vestigios sobre el mismo surgen de las ideas bolivarianas. Bolívar concebía el *Poder Moral* como la institución que tendría a su cargo la conciencia nacional, y lo plasma en el apéndice de la Norma Suprema de Angostura de 1819 a través de un cuerpo denominado Areópago, llamado a ejercer la autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera educación. Este cuerpo estaba compuesto de un Presidente y cuarenta miembros, y funcionaba en dos cámaras: La Cámara Moral y la de Educación. A pesar de la importancia que en la época se le dio, el Poder Moral no vuelve a ser considerado en nuestra historia constitucional hasta la Constitución Bolivariana, en la que al igual que en 1819, los órganos del Poder Ciudadano tienen a su cargo, dentro de sus atribuciones, la prevención, investigación y sanción de los hechos que atentan contra la ética pública y la moral administrativa.

Del Poder Ciudadano, destaca con particular importancia como órgano con autonomía funcional, EL DEFENSOR DEL PUEBLO, que tiene su esencia en la hoy llamada «Administración Pública Comunitaria», la cual, incide y condiciona la esfera jurídica de los ciudadanos pero escapa de los contornos tradicionales. Efectivamente se encuentra apegada a los sistemas de protección de los derechos de los ciudadanos afectados por las acciones u omisiones de la administración, con el propósito fundamental, de instrumentar acciones más efectivas que las tradicionales. Surge así el «Ombudsman», «Comisario Parlamentario», «Médiateur», o «Defensor del Pueblo».

En el Derecho Contemporáneo se hace alusión al Defensor del Pueblo europeo, como «una personalidad independiente encargada de prestar asistencia a los recurrentes para la presentación de su demanda ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos», cuenta con su propio reglamento, dictado en 1994, y ha sido incorporado en el Tratado de Maastricht como órgano con estas atribuciones en el ámbito de la Comunidad Europea.

En diez de los Estados que conforman la Unión Europea, existe un defensor del pueblo con algunas variantes en relación con sus funciones y denominación. Siendo esta figura junto con el derecho de petición las únicas vías «que conectan directamente a los ciudadanos con

la Unión Europea en los casos en los que deban actuar contra ella». (RONDÓN DE SANSÓ, H.: 2000: 214) En otros países, como Alemania, Luxemburgo y Grecia, existen Comisiones Parlamentarias que llevan a cabo funciones análogas a la de los defensores del pueblo con competencia nacional. Sin embargo, se ha instituido la figura del Defensor del pueblo en los niveles regional y municipal.

En América Latina ha sido acogido, en Argentina, Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador, El Salvador y Guatemala (en estos dos últimos países se le denomina «Procurador de los Derechos Humanos»), caracterizándose, por contar con autonomía y erigirse como un órgano encaminado a defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la presentación de los servicios públicos a la ciudadanía. Es de hacer notar que en el Derecho colombiano, el Defensor del Pueblo forma parte del Ministerio Público y ejerce sus funciones bajo la dirección del Procurador General de la Nación.

En Venezuela, el Defensor del Pueblo, aparece por primera vez en nuestra historia constitucional en la Constitución Bolivariana, concebido como un órgano cuya misión fundamental es la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos establecidos en la Constitución. Y, aunque está previsto en términos semejantes a como lo han hecho los textos constitucionales referidos, el constituyente venezolano le asigna la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos y ciudadanas. Correspondiéndole atribuciones que son comunes a los restantes órganos del Poder Ciudadano y atribuciones que le son propias.

La disposición transitoria N° 9° de la Constitución Bolivariana, establece que el titular de la Defensoría del Pueblo será designado de manera provisoria por la Asamblea Nacional Constituyente, quien adelantará lo correspondiente a la estructura organizativa, integración, establecimiento de presupuesto e infraestructura física, tomando como base sus atribuciones constitucionales. A tal efecto fue dictada el 29 de febrero de 2000 la Resolución N° DP-2000-01, que contiene «las normas que regulan la estructura organizativa y funcional de la Defensoría del Pueblo, para asegurar su operatividad hasta tanto se dicte la ley que regula la organización y funcionamiento de esta institución». Posteriormente el 14 de noviembre de 2000, la Asamblea Nacional de la República de Venezuela, en Gaceta Oficial N° 37.077, promulgó la «Ley especial para la ratificación o designación de los funcionarios y funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y

Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su primer período constitucional», en la que se prevé la designación de una Comisión por parte de la Asamblea Nacional, denominada «Comisión de Evaluación de Postulaciones». Demás está decir que la misma se conformó por el Sector Oficialista, designando en consecuencia los funcionarios mencionados, dentro de los simpatizantes, adeptos y servidores incondicionales del oficialismo.

3. El artículo 254 de la Constitución Bolivariana, le otorga al Tribunal Supremo de Justicia Autonomía Funcional, financiera y administrativa:

Tal y como se desprende de este dispositivo, el Tribunal Supremo de Justicia sustituye a la Corte Suprema de Justicia, y funciona a través de seis (6) Salas: Sala Plena, Sala Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, Casación Penal y Casación Social, cuya integración y competencia ha de regularse en su correspondiente ley orgánica, con excepción de la Sala Social en lo referente a la casación agraria, laboral y de menores. Señala Allan BREWER CARÍAS, que en la primera discusión se aprobó que cada Sala estaría integrada por Tres Magistrados, lo cual se modificó en segunda discusión en cuanto a la Sala Constitucional a la que se le asignaron cinco (5) Magistrados.

Inexplicablemente ello fue eliminado del texto publicado. Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente al hacer las designaciones provisionales de Magistrados el 22 de diciembre del 99, nombró sin fundamento legal ni constitucional, tres (3) Magistrados en cada Sala con excepción de la Sala Constitucional donde designó cinco (5) Magistrados. (BREWER CARÍAS: 2000: 132)

Pierde así toda vigencia el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo en lo atinente a la conformación de la Sala Plena por la totalidad de los magistrados, tal como está previsto en la Ley Orgánica, se mantiene vigente. En consecuencia, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia se constituye con los veinte magistrados.

Es de hacer notar que en la nueva estructura organizativa del Estado venezolano, el Poder Judicial se inserta como un órgano del Poder Nacional, a la vez que integra lo que la Constitución Bolivariana denomina Sistema de Justicia.

4. Anteriormente se señaló que la Constitución Bolivariana crea la *Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano dependiente del Tribunal Supremo de Justicia, cuya función es realizar las atribuciones que venía desarrollando el Consejo de la Judicatura como órgano con auto-*

nomía funcional. En este sentido, el artículo 21 del Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, ya referido, dispone: «El Consejo de la Judicatura, sus Salas y dependencias administrativas pasarán a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia». Mientras esta dirección sea organizada «las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los Tribunales y de las defensorías públicas, así como las competencias que la actual legislación le otorga al Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, serán ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial».

IV. ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

Finalmente corresponde hacer referencia a la Administración Descentralizada funcionalmente, es decir al conjunto de entes que forman parte de la Administración Nacional Descentralizada, a las que BREWER CARÍAS conceptualiza como «diversas organizaciones de la Administración Pública Nacional dotadas de personalidad jurídica distinta a la de la República». (BREWER CARÍAS: 1994: 117)

A tal efecto, debo mencionar que no haré alusión al tan controversial y difícil tema que trata de establecer un marco diferencial entre los entes con forma de derecho público, denominados establecimientos públicos, de aquellos que tienen forma de derecho privado, por tanto me limitaré a hacer referencia a los entes con forma de Derecho Público, para lo cual, tal como lo he hecho a lo largo de este trabajo con todas las instituciones que se han estudiado, efectuaré un análisis comparativo entre la Constitución del 61 y la Constitución Bolivariana del 99.

Dicho esto, comenzaremos por subrayar que la Constitución del 61 en su Artículo 124 distingue dos tipos de entes estatales de Derecho Público: *los territoriales* (República, Estado, Municipio), y *los no territoriales, denominados personas jurídicas de Derecho Público*. Dentro de las que destacan: *Los Establecimientos Públicos Institucionales (Institutos Autónomos)*; *los Establecimientos Públicos Corporativos* y *los Establecimientos Públicos Asociativos*. Clasificación acogida por la Jurisprudencia venezolana en Sentencia de la Corte Primera Contencioso Administrativa del 11 de mayo de 1980. Asimismo, se mencionan como entes con forma de Derecho Privado, las Empresas Mercantiles, las Asociaciones Cíviles y las Fundaciones.

Todos los entes con forma de Derecho Público, tienen como rasgos distintivos, el poseer personalidad jurídica de derecho público y un patri-

monio autónomo distinto e independiente del Fisco Nacional. Además de que su creación debe realizarse a través de una ley, de lo que deriva su carácter de público.

1. Los Institutos Autónomos

El artículo 230 de la Constitución del 61 establece:

Sólo por ley, y en conformidad con *la ley orgánica* respectiva, podrán crearse institutos autónomos.

Los Institutos Autónomos, así como los intereses del Estado en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al *control del Congreso*, en la forma que la ley lo establezca. (Cursivas A.G. de CÁRDENAS)

A su vez, el artículo 142 de la Constitución Bolivariana pauta: «Los institutos autónomos *sólo podrán crearse por ley*. Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos *al control del Estado* en la forma que la ley lo establezca». (Cursivas A. G. de CÁRDENAS)

De manera que, transcritos textualmente tales dispositivos puede llegar a determinarse un marco diferencial entre ambos textos constitucionales:

La Constitución del 61 establece como notas fundamentales para definir a los Institutos Autónomos, las siguientes:

1. Su creación y organización a través de una ley orgánica, y
2. Su sometimiento al control posterior del Congreso, es decir al control parlamentario.

Como puede apreciarse las notas diferenciales con respecto a la Constitución Bolivariana son las siguientes:

1. Prevé su creación a través de una ley, pero con una diferencia importante, ya no es necesario que tenga el carácter de orgánica.
2. Somete los Institutos Autónomos al *control del Estado*. En consecuencia, siendo entes que están adscritos a un Ministerio, estarán por tanto sometidos al mismo control que su órgano de adscripción, vale decir: Control de Tutela, Control Jerárquico, Control Jurisdiccional, Control Administrativo, que correspondería a la Contraloría General de la República (Art. 289, Ordinales 3° y 5°) y el Control Parlamentario (Art. 222).

2. Establecimientos Públicos Corporativos

Los Establecimientos Públicos Corporativos han sido caracterizados:

1. Cuentan con la presencia de un sustrato personal.
2. Son órganos autónomos en razón de los fines que persiguen.
3. Pueden elegir a sus propias autoridades.
4. Elaboran sus propias disposiciones normativas.

Dentro de ellos se mencionan a las Universidades Nacionales Autónomas, a los Colegios Profesionales y Academias Nacionales.

Con respecto a las Universidades, siempre he mantenido el criterio, que las mismas deben entenderse como Entes Corporativos antes que como Institutos Autónomos. Criterio que he fundamentado en decisiones de nuestra Jurisprudencia (C.P.C.A. 24-11-86; C.P.C.A. 19-01-88; S.P.A. 2-11-67; S.P.A. 14-02-96), y que intenta resaltar la importancia de la forma del ente en atención a su naturaleza y no a su forma de creación. Así, no puede olvidarse que el fin de las Universidades es de carácter altruístico, determinado en todo caso por el grado de participación de la comunidad universitaria.

Establece expresamente la Constitución Bolivariana en su artículo 109 la Autonomía Universitaria, tema por demás controversial; de lo que pauta esta disposición puede entreverse que la misma conlleva:

1. Posibilidad de darse sus normas de gobierno y funcionamiento.
2. Administración de su patrimonio «bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley».
3. Inviolabilidad del recinto universitario.

3. Federaciones, colegios profesionales y academias nacionales

Son entes caracterizados por poseer personalidad jurídica, adoptar decisiones disciplinarias contra sus agremiados y someterse a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sin embargo, se diferencian de las Universidades porque no forman parte de la Organización Administrativa del Estado, no están sometidos al Control de Tutela y obtienen sus ingresos de los aportes de sus agremiados.

Cuestión muy importante de resaltar con respecto a la Constitución del 61, es que en ésta, en virtud del artículo 82, la colegiación se establecía como obligatoria para el ejercicio de «aquellas profesiones universitarias que señale la ley». Mientras que el artículo 105 de la Constitución Boli-

variana expresamente le atribuye a la ley, señalar las profesiones que requieren título, así como las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas «incluyendo la colegiación». Lo que significa entonces, a nuestra manera de entender, que ni todas las profesiones requieren título, ni para todas las profesiones es obligatoria la colegiación.

Igualmente debe referirse lo contemplado en la parte *in fine* del artículo 135, en razón del cual, «quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley». Lo que supone a los fines de su implementación la puesta en práctica por parte del Estado, de toda una política educativa que vaya más allá del simple acto enseñanza aprendizaje.

4. Entes Asociativos

Definidos por la doctrina como «personas jurídicas de derecho público, que se constituyen, por mandato expreso de la Ley de creación, bajo la forma de sociedades por acciones para permitir en principio la participación del capital privado en su funcionamiento». (BREWER: 1994: 120)

Destaca entre nosotros como ente asociativo por excelencia el *Banco Central de Venezuela*, definido en el artículo 1° de su respectiva ley (4 de diciembre de 1992) como una persona jurídica pública de naturaleza única. Aparece regulado como órgano con rango constitucional en la Constitución Bolivariana en sus artículos 318 y 319, así como en la Disposición Transitoria N° 4°, numeral 8°).

De las disposiciones mencionadas se desprende que el Banco Central de Venezuela, por mandato constitucional:

1. Es una persona jurídica de Derecho Público.
2. Cuenta con Autonomía.
3. Se rige por el principio de responsabilidad pública, por lo tanto queda sometido al control parlamentario.
4. Queda igualmente sometido al control posterior por parte de la Contraloría General de la República.
5. Su objetivo fundamental es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de nuestra unidad monetaria.

CONCLUSIÓN

Del análisis efectuado pueden extraerse algunas conclusiones, de las cuales confieso, me ha sido difícil excluir juicios valorativos que pudieran catalogarse como apreciaciones subjetivas o de corte político. Tratando, sin embargo, de realizar apreciaciones en el contenido meramente orgánico de nuestra carta fundamental, puede señalarse:

1. El liderazgo de Hugo Chávez, unido al momento de descomposición política preexistente en nuestro país, tronchó la aspiración de que la Asamblea Nacional Constituyente emergiera como un organismo apolítico, independiente, soberano, participativo, conciente de su rol. Sus integrantes fueron elegidos por el pueblo venezolano, a través de los llamados «llaves o kinos de Chávez». En menos tiempo que el previsto originalmente (seis meses) fue redactada, discutida, sancionada y promulgada la Constitución (cuyo proyecto original fue presentado por el propio Presidente Chávez ante la Asamblea Nacional Constituyente) que ha de regir nuestra vida política, quien sabe por cuanto tiempo. Se perdió así una oportunidad hermosa en nuestra historia constitucional. Si hoy por hoy, una de las desventajas que se le asignan al presidencialismo es el de que la estabilidad del sistema tiende a depender de una persona (del Presidente) con particular referencia a sus virtudes y vicios, en nuestro caso esa desventaja se ha hecho particularmente peligrosa.
2. Una vez que se promulga la Constitución Bolivariana, emerge la Comisión Legislativa Nacional, órgano que desde su instalación adolece de vicios a todas luces fundamentales:
 - a. La mayoría de sus integrantes fueron seleccionados «a dedo» de entre los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, por los miembros a la vez de su Junta Directiva (se viola así al principio de participación popular consagrado en el marco constitucional acabado de aprobar).
 - b. Por otra parte, la Comisión Legislativa Nacional, confiriéndose un carácter «supra constitucional», que no le corresponde, y alegando una Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual tal carácter se le otorgaba a la Asamblea Nacional Constituyente, prácticamente acabó con todas las instituciones: Disolvió el Congreso, las Asambleas Legislativas, el Consejo de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, designando para tales cargos a personas simpatizantes del oficialismo.

3. Con particular interés se analizó el Poder Ciudadano, dentro de la nueva división horizontal que del Poder Público realiza la Constitución Bolivariana. Tal y como está concebido, el Poder Ciudadano no constituye más que un conjunto de órganos de la Administración Pública que cumple funciones fundamentalmente administrativas. No obstante, tal como lo hacía Benjamín Constant en 1815, pudiera pensarse que el Poder Ciudadano pueda tratarse de un Poder Neutral o Moderador; o bien como lo concebía Bolívar en 1819 un Poder Moral. Tal y como lo afirma GARCÍA PELAYO: «La división de poderes sin ulterior especificación es un fenómeno y un concepto que trasciende a cualquiera de sus versiones históricas incluida la de Montesquieu, y que por consiguiente, no hay una versión única, no hay un modelo patentado, ni hay tampoco un dogma de la división de poderes, sino que éste tiene en cada tiempo sus propias peculiaridades de configuración» (GARCÍA PELAYO: 1.991:2940). Quizá entonces, en la medida en que esta nueva división del Poder Público se instrumente, se patentice y afiance en toda su dimensión, logrará emerger en su verdadera función de garantizador de los mecanismos de control público señalados en la Constitución.
4. Luego de realizar un recuento de nuestra historia constitucional, puede llegar a decirse que en su *parte orgánica* y por lo que se refiere a la Organización Administrativa de la Administración Pública Nacional, nuestra Constitución Bolivariana semeja una remembranza del pasado. Efectivamente, surgen el Período Presidencial de seis años; la figura del Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Estado y el Poder Ciudadano, como una novedad, cuando en realidad el estudio efectuado demuestra que tales instituciones ya han tenido vigencia en nuestro país. Además con agravantes, pues aun cuando el Vicepresidente ha sido un funcionario de elección popular, la Constitución Bolivariana le asigna su designación al Presidente de la República. Por otra parte, la reelección presidencial inmediata nunca había sido considerada, porque en cierta forma se considera atentatorio de un sistema democrático, más cuando el período presidencial es tan largo. Pienso que lo mejor hubiera sido adoptar el sistema de cuatro años con posibilidad de reelección.

Ciertamente que en materia de elección presidencial representamos un verdadero atraso con respecto al Derecho Constitucional moderno, al no consagrarse la doble vuelta, y al conferirse al Presidente atribuciones tan importantes como la de dictar Decretos-Leyes, atentando así contra el principio de la Reserva Legal. Las consecuencias, ya las estamos viviendo, con la última Ley Habilitante dictada por la

Asamblea Nacional, el 13 de diciembre de 2000, en la que se le otorgan al Presidente facultades para legislar en prácticamente todos los niveles de la vida nacional.

No sin razón, Allan BREWER CARÍAS cuando se refiere a la nueva división del Poder Público, señala: «En la relación entre los cinco poderes se puede apreciar un desbalance general, en el que se denota: una primacía de la Asamblea Nacional, y un modelo presidencialista exacerbado, que no encuentra contrapeso en el bicameralismo, por cuanto éste ha sido eliminado» (BREWER: 2000: 78). En efecto, aun cuando en la Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana (que aparece cuatro meses después de haberse promulgado la Constitución) se establece que nuestro sistema de gobierno es «semipresidencial flexible», la letra de la Constitución nos demuestra el poder ilimitado que se le confiere al Presidente de la República, que no encuentra resistencia en la Asamblea Nacional al erigirse ésta como órgano unicameral, cuyos diputados en su mayoría son partidarios a ultranza del oficialismo.

5. Si en materia de organización del Poder Público se pretendiera evaluar la Constitución Bolivariana, podría decirse que ciertamente logró agrupar en un solo bloque (Poder Ciudadano) a los llamados Órganos con Autonomía Funcional, que hasta este momento aparecían como órganos de difícil ubicación dentro de la estructura organizativa del Estado.

Nuestra apreciación final se encuentra dirigida a afirmar que somos optimistas, pues por sobre todo somos juristas, apegados al principio de la legalidad, y porque además deseamos que si nos hemos sometido a todo este trauma político, nuestra Constitución Bolivariana no sea violentada ante el asombro y la impotencia de todos los que nos consideramos pueblo venezolano. Hoy, como lo hice ayer, ante un grupo de estudiantes que me distinguió con una Promoción de Abogados, puedo decir con todo énfasis: *Somos los hombres los que hacemos las Instituciones. Ellas serán a la final el resultado de nuestro proceder. Vallamos a su encuentro con dos armas en la mano: la Balanza de la Justicia y la Fuerza de la Honestidad.*

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, Carlos. «El régimen presidencial en Venezuela y los planteamientos para su reforma». En *Reformas al Presidencialismo en América Latina ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas, Editorial Jurídica Venezolana. Ediciones Conjuntas (1993). Caracas, Venezuela.

- BREWER CARIÁS, Allan R. *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Colección Estudios Jurídicos N° 49. Segunda Edición. Editorial Jurídica Venezolana (1994). Caracas, Venezuela.
- . *La Constitución de 1999* (con el texto oficial de la Constitución). Editorial Arte (2000). Caracas, Venezuela.
- . *Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. «Las Constituciones de Venezuela». Compilación y Estudio Preliminar de Allan R. BREWER CARIÁS. Talleres de Anauco Ediciones, C.A. 2da. Edición (1997). Caracas, Venezuela.
- COMBELLAS, Ricardo. *Una Constitución para el futuro. El debate constitucional en Venezuela*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Editorial Panapo (1994). Caracas, Venezuela.
- DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. *Temas de Derecho Administrativo Especial*. Cuarta Edición. Editorial Librería La Lógica C.A. (1994). Caracas, Venezuela.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Obras Completas*. Tomo III. Editorial Unigraf, Arroyomolinos (1991). Mostoles, Madrid.
- MOLES CAUBET, Antonio. «Lecciones de Derecho Administrativo (Parte General)» En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela. N° 84 (1992). Caracas, Venezuela.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile», En *Reformas al Presidencialismo en América Latina ¿Presidencialismo vs Parlamentarismo?* Comisión Andina de Juristas. Editorial Jurídica Venezolana. Ediciones Conjuntas (1993). Caracas, Venezuela.
- OROPEZA, Ambrosio. *La Nueva Constitución Venezolana*. Colección Jurídica Panapo. Editorial Jurídica Panapo (1992). Caracas, Venezuela.
- PEÑA SOLÍS, José. *Lineamientos de Derecho Administrativo. La organización administrativa venezolana*. Volumen I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela (1995). Caracas, Venezuela.
- PELEGRINO PACER, Cosimina G. «El Consejo de la Judicatura ¿Órgano Administrativo con Autonomía funcional que dicta Sentencias?». En *Revista de Derecho Público*. N° 65-66, enero-junio 1996. Editorial Jurídica Venezolana (1998). Caracas, Venezuela.
- RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9ª Edición. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela (1984). Caracas, Venezuela.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*. Editorial Exlibris (2000). Caracas-Venezuela.
- República de Venezuela. Constitución de 1961 y Enmiendas N° 1 y 2. República de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (Gaceta Oficial N° 36.860).
- República de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana de 1999. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.
- República de Venezuela. Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. Gaceta Oficial N° 36.807 del 14 de octubre de 1999.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitución Política de Colombia (Comentada)*. Segunda Edición. Editorial Temis (1998) Bogotá, Colombia.
- www.csj.gov.ve. «El Defensor del Pueblo Europeo». Armando Giraud Torres. Sala Político Administrativa.

La edición de este libro consta de 1.000 ejemplares, y se terminó de imprimir en los talleres de la Imprenta Nacional en el mes de julio de 2001.
Caracas / Venezuela

