



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

BOLETÍN
de la
**Academia de Ciencias
Políticas y Sociales**

**HOMENAJE A
HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE**

**JULIO-SEPTIEMBRE 2022 / N° 169
CARACAS / VENEZUELA**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

FUNDACIÓN
"JUAN GERMAN ROSCIO"
RIF: J-31361261-8
NIT. 04317058893

BOLETÍN

de la

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

**HOMENAJE A
HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE**

JULIO-SEPTIEMBRE 2022 / N° 169
CARACAS / VENEZUELA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva Período 2022-2023

Presidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Secretario:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Tesorero:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
José Guillermo Andueza (+)	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pró-Rísquez	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
León Henrique Cottin (<i>e</i>)	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Bretón	Alfredo Morles Hernández (+)
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramón Guillermo Avelado	Oscar Hernández Álvarez
Hildegard Rondón de Sansó	Fortunato González Cruz
Henrique Iribarren Monteverde (+)	Luis Napoleón Goizueta H.
Josefina Calcaño de Temeltas	

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

ARGENTINA

Dr. Diego Fernández Arroyo

Prof. José Claudio Escribano

Dr. Juan Carlos Cassagne

Prof. Eduardo Sambrizzi

BRASIL

Dr. José Manuel Arruda Alvim

Dra. Claudia Lima Marques

COLOMBIA

Prof. Jorge Vélez García

Prof. Guillermo Sarmiento Rodríguez

Dr. Mauricio Plazas Vega

Prof. Fernando Sarmiento Cifuentes

Prof. Cesáreo Rocha Ochoa

Prof. Gilberto Álvarez

Prof. Antonio Trujillo

CHILE

Prof. José Luis Cea Egaña

Prof. Claudio Grossman

ECUADOR

Dr. Juan Yepes del Pozo

EE. UU. DE AMERICA

Dr. Symeon Symeonides

ESPAÑA

Dr. Juan Velarde Fuertes

Dr. Rafael Navarro-Valls

Dr. César García Novoa

Prof. Miguel Herrero Miñón

Prof. Santiago Muñoz Machado

FRANCIA

Prof. Pierre Michel Eisemann

ITALIA

Prof. Sandro Schipani

Prof. Natalino Irti

JAPÓN

Dra. Yuko Nishitani

MÉXICO

Dr. Leonel Pereznieta Castro

Prof. Bernardo Fernández del Castillo

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor

PERÚ

Prof. Carlos Soto Coaguila

Prof. Augusto Ferrero

REPUBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

URUGUAY

Dr. Didier Operti Badán

COLABORADORES ESPECIALES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESTADO ANZOÁTEGUI
Dr. José Getulio Salaverría

ESTADO ARAGUA
Dr. Gilberto Guerrero Quintero
Dr. Jorge L. Lozada González

ESTADO BOLÍVAR
Prof. José Carlos Blanco Rodríguez

ESTADO CARABOBO
Dr. Pedro Rondón Haaz
Dr. Aníbal Rueda Rueda
Prof. Edgar Núñez Alcántara

ESTADO LARA
Dr. Jorge Rosell Senhem

ESTADO MÉRIDA
Dr. Egberto Abdón Sánchez Noguera

ESTADO TÁCHIRA
Dr. Rodrigo Rivera Morales

ESTADO ZULIA
Dr. Jesús Esparza Bracho
Dra. Ana Elvira Araujo

Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Nº 169 / julio-septiembre 2022

Caracas, Venezuela

Periodicidad trimestral

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: pp193602DC482

ISSN: 0798-1457

1. Derecho-publicaciones periódicas

CONSEJO EDITORIAL

Cecilia Sosa Gómez

Eugenio Hernández-Bretón

Rafael Badell Madrid

El *BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES* se encuentra indizado en la base de datos del Catálogo LATINDEX (Folio N2º 15543)

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO
SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT

© Copyright 2012

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482 88 45 - 482 86 34

Fax: (0212) 483 26 74

e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com

Página web: www.acienpol.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLA SE EMITAN.

ÍNDICE

1. A Henrique Iribarren Monteverde, <i>in memoriam</i> . Dr. Humberto Romero-Muci	5
2. Historia del Sillón N° 18. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	9
3. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Prof. Henrique Iribarren Monteverde. 7 de mayo de 2013	27
4. Discurso de contestación al Prof. Henrique Iribarren Monteverde por el recipiendario Dr. Humberto Romero-Muci	55
5. El Principio de la legalidad de los actos del poder público y el proceso constituyente de 1999 en Venezuela. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	71
6. La teoría del contrato administrativo en la obra de Eloy Lares Martínez. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	89
7. El ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas y las Fuentes Jurídicas de la Contratación. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	105
8. Algunas consideraciones sobre el recurso de juridicidad. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	131
9. Análisis, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, de los artículos 300 y 301 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	157
10. Compra-venta de divisas en Venezuela aspectos históricos y estructurales. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	181
11. La perención de la instancia en el contencioso administrativo. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	203
12. Opinión pública y soberanía nacional. Prof. Henrique Iribarren Monteverde	217

13. Presentación de la obra: “Memoria bibliográfica del derecho marítimo, pesquero y portuario venezolano 1980 a 2015”. Prof. Henrique Iribarren Monteverde.....	243
14. La “teoría del contrato administrativo” en el pensamiento de Luis Henrique Fariás Mata. Prof. Henrique Iribarren Monteverde.....	249
15. Palabras de presentación de la obra: “La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela” de la Dra. María Amparo Grau, a cargo del Prof. Henrique Iribarren Monteverde.....	267
16. El documento público administrativo. Prof. Henrique Iribarren Monteverde.....	279
17. ¿Existen actos administrativos excluidos del control de la legalidad en el ordenamiento jurídico venezolano? Prof. Henrique Iribarren Monteverde .	293
18. Palabras pronunciadas por el Dr. Rafael Badell Madrid en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 03 de mayo de 2022, con motivo del sensible fallecimiento del Prof. Henrique Iribarren Monteverde.....	311
19. Breves palabras sobre el proceso de formación de la Ordenanza sobre la Condecoración Municipal por el día del abogado “Henrique Iribarren Monteverde”. Prof. Rosnell V. Carrasco Baptista.....	323
20. Ordenanza Sobre la Condecoración Municipal por el día del Abogado “Henrique Iribarren Monteverde”	329

EVENTOS

1. LOS 20 AÑOS DE VIGENCIA DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. EN HONOR A ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ POR EL «PREMIO ALMA MATER» DE LA ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y AMIGOS DE LA UCV 01 DE JULIO DE 2022

Preparación diplomática y razones que dieron lugar a la creación de una Corte Penal Internacional Permanente. Prof. Milagros Betancourt C.	343
A los veinte años de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Prof. Víctor Rodríguez Cedeño.....	355

Los 20 años de vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: jurisprudencia emblemática ¿avances? o ¿retrocesos? Dra. Thairi Moya Sánchez	371
Palabras de clausura a cargo del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	401
Los 20 años de vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Palabras de agradecimiento. Alberto Arteaga Sánchez.....	407

**2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA
DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA
PARA LA REPÚBLICA DE CHILE 2022
19 DE JULIO 2022**

Consideraciones sobre la Propuesta de Constitución Política para la República de Chile. Dra. Marisol Peña Torres.....	413
---	-----

**3. CONMEMORACIÓN DEL CINCUENTENARIO
DE LA PROMOCIÓN DE ABOGADOS AÑO 1971
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
03 DE AGOSTO DE 2022**

Palabras del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	443
Conmemoración del cincuentenario de la promoción de abogados de la UCV, año 1971. Prof. Gabriel Ruan Santos.....	449
Palabras de José Antonio Pérez Osuna en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con ocasión de los 50 años de la graduación de abogados de la UCV 1971.....	455

PRESENTACIONES DE LIBROS

**1. PRESENTACIÓN DEL LIBRO HOMENAJE
A JESÚS CABALLERO ORTÍZ
02 DE AGOSTO DE 2022**

Palabras de apertura a cargo del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	469
---	-----

Presentación del Libro Homenaje al Dr. Jesús Caballero Ortíz. Dr. Rafael Badell Madrid	475
--	-----

**2. PRESENTACIÓN DE LAS OBRAS: BOLETÍN N° 167
EN HOMENAJE AL DR. LUIS HENRIQUE FARIÁS MATA
Y LA CONTROVERSI DEL ESEQUIBO
20 DE SEPTIEMBRE DE 2022**

Presentación libro sobre los coloquios de la Controversia del Esequibo. Dr. Héctor Faúndez Ledesma.....	493
---	-----

Palabras de presentación del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 167 correspondiente al período enero-marzo 2022, en homenaje al Dr. Luis Henrique Farías Mata. Dr. Rafael Badell Madrid	503
---	-----

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

1. Un craso error de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con relación al auto para mejor proveer. Prof. Salvador R. Yannuzzi Rodríguez	519
2. La Entrevista de Guayaquil: el encuentro de dos colosos: una indagación en el misterio Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros.....	551
3. Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los cuarenta años de su entrada en vigencia. Dr. Rafael Badell Madrid ...	579
4. Los padres jesuitas Pablo Ojer Celigueta y Hermann González Oropeza en la reclamación del territorio Esequibo. Dr. Rafael Badell Madrid.....	675
5. 1914 Serbia 2022 Ucrania y algunos otros más. Dr. Miguel Herrero de Miñón	695
6. El derecho al trabajo en el sistema interamericano. Abg. César Enrique Uzcátegui Molina	703
7. El derecho a la no autoinculpación en materia tributaria. Un comentario. Dr. Carlos E. Weffe H.	739
8. El principio de universalidad de control y los actos administrativos de contenido ambiental. Una nueva categoría de actos dotados de inmunidad jurisdiccional. Prof. Rosnell V. Carrasco Baptista	767

9. Los derechos de las poblaciones y comunidades indígenas en la jurisprudencia del caso Jesús, María y José de Aguasay asentada por la extinta Corte Suprema de Justicia. Dr. Leonardo Palacios Márquez	789
10. Esbozos del proceso de construcción de un puente hacia la democracia en Venezuela (2021-2022). Dra. Claudia Nikken	831

ACUERDOS

ORDEN ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES “JUAN GERMÁN ROSCIO”	863
NÓMINA DE LAS PERSONAS A QUIENES SE LES HA OTORGADO LA ORDEN “JUAN GERMÁN ROSCIO”	871

BOLETINES DIGITALES

Boletín Digital Aciempol – julio 2022	875
Boletín Digital Aciempol – agosto 2022	876
Boletín Digital Aciempol – septiembre 2022	877
NÓMINAS	879
NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A SER PUBLICADOS EN EL BOLETÍN Y EN LA PÁGINA WEB DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES	903



HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE



**CENTENARIO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES 1915-2015**

**A HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE,
*IN MEMORIAM***

DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI*

* Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Sillón N.º 14).

Uno de los más gratos deberes de un académico es dar la bienvenida a un nuevo numerario que ingresa a la Corporación. Paradójicamente, uno de los más triste es despedirlo tras su fallecimiento. Tuve el honor dar el discurso de salutación a Henrique Iribarren Monteverde con motivo de su incorporación como individuo de número de esta institución el 7 de mayo de 2013 para ocupar el sillón No. 18. Hoy me toca recordarlo con estas notas al Boletín No.169 que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales le dedica honrando su memoria con su nombre.

El apreciado profesor y amigo Henrique Iribarren Monteverde nos dejó bruscamente. La noticia de su fallecimiento la mañana del 2 de mayo de 2022, nos estremeció. Entre sus compañeros de academia su partida repentina deja ancha estela de dolor. Para la Academia un vacío difícil de suplir y para el país la pérdida de un ciudadano ejemplar.

Es complejo aceptar la partida de un ser querido y admirado. La incompreensión es mayor cuando se trata de alguien todavía joven, pleno en realizaciones por venir y aportar.

Henrique Iribarren fue un hombre comprometido con la excelencia. Un estudiante brillante. Un académico presente que enalteció esta corporación con su trabajo. Un jurista profundo, de aportaciones científicas significativas y originales, que expresó siempre con diafanidad y con galanura. Su producción jurídica fue abundante y sólida. Su aporte representa una aplicación práctica del compromiso intelectual del académico con su tiempo y su sociedad.

Fue un docente abnegado dedicado a la enseñanza por más de 30 años *ininterrumpidos* en la cátedra de “**Derecho Administrativo**”, de nuestra querida *alma mater*, la Universidad Católica Andrés Bello.

Hizo de la docencia del derecho administrativo un apostolado y desde su cátedra la promoción de la práctica comunicativa del diálogo,

de la razón, de la argumentación, abierto siempre a una visión plural y multidisciplinaria de su realidad.

Henrique Iribarren Monteverde fue un hombre sencillo, profundamente humano y bondadoso. Un hombre de una enorme sensibilidad; este fue uno de sus atractivos vitales y una de sus mayores debilidades. Esa sensibilidad, consecuencia de su gran inteligencia, lo llevó a asumir, como suelen hacerlo los creyentes, los casos, los afectos y los problemas con absoluta pasión y con desmesurada confianza, lo que por demás lo convirtió en un gran abogado. Dio la vida por sus querencias; por su familia, por sus hermanos, por sus amigos, por sus clientes, por sus creencias, fueran políticas o de otra naturaleza, y sufrió luego por las consecuencias de esa solidaridad, cuando las cosas no se dieron como él las previó. Digamos que Henrique Iribarren fue un hombre apasionado.

Henrique se hacía sentir a su propia manera, en sus **“inusitadas condiciones”**. Se sentía en su calma y en su silencio. Se trata de esa **“soledad”** de la que nos habló citando Reiner María Rilke¹, en su discurso de incorporación. Esa soledad fue su **“sostén y hogar”** y en **“...la que encontró todos sus caminos”**. Henrique se nos fue en su silencio donde encontró su camino final.

Hoy el Sillón No. 18 está nuevamente vacante, pero el nombre de Henrique Iribarren Monteverde permanece vivo en nuestro respeto e indisolublemente unido al acervo moral de esta Corporación. Su ejemplo nos acompaña luminoso y actual.

Al recordarlo en esta hora triste elevamos nuevamente a Dios una oración por el descanso en paz de su alma y el ruego que brille para él la luz perpetua.

Aguafría, 15 de septiembre de 2022

¹ Henrique Iribarren Monteverde, *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el derecho público venezolano*, Discurso y trabajo de incorporación de Henrique Iribarren Monteverde a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Discurso de contestación del académico doctor Humberto Romero-Muci, acto celebrado el día 07 de Mayo 2013 Caracas, Venezuela. p. 7.

HISTORIA DEL SILLÓN N.º 18
PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE

Quisiera empezar estas líneas señalando que el propósito de las mismas, no es otro que traer al presente a aquellos hombres que sentaron las bases de lo que hoy es la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, especialmente aquellos que ocuparon el sillón N.º 18, que actualmente tengo el honor de ocupar. En efecto, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha albergado en su seno a ciudadanos notables, hombres y mujeres, que han contribuido con el desarrollo de las ciencias jurídicas y políticas del País, y que hoy recordamos con el más profundo respeto y admiración por su legado.

I. RAÚL CRESPO VIVAS

Nos corresponde en esta oportunidad recordar la vida y obra del Dr. Raúl Crespo Vivas, primero en ocupar el sillón N.º 18 de esta Corporación, aunque formalmente nunca se incorporó, quien fue un distinguido jurista y político venezolano, oriundo del estado Táchira, que tuvo un papel destacado en la sociedad venezolana de inicios del siglo XX. En efecto, el Dr. Crespo sobresalió en todos los aspectos de su vida, desde sus inicios en el Colegio Seminario Sagrado Corazón de Jesús, en La Grita, estado Táchira, posteriormente en su tránsito por la Universidad Central de Venezuela, y luego en la vida política del País, donde desempeñó importantes cargos públicos tanto locales, como nacionales.

Además de lo antes dicho, el Dr. Crespo fue constante académico, incluso desde antes de pertenecer formalmente a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y ello lo demuestra su obra escrita, que, sin ser abundante, sí es contundente en cuanto a su contenido. Todo ello le valió el respeto personal y profesional de sus colegas y contemporáneos, por lo cual era solicitada su opinión legal para esclarecer asuntos complejos. Esto le fue reconocido el 19 de diciembre de 1916 cuando se le designó mediante Resolución Ejecutiva para ocupar el

sillón N.º 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Lamentablemente, el destino quiso que dicho encargo lo ejerciera por un corto período de solo cinco años, ya que murió el 10 de abril de 1920.

Tal como veníamos señalando, el Dr. Crespo cursó estudios de primaria en el Colegio Seminario Sagrado Corazón de Jesús, en La Grita, Estado Táchira (hoy en día conocido como liceo Jáuregui), de donde egresó con el título de bachiller. Esta importante institución educativa tachirensis fue fundada por Jesús Manuel Jáuregui Moreno, sacerdote y educador, también conocido como Monseñor Jáuregui. La enseñanza en esta institución permitió formar toda una generación de gran influencia en la Venezuela de comienzos del siglo XX¹, de la cual formó parte el Dr. Raúl Crespo Vivas.

Luego de obtener su título de Bachiller, Crespo se trasladó a la ciudad de Caracas, donde cursó estudios universitarios en la Universidad Central de Venezuela, obteniendo el título de Doctor en Ciencias Políticas, el 01 de enero de 1906².

El Dr. Crespo Vivas fue un hombre de Estado que ocupó importantes cargos públicos entre los que se pueden mencionar el de Secretario de Gobierno del Distrito Federal; Delegado por el Distrito Junín del estado Táchira al Primer Congreso de Municipalidades de Venezuela, celebrado en 1911, en Caracas, por la conmemoración del centenario de la independencia de Venezuela, donde formó parte de la Comisión Judicial y de la de Registro Civil; Jurado Principal para los exámenes nacionales para optar al título de Abogado, en la cátedra de Enjuiciamiento Criminal, designado por la Dirección Nacional de Instrucción Superior y Especial del Ministerio de Instrucción Pública; y Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional que elaboró el proyecto de Código Civil de 1916³.

¹ Fundación Empresas Polar. *Diccionario de Historia de Venezuela*. Tomo II, Primera Reimpresión de la Segunda Edición, Caracas, 2011. p. 839.

² <http://www.sicht.ucv.ve:8080/bvirtual/egresados2.jsp?step=1>, consultado el 01 de julio de 2015.

³ Los datos señalados fueron obtenidos de las siguientes fuentes: *Memoria del Ministerio de Instrucción Pública de 1918*, Tomo Segundo. Caracas, Imprenta Nacional, pp. 21 y 22. *El Pensamiento Político Venezolano del Siglo XX. Documentos para su Estudio*. Primer Congreso de Municipalidades de Venezuela, actas y conclusiones, Congreso de la República, Caracas, 1983.

Así, destaca su participación como Delegado por el Distrito Junín del estado Táchira al Primer Congreso de Municipalidades de Venezuela, el cual fue un evento convocado mediante Decreto del 19 de marzo de 1910, por el General Juan Vicente Gómez, para la época Presidente provisional de la República. Al mismo, acudieron representantes de todos los concejos municipales del país y dio como resultado la elaboración de informes y Resoluciones donde se daba cuenta de la necesidad de mejorar el funcionamiento del Estado, mediante la creación de importantes servicios públicos, o la mejora de los existentes. Lamentablemente, muchas de las recomendaciones no fueron tomadas en cuentas. Sin embargo, vale la pena señalar que las reformas propuestas han sido retomadas prácticamente en todos los programas de desarrollo aplicados en Venezuela⁴.

En cuanto a su obra escrita podemos decir que su principal preocupación fueron los temas relacionados con el proceso judicial, especialmente el referido al de enjuiciamiento criminal. Algunas de sus obras más relevantes son: “Confesión en Materia Criminal”, “Prueba Circunstancial (En el Enjuiciamiento Criminal)”, “Sobre Indicios”⁵.

En este punto quisiéramos detenernos en una obra muy particular denominada: Asunto Caraballeda “Juan Díaz”, ya que ella evidencia el respeto que sus contemporáneos sentían por el Dr. Raúl Crespo Vivas. En efecto, esta obra es una opinión jurídica que fuera solicitada por el Gobernador del Distrito Federal a los Dres. Raúl Crespo Vivas, Argimiro Albornoz y Ramón Gómez Valero sobre una disputa entre los indios de Caraballeda y los propietarios de la hacienda “Juan Díaz”, por la propiedad de unas tierras ubicadas en la zona de Caraballeda, la cual fue evacuada el 21 de marzo de 1916, y cuya publicación fue ordenada por las autoridades regionales de la época.

De esta obra se desprende el amplio conocimiento que los autores tenían sobre temas del derecho público y privado de la época; incluso en este texto se analizan documentos propios del derecho indiano, que

⁴ Fundación Empresas Polar, ob. cit., Tomo I, p. 977.

⁵ *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal* n° 5, 1995. Relación Sistemática de Obras, Monografías y Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal Venezolanos 1856-1956.

siguieron regulando situaciones jurídicas mucho después de lograda la independencia. Ello como consecuencia de que para dar solución al problema planteado fue necesario analizar documentos emanados de las autoridades españolas durante el siglo XVII.

Por último, vale la pena señalar, como anécdota curiosa, que, actuando en funciones de Secretario de Gobierno del Distrito Federal, el Dr. Raúl Crespo Vivas fue quien firmó el permiso de conducir del ciudadano Fernando Bustamante, quien atropelló al Dr. José Gregorio Hernández, el 29 de junio de 1919. Es importante considerar que el abogado defensor del señor Bustamante, fuera el también miembro fundador de esta Academia el Dr. Pedro Manuel Arcaya.

Finalmente, y como ya mencionamos, nuestro antecesor más remoto fue electo como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para ocupar el sillón N.º 18, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley de Creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de fecha 16 de junio de 1915, el cual desempeñó hasta el 10 de abril de 1920, fecha de su fallecimiento.

II. ENRIQUE URDANETA MAYA



El segundo hombre en resultar electo como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para ocupar el sillón N.º 18, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, fue el Dr. Enrique Urdaneta Maya, quien resultó electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1921, y se incorporó en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924. Además, en vida fue abuelo del hoy académico Enrique Urdaneta Fontiveros, quien ocupa actualmente el sillón N.º 5 de esta Corporación.

El Dr. Urdaneta Maya se graduó de abogado en la Universidad de Los Andes (ULA), donde obtuvo el título de Doctor en Ciencias Políticas en 1891; y luego recibió el título de Abogado en 1897. Ejerció su

profesión en Trujillo, iniciándose allí en las luchas políticas regionales al lado del general Leopoldo Baptista.

En 1910 el Dr. Urdaneta Maya se trasladó a Caracas, llamado por Baptista. Fue miembro principal de la Corte Federal y de Casación, cargo que ejerció durante 8 años (1910-1918); fue Secretario General de Gobierno: Secretario del militar tachirense y Presidente de Venezuela, Juan Vicente Gómez (1857-1935); diputado y senador, Presidente de las Cámaras de Diputados y de Senadores⁶.

Sobre la actividad del Dr. Urdaneta Maya en el Congreso, dijo en su discurso de incorporación el Dr. Francisco Vetancourt Aristiguieta, que *“sobresalió por la elegancia de sus discursos, ya tratando de temas económicos, ya sosteniendo con firmeza su credo político”*⁷.

Es preciso resaltar que no se limitó el Dr. Vetancourt Aristiguieta, en lo que llamó el *“elogio ritual a su intensa actuación en las ciencias jurídicas”*, sino que aprovechó tan importante momento para destacar, igualmente, las bondades humanas de su predecesor. Señaló en aquel discurso del 15 de enero de 1935, su ponderado juicio, su gentileza, dijo Vetancourt Aristiguieta, representativo de épocas en que la caballerosidad era obligatoria manifestación de cultura. Además, quiso el recipiendario observar en aquella oportunidad algo que nos parece importante *“su amistad, que no conoció variaciones, y la autoridad con que fundó un hogar prez orgulloso de la sociedad venezolana”*⁸.

Igualmente se destacó el Dr. Urdaneta Maya como docente, y escritor, siendo prologuista del libro *“Comentarios al Código de Procedimiento Civil”* del maestro Arminio Borjas (1868-1942). Urdaneta Maya auspició la creación de los Obisposados de San Cristóbal, Edo. Táchira; Valencia, Edo. Carabobo; Coro, Edo. Falcón y Cumaná, Edo. Sucre. Dio discursos célebres, entre los que destacan el pronunciado en el Centenario de la Independencia de Venezuela, y en el campo de Carabobo el

⁶ Fundación Empresas Polar. *Diccionario de Historia de Venezuela* (DHV), consultado en la siguiente dirección electrónica: bibliofep.fundacionempresaspolar.org/dhv/entradas/u/urdaneta-maya-enrique/

⁷ Academia de Ciencias Políticas y Sociales. *Discursos pronunciados en la recepción pública del Dr. Francisco Vetencourt Aristeguieta, el 15 de enero de 1935*. Editorial Sur América, Caracas, 1935, p. 4.

⁸ *Ibidem*.

24 de junio de 1921, sobre los que Vetancourt Aristiguieta, tuvo el tino de sostener que encendieron el fuego del recuerdo heroico.

Lamentablemente en 1925, Urdaneta Maya, sufrió un derrame cerebral que le impidió ejercer la profesión y cargos en el gobierno, y posteriormente falleció en Caracas, el 19 de enero de 1928.

III. JOSÉ ANTONIO TAGLIAFERRO



Luego del sentido fallecimiento de un gran jurista, como sin duda fue el Dr. Enrique Urdaneta Maya, quienes integraban la Corporación para aquella época, tuvieron el coraje de elegir a un hombre sabio, a pesar de no ser abogado. En este caso, se trata de un hombre de muchas virtudes, ya que fue médico, hombre de letras, pero sobre todo un gran estadista, que ocupó muy altos cargos al servicio de la República, los cuales ejerció con honradez y rectitud, y por lo cual, muy seguramente, sus entonces compañeros académicos le eligieron.

El joven José Antonio Tagliaferro fue alumno fundador del Colegio Sagrado Corazón de Jesús de la Grita, estado Táchira, en donde los datos históricos sugieren que fue discípulo de monseñor Jesús Manuel Jáuregui. Desde muy joven mostró talento para las letras, por lo que se dedicó a fundar revistas literarias en su pueblo natal.

Algunos años después viajó a Italia, la tierra natal de sus padres, en donde se graduó de médico cirujano en la Universidad de Pisa (Italia) el 16 de julio de 1895, siendo presidente de la Federación de Estudiantes Italianos y candidato a diputado, ya que por ser hijo de italianos tenía esa nacionalidad. En 1896 se estableció en Roma donde siguió el curso de Médico Higienista.

Ese mismo año regresó a Venezuela y en 1914 se radicó definitivamente en Caracas. Fue individuo de número de la Academia Nacional de Medicina, incorporándose a esta institución el 4 de julio de 1918. Director de Sanidad Nacional en 1917. Vicepresidente de la Unión Panamericana (1920), además de senador por el estado Trujillo (1922,

1925, 1928-1929, 1931), presidente del Congreso Nacional de Venezuela, secretario general de gobierno del estado Trujillo, fundador de la Compañía Eléctrica y del hospital de Valera.

No podemos dejar de lado su vocación literaria que lo llevó a fundar y dirigir en 1918 la revista *Cultura Venezolana*, la cual apareció ininterrumpidamente hasta su muerte en 1932 y en donde colaboraron los más prestigiosos intelectuales venezolanos de la época⁹.

Lamentablemente, José Antonio Tagliaferro, tal como sucediera con el del Dr. Raúl Crespo Vivas, no se pudo incorporar formalmente a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, razón por la cual, el académico Vetancourt Aristiguieta, quien lo sucedería, también incluyó en su discurso de incorporación unas palabras de alabanza sobre este destacado médico venezolano, sobre quien dijo que *“llevó al orbe de las letras el esplendor de las de la Patria”*, hermosa frase con la que describió su trabajo por visibilizar a los escritores venezolanos. Igualmente, incluyó importantes comentarios sobre su trabajo legislativo, por lo que no dudó en afirmar que *“en muchas leyes dejó el sello de su pensamiento ilustrado, de su preparación, aun en ciencias ajenas a las que profesó”*.

Finalmente concluyó Vetancourt Aristiguieta, describiendo a quien hoy recordamos como culto, caballeroso, ávido siempre de acción, *“ha de recordarlo la historia de la cultura contemporánea en frases con dignas de su vida”*.

IV. FRANCISCO VETANCOURT ARISTIGUIETA

El Dr. Francisco Vetancourt Aristiguieta fue electo en sesión ordinaria de 16 de junio de 1932. Se incorporó a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 15 de enero de 1935, con el discurso de incorporación «La ideología política del patriciado civil», contestado por el Dr. Celestino Farrera en nombre de la Corporación.

⁹ Fundación Empresas Polar. *Diccionario de Historia de Venezuela* (DHV), consultado en la siguiente dirección electrónica: <https://bibliofep.fundacionempresaspolar.org/dhv/entradas/t/tagliaferro-jose-antonio/>

El Dr. Vetancourt Aristiguieta, fue abogado, autor de muchas obras, especialmente de derecho internacional y político. En efecto, dedicó gran parte de su vida a la función pública, desempeñando los más altos cargos que un jurista pueda alcanzar. Ejerció como Diputado al Congreso Nacional, y Presidente de la Cámara, Presidente de la comisión permanente de Relaciones Exteriores, miembro de la Comisión de Estudios Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Delegado de Venezuela al Consejo de Jurisconsultos Americanos, Representante de Venezuela ante el Comité Jurídico Interamericano, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en el Ecuador, en el Perú y Embajador Especial en varias oportunidades.

En su condición de Presidente de la Comisión Permanente de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados, el Dr. Vetancourt Aristiguieta tuvo la oportunidad de emitir sus opiniones con motivo del primer debate, para su aprobación, de la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y el Texto de los Acuerdos Provisionales concertados en San Francisco sobre organización internacional.

El homenaje que hoy realizamos no podría considerarse completo, si no recordamos, por lo menos parcialmente, las más destacadas obras de quien, a mediados de siglo, nos precediera en el sillón N.º 18. En efecto, algunas de las obras fundamentales, contentivas del pensamiento jurídico de este prolijo académico, son las siguientes:

1. Nacionalización, Naturalización y Ciudadanía. Colaboración a la Décima Conferencia Interamericana, reunida en Caracas en 1954.
2. Bello Internacionalista y Diplomático. Este trabajo fue leído por él mismo en la Sesión Conjunta de las Academias de Ciencias Políticas y Sociales, de la Lengua y de Medicina, celebrada con motivo del 160º aniversario del natalicio de Andrés Bello.
3. Páginas para la Historia de la Hacienda Pública en Venezuela, Reseña Histórica.

Lamentablemente el Dr. Vetancourt Aristiguieta falleció, prematuramente, el 3 de diciembre de 1953.

V. JOSÉ LORETO ARISMENDI (HIJO)



El Dr. José Loreto Arismendi (hijo) resultó electo en sesión ordinaria de 15 de marzo de 1954. Se incorporó en el sillón N.º el 28 de junio de 1954, con un Discurso de Incorporación «Bases para una teoría de la Empresa Mercantil», contestado por el Dr. Ángel Francisco Brice.

El doctor Arismendi nació en Caracas el 10 de abril de 1898. Fueron sus padres el Dr. José Loreto Arismendi Rausseo y la señora Ana Teresa Arismendi de la Plaza. Estudió la Primaria en el Colegio de los Padres Franceses y el Bachillerato en el liceo Caracas. Culminó sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela. Posteriormente, cursó tres años de postgrado en Derecho Mercantil Comparado, en la Universidad de París y la correspondiente tesis de grado lo hizo acreedor al título venezolano de Doctor en Ciencias Políticas que recibió en el año 1924.

Durante doce años prestó servicio en la Consultoría Jurídica de la Gobernación del Distrito Federal. Posteriormente, ejerció privadamente la profesión de abogado durante largos periodos; al frente de Despachos Ministeriales dedicó importantes esfuerzos a la elaboración de proyectos y normas jurídicas, y, al mismo tiempo, enseñó Derecho en la Universidad y se dedicó a producir una abundante obra escrita.

Como nos recuerda el Dr. Aguilar Gorrondona, en el correspondiente panegírico, leído el día de su ilustre incorporación a esta Corporación¹⁰, el Dr. José Loreto Arismendi hijo era bisnieto por línea paterna del General José Loreto Arismendi y por línea materna, del General Juan Bautista Arismendi y de su segunda esposa, doña Luisa Cáceres de Arismendi. Pero el doctor José Loreto Arismendi hijo no siguió la vocación militar de sus bisabuelos, sino que tuvo el valor para seguir los mismos caminos de su padre, ilustre jurista venezolano, que fuera en vida reconocido Individuo de Numero de esta Corporación.

¹⁰ Discurso de incorporación del Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, consultando en el web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que puede consultarse en el siguiente enlace: www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/sillo

Así José Loreto Arismendi, al igual que su padre, fue un hombre de leyes, dedicado especialmente al Derecho Privado; profesor de la Universidad Central de Venezuela. Importante empeño, lo constituyó la actualización del “Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles”, escrito por su padre, el doctor Arismendi Rausseo, revisado, aumentado y adaptado a la legislación vigente por su hijo. No obstante, José Loreto Arismendi hijo, continuó el estudio de las sociedades en su tratado sobre “La Compañía de Responsabilidad Limitada en Venezuela”, y en su trabajo sobre “Las Sociedades Mercantiles de Hecho e Irregulares”, y posteriormente publicó “Bases para una Teoría de la Empresa Mercantil”.

Tal como lo recordara el Académico Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, esas obras demostraron que el hijo supo ver en las metas alcanzadas por el padre, no una limitación sino un punto de partida. Lamentablemente murió el 20 de diciembre de 1979.

VI. JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA



El Dr. José Luis Aguilar Gorrondona fue electo en sesión ordinaria de 30 de abril de 1980. Se incorporó a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 30 de abril de 1982, con un trabajo sobre las «Bases Jurídicas de los Regímenes aplicables a las personas de edades avanzadas», que fue contestado por el académico Gonzalo Parra Aranguren en nombre de la Corporación.

El Dr. José Luis Aguilar Gorrondona fue abogado de la Universidad Central de Venezuela, egresado *Summa Cum Laude* y doctor en Ciencias Políticas. Fue Presidente del Colegio de Abogados del Distrito Federal, de la Comisión de Codificación, Legislación y Jurisprudencia y de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El Dr. Aguilar Gorrondona ejerció la docencia en la Universidad Central de Venezuela (29 años) y en la Universidad Católica Andrés Bello (25 años) como Profesor en pregrado y postgrado especialmente en las cátedras de Derecho Civil I, II y IV (Personas, Bienes y Derechos

Reales, Contratos y Garantías). En la UCAB fue Decano de la Facultad de Derecho (1959-1971) y Vicerrector (1971). Jubilado de dichas Universidades.

Una vez obtenido el título de doctor en Ciencias Políticas en 1956, el Dr. José Luis Aguilar Gorrondona constituyó su carrera académica y profesional en una referencia esencial en la enseñanza y ejercicio del Derecho en Venezuela, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Un resumen elemental de tales actividades podría hacerse de la siguiente manera:

Aún antes de graduarse, el Dr. Aguilar Gorrondona ingresó al personal docente de la Universidad Central de Venezuela en 1951, pasando luego a dictar un seminario de Derecho Mercantil en 1954, y finalmente al primer Curso de Derecho Civil, materia que constituyó el objeto principal de sus explicaciones de cátedra, donde llegó a ser profesor titular el 1º de octubre de 1961.

Parte fundamental de sus esfuerzos académicos los dedicó hacia la Universidad Católica Andrés Bello, Institución de la Compañía de Jesús, seguramente influenciado por su preceptor Genaro Aguirre. Habiendo impartido las materias de Sociología y Fundamentos de Derecho Privado en la Facultad de Economía desde 1954, su inmensa colaboración en la Facultad de Derecho empezó en 1956, donde fue profesor de “Personas”, “Bienes” y “Contratos y Garantías”. Para alivio de los estudiantes, en 1963 aparecieron publicados sus “Manuales” de “Derecho Civil I – Personas”, y en 1968 el de “Derecho Civil IV – Contratos y Garantías”, los cuales han sido puestos al día y revisados múltiples veces hasta el presente, por su enorme vigencia y valor pedagógico.

Dentro de la Administración Pública el Dr. José Luis Aguilar Gorrondona se desempeñó en la Consultoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas en 1958, y luego en el Ministerio de Educación hasta 1962; también prestó servicios, por contrato, en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y, en el Ministerio de Justicia. Allí, antes y después de ser miembro de la “Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia”, tuvo la oportunidad de trabajar con el Maestro Doctor Roberto Goldschmidt, en la preparación de importantes, proyectos que llegaron a convertirse en leyes de la República, en diversas materias como: fideicomiso, derecho de autor, propiedad por

apartamentos, propiedad horizontal, venta con reserva de dominio, y algunos aspectos del Libro Primero del Código de Comercio.

En la Universidad Católica Andrés Bello, el Dr. Aguilar Gorrondona cumplió elevadas funciones administrativas: Desde el 19 de octubre de 1959 fue por doce años ininterrumpidos Decano de la Facultad de Derecho; también ejerció funciones de Asistente al Rector (1967-1969) y de Vice-Rector Académico, con carácter interino (1969-1971). Esta carrera ascendente, se vio interrumpida por la violenta y amarga crisis de la Universidad Católica Andrés Bello de 1972. Fueron momentos devastadores donde, para contribuir a aplacar la conjura, generosamente decidió apartarse, en gesto de profunda humildad, de su elevado destino en esa Institución Universitaria.

Citando al académico doctor Gonzalo Parra Aranguren, quien contestó el discurso de incorporación del Dr. Aguilar Gorrondona, durante la permanencia de este en el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello *“fueron emprendidas importantes realizaciones: reformó el plan de estudios; se iniciaron por primera vez en Venezuela los Cursos de Post-Grado en Derecho (1963), con tres especialidades: Derecho Privado, Derecho Social, y Ciencias Penales; abrió sus puertas la Escuela de Derecho de la Ciudad de San Cristóbal; y fue resuelto incorporarse a la Organización de Facultades Latinoamericanas de Derecho”*. También agregamos que, en 1965, la Revista de la Facultad vio luz por obra del Doctor José Luis Aguilar Gorrondona.

El Dr. José Luis Aguilar Gorrondona formó parte del Consejo Nacional de Universidades y de su Comisión de Juristas, y asistió en representación del Rector de la Universidad Católica Andrés Bello a varios congresos, de la “Organización de Universidades Católicas” y de la “Federación Internacional de las Universidades Católicas”.

Nuestro eximio causante fue seleccionado para distinguir las promociones de abogados de 1960 y 1974 en la Universidad Católica Andrés Bello, y por quienes egresaron de la Escuela de Derecho, seccional San Cristóbal, en 1968.

Entre muchas otras, el Dr. Aguilar Gorrondona recibió las siguientes condecoraciones: La segunda clase de la Orden Andrés Bello, en 1961. En 1968, el Vaticano, en expresión de gratitud le otorgó la Orden San

Silvestre Papa, en el grado de Comendador. En 1969 recibió la Orden 27 de junio en su segunda clase; la banda de honor de la Orden Andrés Bello en 1972, y en 1980, la Medalla de Oro de la Orden 27 de junio.

El Dr. Aguilar Gorrondona ocupó la presidencia del Colegio de Abogados del Distrito Federal en 1966 y en el período 1966-1968 ejerció la presidencia de su Tribunal Disciplinario.

Por otro lado, ya en ámbito del Poder Judicial, el doctor Aguilar Gorrondona fue Juez Asociado y Arbitro en numerosas decisiones, así como Conjuez y suplente de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia.

Fue distinguido como Doctor Honoris Causa en Educación por la Universidad Católica del Táchira (1993) y por la Universidad Católica Andrés Bello (1994). En la empresa privada se destacó como asesor jurídico de la Electricidad de Caracas y del Banco Consolidado. Sus años finales como profesor de Derecho Civil, transcurrieron en la Universidad José María Vargas, en donde acrecentó su prestigio y leyenda dentro de la Docencia.

Para satisfacer los extremos legales y reglamentarios, una vez designado Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el Dr. Aguilar Gorrondona presentó un trabajo de incorporación, con el propósito de sugerir algunas “Bases jurídicas de los Regímenes Aplicables a las Personas de Edades Avanzadas”, en el cual, desde una aproximación estadística, sociológica y jurídica, dio cuenta de cómo podría concebirse un derecho específico que proteja el servicio prestado y las todavía intactas facultades creadoras de las personas de avanzada edad, invitando a pensar en una rama del Derecho que regule en forma concreta tales situaciones especiales.

En esa especie de prematuro testamento intelectual que constituye su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, José Luis Aguilar Gorrondona, no sólo hizo reivindicar, ya él con 53 años, las fuerzas creadoras y los derechos, inalienables en términos de una vida rica e integralmente vivida, de las personas de edad avanzada, sino que pareciera sugerirnos cuáles serían en la historia de la literatura sus dos genios creadores preferidos: Cervantes y Goethe.

Escribió el doctor Aguilar Gorrondona en su trabajo de incorporación a la Academia en 1982: “*Si hubiera imperado en el mundo un*

régimen que no sólo impusiera el retiro forzoso a los 65 años de edad sino que hubiera logrado excluir de la actividad a tales personas, la cultura y la historia serían hoy muy distintas. Nada diremos por ejemplo de la historia del Papado y de Venecia. Pero nos permitiremos recordar que el Quijote de la Mancha y el Fausto, sólo constarían de una de sus partes... ”.

José Luis Aguilar Gorrondona, fue un hombre excepcional marcado por su amor al estudio y por las enseñanzas de los padres jesuítas. Un hombre de dimensiones intelectuales enormes, difíciles de transmitir en todo su alcance.

En una entrevista que concedió a la publicación “Ámbito Jurídico”, en noviembre de 2007, expresó él mismo que luego de 61 años dedicado a la enseñanza: *“La docencia forma parte de mi manera de ser, de mi vida cotidiana”*, para terminar, sentenciando, en la plenitud de sus años dorados: *“Mi mayor satisfacción es haber contribuido, en alguna medida, a la formación de los estudiantes”*.

En esas dos frases, considero, se condensan las principales notas distintivas de la personalidad de este eminente Maestro: generosidad y humildad, dentro de una profunda sabiduría.

El Dr. José Luis Aguilar Gorrondona murió el 20 de abril de 2011.

VII. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE



Fui electo en sesión de 20 de septiembre de 2011, y me incorporé al sillón N.º 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 7 de mayo de 2013, con un trabajo de incorporación intitulado «El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano», el cual fue contestado por el académico Dr. Humberto Romero-Muci en nombre de la Corporación.

Nacido en Caracas el 23 de agosto de 1959. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello como el número uno de la promoción en 1982. Cursé Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en Francia en la Universidad de París II (Pantheon-Assas) donde

obtuve con mención honorífica el Diploma Superior de la Universidad y el Diploma de Estudios Profundos Especialización en Ciencias Administrativas.

He sido miembro de la Comisión Nacional de Legislación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. Asesor de la Superintendencia de Protección a la libre competencia. Vicepresidente Ejecutivo, Consultor Jurídico del Banco de Venezuela. Asesor Jurídico de la Presidencia del Banco Consolidado. Asesor de la Procuraduría General de la República. Asesor del Magistrado Luis Enrique Farias Mata, en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Jefe del Departamento de Investigaciones y Representación de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República por contrato. Consultor Jurídico del Senado de la República, por contrato. Director de Asesoría del Estado de la Procuraduría General de la República.

Así también, he sido Secretario General de la Junta Directiva de la Alianza Francesa; Presidente de la Asociación Franco Venezolana de Juristas (JURISFRAVEN); Miembro del Consejo Académico de la Revista de Derecho Público; Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo; Miembro del Consejo Científico de la Revista de Derecho Administrativo; Profesor por concurso de credenciales, actualmente con el grado de Asociado, en la Cátedra “Derecho Administrativo II”, en la Universidad Católica Andrés Bello y Socio de la firma “Socorro & Iribarren”. Autor de varios libros y artículos jurídicos en el campo del Derecho Administrativo.

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES DEL PROF.
HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE
7 DE MAYO DE 2013**

La generosidad de los integrantes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela hizo que en sesión celebrada el 20 de septiembre de 2011, resultara electo Individuo de Número para ocupar el sillón N.º 18, vacante por el sensible fallecimiento del Doctor José Luis Aguilar Gorrondona, ocurrido en fecha 22 de abril de 2011. El Dr. Aguilar Gorrondona ocupó este sillón desde el 30 de abril de 1980, llegando a ser Segundo Vicepresidente (1995-1997), Primer Vicepresidente (1997-1999) y Presidente (1999-2001) de este Honorable Cuerpo.

Hoy tengo el honor y la responsabilidad de hacer el elogio de mi predecesor, tal como lo prescribe el Reglamento de esta Corporación, tarea que pretendo acometer dentro de las limitaciones de tiempo, pero teniendo por fortuna como ayuda la extraordinaria dimensión humana, profesional y académica de una persona que ha sido considerada como el padre del Derecho Civil contemporáneo de nuestro país.

Como tuvo a bien relatar el Académico Doctor Gonzalo Parra Aranguren, en su discurso de contestación de abril de 1982, obra que constituye una verdadera exégesis del recipiendario: *“El diecinueve de octubre de 1929 fue bendecido con un niño el matrimonio del Doctor Oscar Aguilar Lameda y de la Señora Jeannette Gorrondona de Aguilar: el nacimiento tuvo lugar en París; donde el padre ejercía funciones diplomáticas; y muy pronto el primogénito estuvo acompañado por tres hermanos: Eduardo, Jorge y Marina.*

La primera infancia del doctor José Luis Aguilar Gorrondona transcurrió en la ciudad de Londres, donde fue trasladado su progenitor en tareas propias del cargo; y desde los primeros años de su existencia pudo compartir la invaluable experiencia de un hogar constituido sobre muy sólidos fundamentos religiosos: sus padres le hicieron conocer el Bien, en el más amplio sentido de la palabra, y ese continuo acopio de diarios acontecimientos representó segura fuente de importantes reservas espirituales.

A los siete años de edad regresa a su patria y entra en definitivo contacto con esta ciudad capital: de inmediato emprende estudios en el Colegio San Antonio, regentado por benéficas monjas franciscanas; y una vez concluido el segundo grado de educación primaria continuaría la escala de aprendizaje ascendente en el Colegio San Ignacio”.

Al final del bachillerato, como la referida institución educativa de los jesuitas sufrió los rigores de la paralización por los convulsos tiempos vividos en esa época, terminó graduándose en el Liceo Andrés Bello. En su época de estudiante, representó como líder al Colegio San Ignacio en las grandes movilizaciones ciudadanas que hubo en Venezuela, luego del 18 de Octubre de 1945, en especial contra el célebre Decreto 321 del 30 de mayo de 1946, que tenía el supuesto propósito de regular adecuadamente las “calificaciones, promociones y exámenes de la Educación Primaria, Secundaria y Normal”. En la familia Aguilar Gorrondona, aún recuerdan que frente a ese Decreto, la rivalidad colegial Loyola/La Salle, quedó a un lado, pasando a ser todos como una sola familia; también recuerdan que el sacerdote jesuita que más influencia ejerció sobre José Luis Aguilar Gorrondona, desde ese entonces, fue el padre Jenaro Aguirre, que era de una posición religiosa y política “extremadamente conservadora”, a decir de su hermano Eduardo Aguilar Gorrondona.

Precisamente en ese año de 1946 obtuvo el premio “Asociación de Antiguos Alumnos” del Colegio San Ignacio por ser el alumno del último año de bachillerato que más se ha distinguido en el tiempo escolar.

Como refiere el ya citado discurso de contestación del Académico Doctor Gonzalo Parra Aranguren: *“Acto continuo dirigió sus pasos a la Universidad Central de Venezuela: su permanencia en los claustros fue interrumpida por el transitorio cierre del Alma Mater; como violenta represalia por subyugar un frenético activismo político; pero reiniciadas las actividades docentes tuvo la inmensa satisfacción, en 1954 de finalizar los estudios con los máximos honores, Summa Cum Laude. Sin embargo, el Título de Doctor en Ciencias Políticas sólo le fue conferido dos años más tarde, luego de dedicar incontables horas a la preparación de una extensa obra sobre la “Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano” y la “Necesidad de Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano”:*

la tesis de grado del Doctor José Luis Aguilar Gorrondona, constituyó un examen sin precedentes de la materia, en dos monografías autónomas, y, por sus indiscutibles méritos, fue ordenada su publicación por el jurado examinador.

Inevitables aconteceres de la vida humana representaron la inmediata fuente de inspiración de su obra jurídica: desde 1944 la definitiva ausencia de una madre irremplazable le había impuesto adiestrarse en el cuidado de los hermanos menores; y siete años después tuvo que asumir en toda su plenitud las nuevas tareas, cuando el Dr. Oscar Aguilar Lameda entregó su espíritu al supremo creador en la ciudad de Rio de Janeiro, en continuo servicio al Ministerio de Relaciones Exteriores. Algunos meses antes había fallecido su segunda esposa, señora María Luisa Rivodó de Aguilar; y el fruto de estas nupcias, de nombre Gonzalo, se vio igualmente protegido por el benévolo manto del primogénito, con el carácter de tutor y constituido ya en jefe legal de la familia.

Fue una difícil etapa para el Doctor José Luis Aguilar Gorrondona. Sin embargo, tuvo la fortuna de verse acompañado por el afecto sin límites de una hermosa jovencita, Luisa Elena Pardo, con quien contrajo matrimonio el 6 de agosto de 1954; y también encontró sustento espiritual en los consejos y palabras de aliento de su padre político, el doctor Edgar Pardo Stolk.

Ciertamente la divina providencia ha sido muy generosa con el Doctor José Luis Aguilar Gorrondona: una mirada retrospectiva hacia el pasado representa motivo de legítimo orgullo y de una inmensa satisfacción. Todos los hermanos son personas de bien en grado sumo; y su propia familia se vio incrementada por Oscar Andrés, Luis Alejandro y Luisa Elena (tristemente fallecida en fecha reciente)...”.

Una vez obtenido el título de doctor en Ciencias Políticas en 1956, su carrera académica y profesional lo ha constituido en una referencia esencial en la enseñanza y ejercicio del Derecho en Venezuela, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Un resumen elemental de tales actividades podría hacerse de la siguiente manera:

Aún antes de graduarse, ingresó al personal docente de la Universidad Central de Venezuela en 1951, pasando luego a dictar un seminario de Derecho Mercantil en 1954, y finalmente al primer Curso de

Derecho Civil, materia que ha constituido el objeto principal de sus explicaciones de cátedra, donde llegó a ser profesor titular el 1º de octubre de 1961.

Parte fundamental de sus esfuerzos académicos los dedicó hacia la Universidad Católica Andrés Bello, Institución de la Compañía de Jesús, seguramente influenciado por su preceptor Jenaro Aguirre. Habiendo impartido las materias de Sociología y Fundamentos de Derecho Privado en la Facultad de Economía desde 1954, su inmensa colaboración en la Facultad de Derecho empezó en 1956, donde fue profesor de “Personas”, “Bienes” y “Contratos y Garantías”. Para alivio de los estudiantes, en 1963 aparecieron publicados sus “Manuales” de “Derecho Civil I-Personas”, y en 1968 el de “Derecho Civil IV-Contratos y Garantías”, los cuales han sido puestos al día y revisados múltiples veces hasta el presente, por su enorme vigencia y valor pedagógico.

En la Universidad Católica Andrés Bello, cumplió elevadas funciones administrativas: Desde el 19 de octubre de 1959 fue por doce años ininterrumpidos Decano de la Facultad de Derecho; también ejerció funciones de Asistente al Rector (1967-1969) y de Vice-Rector Académico, con carácter interino (1969-1971). Esta carrera ascendente, se vio interrumpida por la violenta y amarga crisis de la Universidad Católica Andrés Bello de 1972. Fueron momentos devastadores donde, para contribuir a aplacar la conjura, generosamente decidió apartarse, en gesto de profunda humildad, de su elevado destino en esa Institución Universitaria.

Citando una vez más al Académico Doctor Gonzalo Parra Aranguren, durante la permanencia de José Luis Aguilar Gorrondona en el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello *“fueron emprendidas importantes realizaciones: reformó el plan de estudios; se iniciaron por primera vez en Venezuela los Cursos de Post-Grado en Derecho (1963), con tres especialidades: Derecho Privado, Derecho Social, y Ciencias Penales; abrió sus puertas la Escuela de Derecho de la Ciudad de San Cristóbal; y fue resuelto incorporarse a la Organización de Facultades Latinoamericanas de Derecho”*. También agregamos que en 1965, la Revista de la Facultad vio luz por obra del Doctor José Luis Aguilar Gorrondona.

Formó parte del Consejo Nacional de Universidades y de su Comisión de Juristas, y asistió en representación del Rector de la Universidad Católica Andrés Bello a varios congresos, de la “Organización de Universidades Católicas” y de la “Federación Internacional de las Universidades Católicas”.

Nuestro eximio causahabiente fue seleccionado para distinguir las promociones de abogados de 1960 y 1974 en la Universidad Católica Andrés Bello, y por quienes egresaron de la Escuela de Derecho, seccional San Cristóbal, en 1968.

Entre muchas otras, recibió las siguientes condecoraciones: La segunda clase de la Orden Andrés Bello, en 1961; en 1969 la Orden 27 de junio en su segunda clase; la banda de honor de la Orden Andrés Bello en 1972, y en 1980, la Medalla de Oro de la Orden 27 de junio. En 1968, el Vaticano, en expresión de gratitud le otorgó la Orden San Silvestre Papa, en el grado de Comendador.

Ocupó la presidencia del Colegio de Abogados del Distrito Federal en 1966 y en el período 1966-1968 ejerció la presidencia de su Tribunal Disciplinario.

Dentro de la Administración Pública el Doctor José Luis Aguilar Gorrondona, se desempeñó en la Consultoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas en 1958, y luego en el Ministerio de Educación hasta 1962; también prestó servicios, por contrato, en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y, en el Ministerio de Justicia. Allí, antes y después de ser miembro de la “Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia”, tuvo la oportunidad de trabajar con el Maestro Doctor Roberto Goldschmidt, en la preparación de importantes, proyectos que llegaron a convertirse en leyes de la República, en diversas materias como: fideicomiso, derecho de autor, propiedad por apartamentos, propiedad horizontal, venta con reserva de dominio, y algunos aspectos del Libro Primero del Código de Comercio.

Por otro lado, ya en ámbito del Poder Judicial, el doctor Aguilar Gorrondona fue Juez Asociado y Árbitro en numerosas decisiones, así como Conjuez y suplente de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia.

Fue distinguido como Doctor Honoris Causa en Educación por la Universidad Católica del Táchira (1993) y por la Universidad Católica

Andrés Bello (1994). En la empresa privada se destacó como asesor jurídico de la Electricidad de Caracas y del Banco Consolidado. Sus años finales como profesor de Derecho Civil, transcurrieron en la Universidad José María Vargas, en donde acrecentó su prestigio y leyenda dentro de la Docencia.

Para satisfacer los extremos legales y reglamentarios, una vez designado Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, presentó un trabajo de incorporación, con el propósito de sugerir algunas “Bases jurídicas de los Regímenes Aplicables a las Personas de Edades Avanzadas”, en el cual, desde una aproximación estadística, sociológica y jurídica, da cuenta de cómo podría concebirse un derecho específico que proteja el servicio prestado y las todavía intactas facultades creadoras de las personas de avanzada edad, invitando a pensar en una rama del Derecho que regule en forma concreta tales situaciones especiales.

En esa especie de prematuro testamento intelectual que constituye su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, José Luis Aguilar Gorrondona, no sólo hace reivindicar, ya él con 53 años, las fuerzas creadoras y los derechos, inalienables en términos de una vida rica e integralmente vivida, de las personas de edad avanzada, sino que pareciera sugerirnos cuáles serían en la historia de la literatura sus dos genios creadores preferidos: Cervantes y Goethe.

Escribió el doctor Aguilar Gorrondona en su trabajo de incorporación a la Academia en 1982: *“Si hubiera imperado en el mundo un régimen que no sólo impusiera el retiro forzoso a los 65 años de edad sino que hubiera logrado excluir de la actividad a tales personas, la cultura y la historia serían hoy muy distintas. Nada diremos por ejemplo de la historia del Papado y de Venecia. Pero nos permitiremos recordar que el Quijote de la Mancha y el Fausto, sólo constarían de una de sus partes...”*

Curiosa referencia la que nos señala el Doctor Aguilar. Cervantes, en el Quijote, dibuja principalmente el mundo de las ilusiones y los más heroicos ideales de una existencia donde imperan los valores sempiternos de la Justicia, la Verdad y la Belleza. Sobre el Loco Genial sentenció Unamuno: *“hay que rescatar el sepulcro del caballero de la locura del poder de los hidalgos de la razón que lo tienen secuestrado”*.

Por contraste, Goethe, rescatando unos viejos cuentos germánicos, nos lleva a un paseo por el inframundo, donde el doctor Fausto vende su alma al Diablo a cambio de juventud, placeres y poderes terrenales. ¿Qué nos quiso decir con tal antonimia, ese día de abril de 1982 cuando se incorporó a la Academia, el doctor Aguilar?

José Luis Aguilar Gorrondona, fue un hombre excepcional marcado por su amor al estudio y por las enseñanzas de los padres jesuitas. Un hombre de dimensiones intelectuales enormes, difíciles de transmitir en todo su alcance. Eso hemos tratado de hacer hoy.

En una entrevista que concedió a la publicación “Ámbito Jurídico”, en noviembre de 2007, expresó él mismo que luego de 61 años dedicado a la enseñanza: *“La docencia forma parte de mi manera de ser, de mi vida cotidiana”*, para terminar sentenciando, en la plenitud de sus años dorados: *“Mi mayor satisfacción es haber contribuido, en alguna medida, a la formación de los estudiantes”*.

En esas dos frases, considero, se condensan las principales notas distintivas de la personalidad de este eminente Maestro: generosidad y humildad, dentro de una profunda sabiduría.

Hoy, en solemne acto, estamos celebrando su vida y obra. Lo que nos lleva a una reflexión final, en este momento de aparente sucesión, sobre la vida y la muerte. Creo que una clave para hacer esta tarea puede ser una lectura sobre un texto de Jorge Luis Borges que se titula “Abramowicz”, escrito para celebrar un aniversario de su difunto amigo Maurice Abramowicz, compañero dilecto de copas y cavilaciones.

Ese texto dice: *“Esta noche, no lejos de la cumbre de la colina de Saint Pierre, una valerosa y venturosa música griega nos acaba de revelar que la muerte es más inverosímil que la vida y que, por consiguiente, el alma perdura cuando su cuerpo es caos. Esto quiere decir que María Codama, Isabelle Monet y yo no somos tres como ilusoriamente creíamos.*

Somos cuatro, ya que tú también estás con nosotros, Maurice. Con vino rojo hemos brindado a tu salud. No hacía falta tu voz, no hacía falta el roce de tu mano ni tu memoria. Estabas allí, silencioso y sin duda sonriente, al percibir que nos asombraba y maravillaba ese hecho tan asombroso de que nadie puede morir. Estabas ahí, a nuestro lado y contigo las muchedumbres de quienes duermen con sus padres, según

se lee en las páginas de tu Biblia. Contigo estaban las muchedumbres de las sombras que bebieron en la fosa ante Ulises y también Ulises y también todos los que fueron o imaginaron los que fueron. Todos estaban ahí, y también mis padres y también Heráclito y Yorick. Cómo puede morir una mujer o un hombre o un niño, que han sido tantas primaveras y tantas hojas, tantos libros, y tantos pájaros y tantas mañanas y noches.

Esta noche puedo llorar como un hombre, puedo sentir que por mis mejillas las lágrimas resbalan, porque sé que en la tierra no hay una sola cosa que sea mortal y que no proyecte su sombra. Esta noche me has dicho sin palabras, Abramowicz, que debemos entrar en la muerte como quien entra en una fiesta”.

Con esto quiero decir que José Luis Aguilar Gorrondona no ha muerto, porque su Alma corre eterna en el Cuerpo de esta Academia, y que sigue vivo en su esposa, Luisa Elena, en sus hijos y en los hijos de sus hijos, en sus hermanos, en sus amigos, y en las legiones de alumnos que educó, como hombre de conocimiento en el esplendor de su humilde sabiduría, y que este acto que celebramos hoy, es sólo una prolongación de su luminosa existencia.

Desde una perspectiva racional o cartesiana, el estudio realizado pretende dar cuenta, a la luz del Derecho Público Venezolano, del “Principio de Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas”, el cual constituye un límite al ejercicio del Poder Público, y que conjuntamente con el Principio de la Separación de Poderes, y, el Principio de la Legalidad, informan el contenido esencial de la noción de “Estado de Derecho”. A otras conclusiones se llegaría si este asunto fuese considerado con el método de pensamiento Hegeliano o Marxista donde el derecho, como se le concibe modernamente, es, en el contexto de la “lucha de clases”, una superestructura del Estado Burgués, que debe ser destruida. Pero este no es en puridad el caso, al menos todavía, en Venezuela.

De este modo, se ha pretendido dejar en evidencia el funcionamiento práctico del “Principio de Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas”, a través de la teoría de los llamados “Derechos Públicos Subjetivos”, sistematizado por el profesor Eduardo García de Enterría, quien al considerar este tema, lo divide en dos grandes categorías: “Los

Derechos Públicos Subjetivos Típicos” y “Los Derechos Públicos Subjetivos Atípicos o Reaccionales”.

En cuanto a los Derechos Públicos Subjetivos Atípicos o Reaccionales, se pasa revista a la formación del contencioso administrativo en Venezuela, lo cual nos lleva al análisis de la transformación de las antiguas “apelaciones” previstas en Leyes especiales, en verdadero contencioso administrativo, y a revisar la legitimación activa en el contencioso administrativo venezolano.

Siendo ello así, se ubica al contencioso administrativo venezolano en cuatro períodos, a saber: i) Período de gestación (1811-1893), ii) Período de nacimiento (1893-1953), Período de involución conceptual y de ligeros avances procedimentales (1953-1961), y Período de renacimiento y consolidación (1961-fecha)

Dentro de este último período, el cual se extiende hasta la presente fecha, cobran relevancia dos acontecimientos de marcada importancia para el Derecho Público en Venezuela, que merecen ser destacados, *primero* la promulgación de la Constitución de 1961, cuyo artículo 206 estableció las bases fundamentales de nuestro sistema contencioso administrativo; y, *segundo*, la consolidación del sistema por obra de la jurisprudencia tanto de la Sala Plena como de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, que se perfeccionó con la Ley Orgánica de la Corte Suprema Justicia del 30 de julio de 1976, vigente a partir del 1^a de enero de 1977, y que reguló de manera transitoria el contencioso administrativo en Venezuela, hasta el año 2004, cuando por mandato de la Constitución de 1999, se dictó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y más recientemente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010).

Es precisamente, después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema Justicia, que ocurrió uno de los hechos históricos de mayor trascendencia en la formación del contencioso administrativo en Venezuela, al mejor estilo del Consejo de Estado Francés. Por obra de la jurisprudencia, el once de mayo de 1981, las apelaciones ante la Corte, de las decisiones de los Ministros y otros órganos administrativos, entendidas de una manera u otra como “recursos jerárquicos impropios”, dejaron definitivamente de existir de ese modo.

En efecto, bajo una magistral ponencia de la doctora Josefina Calcaño de Temeltas, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fallo recaído en el caso PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS INC contra Resolución del Ministro de Transporte y Comunicaciones, sentenció a muerte al recurso jerárquico impropio, y, en su lugar erigió al recurso contencioso administrativo.

En este fallo se afirma que al haber instituido el constituyente en la Carta Fundamental de 1961 “Un sistema contencioso-administrativo con rasgos perfectamente delineados”, luce evidente, siempre a juicio de la Corte, *“que en el estado de nuestra legislación no pueden subsistir o coexistir anómalamente tales ‘apelaciones’, en la forma y con el tratamiento que se les ha dispensado hasta el presente, al lado del recurso contencioso-administrativo de anulación, que es el medio de impugnación por antonomasia contra los actos ilegales de las autoridades administrativas”*.

En fin, afirmó la Corte, *“al presente, CUANDO UN CUERPO LEGAL ESPECIAL CONCEDE APELACIÓN CONTRA UN ACTO ADMINISTRATIVO POR ANTE UN ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEBE ENTENDERSE QUE SE TRATA EN SU LUGAR DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN Y DESARROLLADO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”* (mayúsculas de la propia sentencia).

Así, en términos generales, ha quedado descrito cómo se formó la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana, especialmente con la interpretación que la jurisprudencia dio a las “apelaciones” antes llamadas “recursos jerárquicos impropios”, y el aporte que esto significó para estructurar una de las ramas de la Teoría General de los Derechos Públicos Subjetivos, llamados “reaccionales”, impugnatorios o atípicos, por el profesor García de Enterría: la de la existencia de una jurisdicción, la “contencioso administrativa”, ante la cual se pueda pretender la nulidad de los actos administrativos.

El segundo de los elementos analizados como parte de los denominados “Derechos Públicos Subjetivos Atípicos o Reaccionales”, es el referente a la legitimación para la impugnación de actos administrativos y aunque en el presente trabajo se da cuenta de la situación en cuanto

a la legitimación para impugnar actos administrativos generales, actos administrativos individuales, y los actos administrativos que se dictan en el curso de un relación contractual, bien en la formación o ejecución de los denominados “contratos administrativos”, es decir, la “Teoría de los Actos Separables”, a los efectos del presente discurso nos referiremos concretamente a la legitimación exigida para la impugnación de actos administrativos individuales, ya que éstos son los que afectan en forma directa la esfera de derechos subjetivos de los administrados y en consecuencia los de mayor recurribilidad ante el contencioso administrativo.

En este sentido, se hace notar nuevamente el origen pretoriano del Derecho Administrativo venezolano, al ser la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, por obra de sus grandes decisiones, la que fue moldeando las bases estructurales del contencioso administrativo, en este caso, al dotar de contenido jurídico el dispositivo técnico contenido en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976. Así, en el caso Iván Pulido Mora contra un acto administrativo emanado del Contralor General de la República, la Sala Político-Administrativa en fecha 3 de octubre de 1985, con ponencia del Magistrado Doctor Luis Henrique Farías Mata, sentó que:

“En el procedimiento contencioso administrativo de legalidad contra actos particulares la solución es intermedia, ni tan amplia como el recurso de inconstitucionalidad, ni tan limitada como en el proceso civil. Habida cuenta de que cobra carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo son admitidos a recurrir en vía contencioso-administrativa: de una parte los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la Administración con el particular, en virtud de los cuales resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. 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. Más 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 ‘subjetivo’, pues se protege la integridad de la norma sólo en función de las situaciones jurídicas subjetivas finalmente alteradas” (Páginas 15 y 16 del texto original del fallo).

Estos criterios de los que venimos hablando quedaron reiterados en la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004), (artículo 21 parágrafo 9).

Por último, debemos señalar que la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010, en cuanto al requisito de la legitimación activa para recurrir contra los actos administrativos, expresa en su artículo 29 que están legitimadas para actuar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “*todas las personas que tengan un interés jurídico actual*”, lo que a nuestro juicio, constituye un avance, ya que amplía la legitimación para la impugnación de actos administrativos, en armonía con el precepto constitucional de acceso a la justicia, contenido en el artículo 26 de la vigente Constitución de 1999.

En este sentido, debemos señalar que sólo resta esperar que la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, interprete acertadamente este avance legislativo, sin menoscabo de la noción jurisprudencial de la “especial situación de hecho”, originada en el mencionado fallo “Iván Pulido Mora”.

Con esto pensamos que queda suficientemente tratado lo referente a los Derechos Públicos Subjetivos Reaccionales o Impugnatorios o, más bien, Atípicos. Pasemos de seguidas a analizar la otra vertiente de los Derechos Públicos Subjetivos: lo que la doctrina ha dado en llamar Derechos Públicos Subjetivos Típicos, en el entendido de que ambas

categorías son expresiones del Principio del Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas, tercer pilar del “Estado de Derecho”.

En esta segunda parte, analizamos lo relacionado con el principio de la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado, a la luz de la jurisprudencia clásica en la materia y de las sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa durante el período comprendido entre los años dos mil (2000) y dos mil doce (2012). Así mismo, se analiza lo referente al principio de irretroactividad de las normas jurídicas, con especial referencia a la aplicación del principio a los actos administrativos y también el principio confianza legítima o expectativa plausible.

En cuanto al desarrollo de la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado, luego de ubicar el origen histórico de esta figura, y quizás de todo el derecho administrativo en el célebre fallo “Blanco”, emanado del Tribunal de Conflictos francés del 8 de febrero de 1873, donde se dejó establecido que esa responsabilidad “no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil” y que “ella tiene sus reglas especiales”, se avanza en el estudio de esta institución en el derecho venezolano.

Dicho análisis parte de los entonces vigentes artículos 47 y 206 de la Constitución de 1961; y 131, 42, ordinales 14; 15 y 16, 103 al 111, 182, ordinal 2º, 183, ordinal 1º y 185, ordinal 6, de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en virtud de los cuales, pronto comenzó a expandirse, y, a partir de allí, comenzaron a producirse decisiones jurisprudenciales, y elementos de derecho positivo y de doctrina relevantes en esta materia.

Ahora bien, este desarrollo tuvo su punto de partida en el voto salvado del Magistrado Farías Mata, recaído en el asunto SILVIA ROSA RIERA, decidido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el fallo de fecha 15 de diciembre de 1992, donde dejó sentado el Maestro lo siguiente:

“Finalmente, debe el autor del presente voto salvado concluir afirmando que si este asunto hubiera sido visto desde una perspectiva del estricto Derecho Público menos aún hubiera sido declarado patrimonialmente responsable el servicio público involucrado en el lamentable hecho que dio lugar al asunto subjudice.

En efecto, el régimen jurídico especial que disciplina la actividad de los servicios públicos comporta no sólo la sujeción objetiva de éstos al principio de la legalidad, sino una aplicación peculiar del principio de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, aplicación ésta enraizada o morigerada por las sentencias de los jueces contencioso-administrativos, quienes deben apreciar tal actividad de servicio público en función del interés general comprometido en la misma, para no tener por viables estricta e indiscriminadamente las reglas de responsabilidad civil, concebidas históricamente para las simples relaciones entre los particulares.

Por consiguiente, en criterio del autor del presente voto salvado, la responsabilidad patrimonial que puede corresponder a las personas morales de Derecho Público, no es ni general ni absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada -no con todo fundamento- madre del Derecho Administrativo; no se rige, en efecto, directa ni literalmente por las reglas del Código Civil, concebidas para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que debe determinar, como ya lo ha hecho, el juez venezolano del contencioso-administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado, y la necesaria conciliación de los intereses particulares con el interés general en la prestación del servicio. Parte de esas reglas propias consiste, en que la exigencia de la 'falta del servicio' debe ser necesariamente menor en Derecho Público. Extracontractualmente en Derecho privado se responde hasta por falta levisima; sin embargo, en Derecho público sólo responden las administraciones públicas por falta leve, y, en algunos casos, por falta grave”.

A partir del efecto expansivo de las consideraciones contenidas en el aludido voto salvado, la historia puede resumirse del modo que sigue.

Una primera sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que parece recoger los principios del voto salvado del caso SILVIA ROSA RIERA, se encuentra en el conocido caso TERRA CARDÓN contra la República de Venezuela, de fecha 27 de enero de 1994. Y otra, mucho más amplia y profunda, incluso peligrosamente generalizadora, está en el fallo de la misma Sala Político-Administrativa recaída en el caso SERMES FIGUEROA contra el INSTITUTO AUTÓNOMO DE FERROCARRILES DEL ESTADO, de

fecha 25 de enero de 1996, una ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa.

Esta evolución, llega a su clímax con los artículos 140 de la Constitución de 1999, y 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008.

Luego de la adopción de un nuevo marco constitucional en la materia, fueron dictadas varias sentencias tanto de la Sala Político-Administrativa como de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de las cuales la más importante a destacar es la emanada de la Sala Constitucional de fecha 19 de noviembre de 2002, (caso: viuda de Carmona), que dejó sentado:

1.-“Las anteriores consideraciones no impiden que por una ley regulatoria a la cual remite el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado venezolano pueda auto limitar la responsabilidad objetiva a la que sujeta la normativa constitucional el ejercicio de la función pública, ya que esta responsabilidad ni se rige por los principios establecidos en el Código Civil para la regulación de las relaciones horizontales de particular a particular, ni puede ser general o absoluta. Más aún, en aplicación de los principios de transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la función pública postulados en el artículo 141 de la Constitución vigente, la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado debe tener sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio, y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados de los ciudadanos”.

Observamos que esta redacción recuerda intensamente el Arrét Blanco del Tribunal de los Conflictos Francés del 23 de febrero de 1873 y el voto salvado del Magistrado Farías Mata, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 15 de diciembre de 1992 recaída en el caso SILVIA ROSA RIERA; entre otras.

Quedó pues así delineado el régimen constitucional, legal y jurisprudencial de la responsabilidad administrativa extra contractual en derecho positivo venezolano, en un periplo que pasó del voto salvado del Magistrado Farías Mata, en el caso SILVIA ROSA RIERA, emanado de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en

fecha 15 de diciembre de 1992; continuando en el fallo recaído en fecha 15 de julio de 2000, en el caso ELEORIENTE, dictada con ponencia del Magistrado Carlos Escarrá por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; y culminando con los fallos de la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, en revisión, de fecha 19 de noviembre de 2002 y 06 de agosto de 2004, en el caso VIUDA DE CARMONA.

En esos fallos está contenida la esencia del régimen especial venezolano de la Responsabilidad Patrimonial extracontractual de la Administración Pública, como manifestación de un Derecho Público Subjetivo Típico, al amparo del principio del Respeto de las Situaciones Jurídicas Subjetivas en Venezuela.

Pasemos entonces a ver, en sus líneas generales, cómo ha sido estadísticamente aplicado tal régimen de la responsabilidad administrativa extracontractual en Venezuela, después de la vigencia del artículo 140 de la Constitución de 1999, por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, juez natural de estas cuestiones, a reserva de que tales sentencias puedan ser revisadas por la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, por virtud del dispositivo técnico del artículo 336 numeral 10 de la Constitución, y con los efectos del artículo 335 *ejusdem*.

A) Cuadros estadísticos en materia de Responsabilidad Patrimonial Extra-contractual de la Administración Pública, años 2000 a 2004

	2000	2001	2002	2003	2004	Total	%
Parcialmente con lugar	1	3	1	2	3	10	20,00
Con lugar	0	0	1	1	0	2	4,00
Sin lugar	4	4	7	11	12	38	76,00
	5	7	9	14	15	50	100,00

B) Cuadros estadísticos en materia de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública, años 2005 a 2012

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total	%
Parcialmente con lugar	3	2	6	5	6	6	1	0	29	27,62
Con lugar	0	2	5	2	0	0	0	0	9	8,57
Sin lugar	4	15	28	4	7	3	5	1	67	63,81
	7	19	39	11	13	9	6	1	105	100,00

Los cuadros anteriores contienen el comportamiento de la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, -estudio que comprende los doce años que ha durado el primer período constitucional, de los primeros Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

De este modo, arriba quedó expuesto lo que a nuestro juicio es lo más relevante de las mencionadas decisiones desde un punto de vista sustantivo, es decir, lo relativo al régimen jurídico que aplica la Sala al momento de resolver dichos asuntos; y, por otro lado, el fenómeno cuantitativo, referente a la cantidad de asuntos resueltos, el número de condenas.

En cuanto al segundo tema, creemos importante destacar el paulatino crecimiento de condenas, el cual aún es bajo, pero se observa un importante crecimiento entre los períodos analizados, pasando de un pequeño 25 por ciento de condenas en el período comprendido entre los años 2000-2004; al 36 por ciento, reflejado para el período 2005-2012, en base al cual, de mantenerse, la tendencia debería seguir aumentado.

Expuesto este tema, nos resta referirnos de manera sucinta al principio de irretroactividad normativa, con especial referencia a su articulación con los actos administrativos y su relación con el principio de confianza legítima o expectativa plausible, vistos todos en su conexión evidente con la teoría de los Derechos Públicos Subjetivos Típicos.

Sobre el primero de los mencionados principios, debemos destacar que parece haber un consenso en cuanto a que lo fundamental del tema, es el concepto de retroactividad, ya que sólo es posible tener una correcta interpretación del principio de irretroactividad, si se define claramente lo que es retroactividad.

Debemos entonces al menos destacar las que parecieran ser las dos principales teorías desarrolladas con la finalidad de dar contenido a una noción tan etérea como la de retroactividad.

En primer lugar, se encuentran las denominadas **tesis subjetivistas**, según las cuales una ley nueva será de contenido retroactivo cuando afecte los derechos adquiridos por los particulares al amparo de un ordenamiento jurídico anterior, posición que deja de lado la variable temporal. No podemos pasar por inadvertido que esta posición ha sido objeto de cuestionamientos por estar construida sobre la noción “derecho adquirido”, la cual es tan frágil como la irretroactividad misma, siendo sumamente complicado distinguir en muchos supuestos, un verdadero “derecho adquirido”, de una “simple expectativa de derecho”.

En segundo lugar, aparecen las teorías **objetivistas o formalistas** cuyo eje principal es la temporalidad, según las cuales una ley nueva es retroactiva cuando se aplica a hechos consumados o a consecuencias jurídicas en curso, en la parte que resulta anterior al cambio de legislación, distinguiendo de esta manera, los *efectos retroactivos de ley*, de la *aplicación inmediata de ley*.

Ahora bien, esta postura ya había sido objeto de críticas en el foro venezolano, por parte del maestro Sánchez-Covisa, quien en la última parte de su extraordinario trabajo de tesis, en lo que denominó “Bosquejo de una solución al problema de la irretroactividad”, señaló que debemos tener en cuenta tres elementos, cuya concurrencia es necesaria para que la aplicación de la ley no se haga en forma retroactiva.

Estos requisitos son: I) La ley no debe valorar los supuestos de hecho pasados. II) La Ley no debe regular las consecuencias pasadas de hechos pasados y III) La ley no debe regular las consecuencias futuras de hechos pasados.

Posteriormente, si bien con un fundamento distinto, otro académico venezolano se opuso parcialmente a la distinción entre los *efectos retroactivos de ley*, de la *aplicación inmediata de ley*. En este sentido, el

académico venezolano Dr. Pedro Arismendi Lairer, señaló precisamente en su discurso de incorporación a esta misma Corporación, publicado en 1956, que:

“Si alguna vez en remotos tiempos se hubiese definido la retroactividad de la ley, como limitado a la invasión del pasado finito totalmente liquidado, no encontramos razón para que después de siglo y medio en que se le viene dando a la palabra, no por capricho ni por ignorancia, sino por necesidad, un alcance mayor para que incluya la aplicación de la ley nueva a las consecuencias actuales de las situaciones jurídicas en curso, creadas bajo la ley anterior; se pretenda, sin más base que el significado de la raíz retro, que esa mayor amplitud del término no es retroactividad, para sostener que las consecuencias actuales de un pasado legal son el presente de una nueva ley, en el cual esta debe ejercer su efecto inmediato. Hemos dicho que tal ampliación del concepto de retroactividad no acusa ignorancia ni capricho; ha venido imponiéndose como una ficción muy natural y necesaria; las consecuencias actuales de las situaciones creadas bajo leyes derogadas, pertenecen más al pretérito que al presente, constituyen un pasado en sentido jurídico de mucho más valor para los fines doctrinales y de la legislación que el presente en sentido material. Y son fines doctrinales y de la filosofía jurídica los que han originado y justifican esa acepción traslaticia o metafórica del término; con ese mayor alcance se ha usado siempre por los legisladores, y por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia el concepto de retroactividad. Este precepto legal ha tenido como fundamento reconocido por todas las escuelas y aun por los maestros sostenedores de la limitación etimológica, el interés y más que el interés, la necesidad de la estabilidad de los derechos que legalmente nos pertenecen hoy, aunque los hayamos adquirido en el pasado. El legislador con ese precepto ha querido brindar la seguridad de que él no tendió lazos con las leyes derogadas, para coger incautos en la trampa de una nueva ley. Pues bien, esa deseada estabilidad de los derechos y de las situaciones jurídicas, no de un individuo aislado, sino de todos los nacionales, y que, por tanto, es de interés general, y de orden público, no se burla solo cuando la nueva ley destruye o modifica el pasado remoto en que todas sus consecuencias quedaron ya liquidadas y posiblemente hasta olvidadas; el más temido escarnio por ser

más inmediato y el más factible, el que puede mantener todavía la preocupación de los legisladores, es la inseguridad en el momento presente de las situaciones jurídicas patrimoniales en curso, lícitamente creadas en conformidad con la ley que entonces regía”.

Estas críticas fueron aceptadas por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en Sala Plena, con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, miembro de esta honorable Corporación, en el célebre fallo Consejo Venezolano de Industria (CO-NINDUSTRIA), de fecha 05 de marzo de 1990, que superó el criterio anterior, al exponer de manera magistral, lo siguiente:

“De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, la retroactividad, en términos generales, es la aplicación de una ley dirigida al pasado. Conforme a esta definición la ley retroactiva es aquella cuyo campo de aplicación está constituido por situaciones jurídicas surgidas bajo el imperio de una ley anterior; lo que ocasiona el desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos. Esa situación es, precisamente, la que previene la Constitución de la Republica en el artículo 44 cuando ordena que “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”. De manera lógica –ha dicho esta Corte– “la ley nueva rige el futuro, porque para ser conscientemente cumplida debe ser conocida, o presumirse que se conoce, por lo cual sólo el supremo interés nacional puede privar sobre este principio y, por ello, solo la soberanía nacional, encarnada en el Poder Constituyente, puede dictar normas con carácter retroactivo, el legislador ordinario, está sujeto a la restricción del artículo 30”. (Actual 44) (CF -. S. 9-4-1959).

El principio de retroactividad fundamentalmente significa que el dominio del pasado no corresponde al legislador; y, por ello, la nueva ley solo ha de aplicarse a las situaciones que se creen o se desarrollen desde el momento mismo de su vigencia, con proyección hacia el futuro. Sin embargo, no es frecuente que la nueva ley contenga en sí misma disposiciones que de modo expreso regulen las situaciones pasadas y, por ello, el problema de retroactividad generalmente se concreta a la aplicación de leyes nuevas a situaciones que se desenvuelven en el tiempo, es decir, a situaciones nacidas bajo el régimen de la ley anterior.

...*Omissis*...

Por lo que toca a la doctrina, una de las voces más autorizadas en la materia en nuestro medio ha puntualizado los tres requisitos esenciales de toda aplicación de la ley que no incurra en el vicio de retroactividad: 1°.- La ley no debe afectar la existencia de cualesquiera supuestos de hecho (hechos, actos o negocios jurídicos) anteriores a su vigencia, es decir, la ley nueva no debe valorar hechos anteriores a su entrada en vigor; 2°.- La ley no debe afectar a los efectos anteriores a su vigencia de cualquier supuesto de hecho; y 3°.- La ley no debe afectar los efectos posteriores a su vigencia de los supuestos de hecho verificados con anterioridad a ella. La primera y segunda cuestión suscitan –dice el autor– el problema de la diferencia entre el derecho adquirido, consumado, el ius quaesitum –de un lado– y la expectativa, el ius itinere, el derecho todavía no consumado –de otro–. La tercera cuestión suscita el problema de distinguir el momento en que tuvo lugar el verdadero supuesto de hecho de determinados efectos jurídicos”. (Joaquín Sánchez-Co-visa. “La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico Venezolano”. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976, ps. 228 y 229)”.

Las ideas parcialmente trascritas, las cuales compartimos, por su claridad y magistral exposición, pero sobre todo por su potencial aplicación práctica en la solución de los casos concretos, pone de manifiesto que independientemente del concepto de retroactividad que se adopte, ninguno puede dejar escapar el supuesto en que la ley nueva pretenda regular las consecuencias aún en curso de hechos pasados, toda vez que este caso específico, es el que causa verdaderos dolores de cabeza en la práctica, ya que pocas veces un legislador incurrirá en la garrafal equivocación de regular hechos pasados o consecuencias jurídicas ya cumplidas; sin embargo las posibilidades de dar “efecto inmediato” a normas que pretenden gobernar consecuencias jurídicas pendientes de hechos pasados, es la que mayores probabilidades tiene de “coger incautos en la trampa de una nueva ley”, como expresó Arismendi Lairé.

En Venezuela la jurisprudencia reciente en esta materia ha sido vacilante, toda vez que no ha asumido una postura unánime, en cuanto al criterio a seguir para la determinación del concepto de retroactividad,

ya que al momento de resolver los casos concretos aplica de forma indiferente tanto el criterio subjetivo, referido a los derechos adquiridos, como el criterio formalista u objetivo, referido a la temporalidad, como quedó expuesto.

Ahora, en cuanto a la aplicación del principio que estamos exponiendo a los actos administrativos debemos señalar que el único caso en el cual se podría admitir que un acto administrativo modifique o se aplique a situaciones anteriores, es el supuesto reconocido constitucionalmente de la “retroactividad in bonus” o en beneficio de los particulares.

Una interpretación contraria llevaría al absurdo de prohibir al legislador ser retroactivo, pero dejando abierta la posibilidad a la Administración Pública, que en su actividad de ejecutar la ley mediante decisiones administrativas concretas, y en casos particulares incurra o aplique una ley o un criterio con efectos hacia el pasado.

Por último, en cuanto al principio de confianza legítima o expectativa plausible, es importante advertir que el respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, por otra parte, implica que ante supuestos de hecho similares, la actuación de los Poderes Públicos y en particular de las Administraciones Públicas, debe ser similar, no pudiendo en consecuencia de manera arbitraria, dar a conflictos similares donde ha presentado una actuación reiterada y uniforme, soluciones totalmente disímiles.

Es así, como podemos decir que el principio de confianza legítima en derecho público consiste en la expectativa válida que un determinado sujeto de derecho tiene sobre el comportamiento o actuación de otro. En este sentido, el contenido esencial del principio radica en la interpretación y aplicación uniforme del derecho, en especial por parte de los Poderes Públicos.

CONCLUSIONES GENERALES

1. El Poder Público como elemento constitutivo del Estado, está sometido a control jurisdiccional por el juego equilibrado de tres principios: El principio de legalidad; el Principio de la Separación de los Poderes y el principio del Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas.

2. Luego de la Revolución Francesa de 1789, y de las reglas consagradas en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de agosto de ese año, esos tres principios constituyen la sustancia de la noción “Estado de Derecho”.
3. Lo arriba descrito constituye la forma racional o cartesiana de ver ese fenómeno; para el “Materialismo Dialéctico” y el “Materialismo Histórico”, o, más simplemente para el “Marxismo”, esa óptica es errada ya que el “derecho” está concebido simplemente como una superestructura de la burguesía, que debe ser destruida, para dar paso al Estado Comunista.
4. En Venezuela, todavía podemos ver estos temas desde la perspectiva del Estado Moderno, hecho que nos permite continuar con las conclusiones siguientes.
5. El Principio del Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas, se aplica en lo concreto mediante el reconocimiento del principio de los “Derechos Públicos Subjetivos”. Este principio existe en Derecho Comparado desde 1932 (Bonnard) y es explicado por García de Enterría en dos grandes categorías: Los “Derechos Públicos Subjetivos Reaccionales”, Impugnatorios o Atípicos (que presenta particularidades propias del derecho público) y los “Derechos Públicos Subjetivos Típicos” (conformados con matices según los moldes del derecho privado).
6. En Venezuela, los “Derechos Públicos Subjetivos Reaccionales o Atípicos”, podemos verlos ubicando el origen de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa a partir de 1893, y en el descarte de las “apelaciones” para recurrir de ciertos actos administrativos como “Recursos Jerárquicos Impropios”, entendiéndose, luego de la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, caso PANAMERICAN WORLD AIRWAYS (1981), que ellas son el “recurso de nulidad por ilegalidad”. También, en lo relativo a la legitimación para recurrir en el contencioso administrativo de los actos administrativos de efectos particulares, en la consideración definitivamente establecida, a pesar de todos los cambios constitucionales y legales, de que los “interesados personales, legítimos y directos”, “son quienes están en una especial situación de hecho” frente al acto impugnado (Sen-

tencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso IVÁN PULIDO MORA, 1985).

7. En nuestro país y en lo que se refiere a los “Derechos Públicos Subjetivos Típicos”, y sin entrar a considerar todo lo relativo a la “Teoría general de los contratos administrativos”, hoy en día está plenamente consagrada, con rasgos propios, la “Responsabilidad Administrativa Extracontractual”; ella tiene su origen y reglas propias en el voto salvado del magistrado Luis Henrique Farías Mata en el caso SILVIA ROSA RIERA (Sala Político-Administrativa, 1992), y en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, interpretado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 19 de noviembre de 2002, caso “VIUDA DE CARMONA”, mediante la noción de “falta no desprovista de todo vínculo con el servicio”. La responsabilidad administrativa extracontractual, así concebida puede ser objetiva o subjetiva. Hoy en día cerca del 36% de los casos de este tipo especial de responsabilidad son declarados Con Lugar, o, Parcialmente Con Lugar.
8. Una manifestación de gran importancia del “Principio del Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas” la constituye el principio de irretroactividad de las normas y otros actos jurídicos, sobre el cual se tejen las tesis subjetivistas (afectación de los derechos subjetivos) y objetivistas o formalistas (cuyo eje central es la temporalidad). En Venezuela, los principales autores que han estudiado el tema son Joaquín Sánchez-Covisa y Pedro Arismendi Lairé. La sentencia fundamental que ha tratado esta cuestión desde una perspectiva de derecho público es la que dictó la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en 1990, en el conocido caso CONINDUSTRIA. Luego de la vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional y la Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, han aplicado indistintamente, según cada caso, las tesis subjetivistas y objetivistas para solucionar problemas de retroactividad de la ley.
9. Esas reglas antes citadas se aplican también a la adopción y control de actos administrativos, campo donde va adquiriendo

importancia, en relación con este tema, el llamado Principio de la Confianza Legítima o Expectativa Plausible, sugerido por la doctrina y aceptado por la jurisprudencia.

Queda así expuesto un resumen de nuestro trabajo de incorporación.

En su libro “Cartas a un Joven Poeta”, Rainer María Rilke, escribió, como consejo u orientación a un muchacho que quería ser escritor: *“Está bien que primero desemboque en una profesión que lo haga independiente y que lo deje librado a usted mismo por entero y en todo sentido. Espere saber sin impacientarse, si su vida íntima se siente limitada por la forma de esa profesión. La tengo por muy difícil y llena de exigencias, pues está cargada de grandes convencionalismos, y no deja casi espacio para un concepto personal de sus deberes. Pero su soledad aún en medio de muy inusitadas condiciones, le será sostén y hogar; y desde ella encontrará usted todos sus caminos”*.

Y en el momento preciso de escribir estas líneas, mi soledad me dice que es necesario transitar el camino de la gratitud, y, por eso quiero expresar mi profundo sentimiento de agradecimiento a las personas que directa o indirectamente han contribuido en forma determinante en mi formación académica, profesional y personal.

Tengo un dulce y ahora sosegado recuerdo de mis padres Henrique Iribarren Soublette e Isabel Monteverde Pantin. A Dios y a ellos les debo la vida y a ellos honro. Tengo un sentimiento de profunda gratitud hacia mis maestros del Colegio San Ignacio, especialmente al padre Pedro Caldos, s.j., y al Padre José Luis Andueza s.j. Hacia mis hermanos de sangre y a los de la vida, que son muchos. Hacia mis tíos Oscar Palacios Herrera, Melchor Monteverde Basalo y Panchita Soublette Saluzzo, quienes me señalaron las primeras lecturas de lo cotidiano y del derecho. Hacia mi tío Rafael Iribarren Soublette, un eterno quijote que nos ha guiado de la mano por el laberinto familiar. Hacia todos mis profesores de la Universidad Católica Andrés Bello; especialmente hacia el padre Luis María Olaso, s.j., María Helena Fernández, Hermes Harting, padre Fernando Perez-Llantada, s.j., León Henrique Cottin, Julio Rodríguez Berrizbeitia, James Otis Rodner, Luis Beltrán Guerra, Eloy Anzola, Jorge León Giménez, Hugo Mármol Marqués, Jesús Eduardo

Cabrera, padre Gustavo Sucre Eduardo, s.j., Henrique Meier Echeverría, Gonzalo Parra Aranguren y Luis Henrique Farías Mata.

Luis Henrique Farías Mata, pilar fundamental del derecho público venezolano, que ha sido mi mentor y es un padre para mí, tuvo la bondad sin límites de permitirme ser su pupilo, ha sido y es la principal fuente de orientación en mi carrera como abogado y como profesor. Igualmente Jesús Eduardo Cabrera.

Agradezco a la República de Venezuela por haber sido dos años becario de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho.

Tengo un recuerdo agradecido también para mis profesores de Post-grado, en la Universidad de Paris II, Roland Drago, Claude Goyard y Jean Luis De Corail. Y para la República de Francia.

En el ejercicio profesional he conocido por fortuna a grandes abogados que han sido fuente esclarecida de inspiración: René de Sola, Oswaldo Padrón Amaré, Moisés Hirsch, Mario Pesci-Feltri, Augusto Matheus Pinto, Jimmy Mathison, Jesús Ramón Quintero, Gabriel Ruan Santos, Luciano Lupini Bianchi, Ramón Escovar León, Enrique Urdaneta Fontiveros, Humberto Romero-Muci, y Guillermo Gorrín.

Muy especialmente quiero agradecer a Nelson Socorro Calderas, mi amigo y socio por más de 25 años, que, con su excepcional inteligencia y sentido común, es un hermano mayor para mí, en las buenas y en las no tan buenas. Parte estructural de mi formación se la debo a él. Tengo una palabra de agradecimiento para mi actual asistente Rosnell Carrasco.

Mención aparte de mi expresión de gratitud en este momento la tienen mi adorada Constanza Quevedo, cuyo amor ha sido esencial en mi vida, y mis hijos Henrique, Francisco, Valentina, Carmela y Aitor, por quienes trato de ser cada vez mejor persona a pesar de mis defectos e imperfecciones.

Gracias infinitas a todos ellos y gracias al cuerpo de esta Academia, que en su gran bondad tuvo a bien hacerme uno de los suyos.

Señoras, Señores.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN AL PROF.
HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE
POR EL RECIPIENDARIO
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI**

Señor Doctor Luis Cova Arria

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores Doctores Eugenio Hernández-Bretón, Gabriel Ruan Santos, Alberto Arteaga Sánchez y Jesús Ramón Quintero Prieto, integrantes de la Junta Directiva de la de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Señoras y Señores Colegas Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señores Numerarios de otras Corporaciones Académicas Nacionales.
Señora Constanza Quevedo, hijos y demás familiares del Doctor Henrique Iribarren Monteverde.

Señor Doctor Nelson Socorro.

Honorables Miembros de la Familia del Dr. José Luis Aguilar Gorrondona.

Señoras y Señores.

Uno de los más gratos deberes de un académico es dar la bienvenida a un nuevo numerario que ingresa a la Corporación. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ha tenido a bien deferirme el honor de designarme para dar el discurso de salutación a Henrique Iribarren Monteverde con motivo de su incorporación como individuo de número de esta institución.

El recipiendario ocupará el sillón No. 18, vacante por el lamentable fallecimiento de su antecesor el eximio jurista y preclaro ciudadano, Dr. José Luis Aguilar Gorrondona a quien correspondió desde 1980, así como a sus antecesores en orden de sucesión desde la fundación de esta corporación en 1915, los juristas Doctores Raúl Crespo Vivas, Enrique Urdaneta Maya, José Antonio Tagliaferro, Francisco Vetancourt Aristiguieta, José Loreto Arismendi (hijo), quienes supieron colmar con sus ejecutorias la significación del derecho nacional.

La presencia en esta Sala de los familiares del Doctor José Luis Aguilar Gorrondona, cuyo recuerdo permanece vivo en nuestro respeto y afecto, enaltece aún más este acto de incorporación. Al recibir hoy entre nosotros para llenar el vacío que nos deja la ausencia del Doctor Aguilar, consideramos que la compañía que nos hará Henrique Iribarren Monteverde será el mejor consuelo, pero también el mejor homenaje, pues tenemos la certeza que el habría aplaudido la selección que esta Academia ha hecho del recipiendario, cuyo brillo intelectual, juventud y capacidad de trabajo así lo auguran.

DATOS BIOGRÁFICOS DEL RECIPIENDARIO

Henrique Iribarren Monteverde nació en Caracas el 23 de agosto de 1959. Sus padres son Don Henrique Iribarren Soublotte y Doña Isabel Monteverde Pantin.

El recipiendario es el patriarca de una ilustre familia. Ha nutrido con su ejemplo y afecto a sus 5 hijos: Henrique, Francisco, Valentina, Carmela y Aitor Iribarren.

DE LOS RASGOS DE SU FORMACIÓN JESUÍTICA

El recipiendario cursó sus estudios primarios y secundarios en el Colegio San Ignacio de Loyola de Caracas, institución privada de la Orden Jesuita, obteniendo el Título de *Bachiller en Humanidades* en la promoción de estudiantes de 1977.

La excelencia académica (*exelsior*) es *leitmotiv* de la escuela Jesuítica, correctamente entendida en el contexto más amplio de *excelencia humana*¹. Es un imperativo ignaciano, buscar el *magis (el más)*, esto es, tratar de realizar la misión de la mejor manera posible, exigiendo *siempre más*, de manera apasionada. Este es un rasgo saliente que estará presente a lo largo del desempeño estudiantil y que es un signo vital en el recipiendario.

Obtuvo el título de *Abogado de la República* en la Universidad Católica Andrés Bello en 1982, ocupando el primer lugar de esa

¹ *Ratio atque Institutio Studiorum Societatis Iesu* <Plan oficial de estudios de la Compañía de Jesús>.

promoción con promedio de 18 puntos. Entre sus compañeros destacan hoy brillantes juristas como Rafael Badell Madrid, Doña Amparo Grau, Carlos Acedo Sucre, Oscar Torres, Pedro Rengel, Armando Carmona y Aurelio Concheso, entre otros.

Entre sus profesores recuerda con afecto y gratitud a José Guillermo Andueza, Luis Henrique Farías Mata, Gonzalo Parra Aranguren, James Otis Rodner, Luis Beltrán Guerra, Luis María Olasso (s.j), Fernando Pérez-Llantada (s.j), Henrique Meier Echeverría, Julio Rodríguez Berrizbeitia, Hermes Harting, León Henrique Cottin, Jesús Eduardo Cabrera, Jorge León Giménez.

Henrique Iribarren Monteverde es el discípulo dilecto del Profesor Farías Mata, conspicuo numerario de esta corporación, “*maestro de maestros*” en el decir del académico René De Sola². Un fructífero intercambio intelectual marcará una relación de amistad y colaboración entre el maestro y alumno desde los tiempos de Universidad, hasta el presente, llegando a ser incluso asistente del Magistrado en la antigua Corte Suprema de Justicia.

Bajo su patrocinio intelectual Henrique Iribarren Monteverde orientó con pasión sus estudios de Pre y Postgrado por el cultivo del derecho público, centrándose en esa convulsa, pero gratificante rama del derecho, a la cual ha dedicado su trayectoria docente y de investigación, así como su exitoso ejercicio profesional. Por eso no fue casual que orientara sus estudios de cuarto nivel en Francia, cuna del Derecho Administrativo.

Bajo la dirección del acreditado profesor Roland Drago en la Universidad de Paris II (*Panthéon-Assas*), en el año 1983 obtuvo el grado de *Especialista en Derecho Administrativo*, el Diploma Superior de la Universidad (*Diplome Supérieur de L’Université*) y el Primer lugar del curso en cuestión con Mención Honorífica *Bien*.

Complementa en esa misma casa de estudios su formación *ius publicista* obteniendo el Diploma de Estudios Profundos, en la especialización de Ciencias Administrativas (*Diplome d’Etudes Approfondies*), ocupando el Primer lugar en ese curso con Mención Honorífica *Bien*.

² Cfr. René De Sola, “Actos disciplinarios jurisdiccionales”, en *Reflexiones Jurídicas*, Serie Misceláneas No. 5, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, p. 247.

Un logro encomiable si se toma en cuenta que ambas especializaciones se cursaron a la vez, se obtuvieron el mismo año y con máxima calificaciones. Todavía hoy, después de algunos lustros, cuando se habla de la trayectoria de estudiantes venezolanos en la Universidad de París, resuena con singular admiración el nombre y la ejecutoria de Henrique Iribarren Monteverde.

Creo, por el conocimiento que tengo del nivel académico que, Francia y su cultura jurídica, ejercieron sobre si un impacto notable que ha influido en su carácter y en su vida posterior. En primer lugar Henrique Iribarren Monteverde vio a Francia como la cuna del racionalismo aplicada a toda la estructura del pensamiento y en especial al pensamiento jurídico. Por una parte, le atrajo y sorprendió la estructura del Estado como prestador de los servicios públicos y defensor del interés general y por la otra, quedo seducido y atrapado por el famoso Plan Cartesiano, pilar central de los escritos jurídicos: una introducción, dos partes, máximo tres y una conclusión, guía obligatoria para la exegesis de cualquier problema jurídico, verdadero chaleco de acero, que obliga a depurar los criterios que se tienen, cuando se analiza o desarrolla una idea en la academia francesa. Esa metodología fue para nuestro recipiendario, prueba de fuego de la cual salió, no solo indemne, sino fortalecido. Pienso que esa es, quizás, una de las bases que le ha servido para desarrollar el papel al cual le tiene el mayor de los aprecio: *la docencia*, a lo cual me referiré más adelante. En segundo lugar, durante los tres años que permaneció en Francia, pudo vivir y sufrir, como muchos otros venezolanos que allí han vivido, las durísimas, disciplinadas y férreas circunstancias que rodean a quienes allí estudian, trátase de extranjeros o nacionales franceses. Por sus confesiones he sabido que, una de las razones por las cuales sobrevivió, fue por la admiración y el aprecio que se desarrolló en él hacia el clima de ciudad cosmopolita de París, su ambiente cultural, y diría yo lo enciclopédico de su urbanismo, de su gente, de su modo de vestir, de sus costumbres, de su cultura urbana, formas de discutir y dialogar, trato interpersonal y tantos otros factores inherentes al verdadero francés, que tanto se diferencia del criollo. Digamos que esto lo conmovió en el sentido más estricto de la palabra y esta conmoción lo ha perseguido durante toda su vida posterior.

La vacuna del derecho francés lo inmunizó. El carácter republicano y laico de ese sistema jurídico³, una de sus piedras angulares, lo convenció de la pertinencia y de la necesidad de erigir y creer en un Estado de Derecho fuerte y en una sumisión completa a sus principios. Este es un espíritu que aún hoy en día lo persigue, pero no en la versión corriente del Estado de Derecho, que es puramente retórica e ideológica, sino de aquella que, como nos enseña lucidamente el Profesor Alfredo Morles Hernández, solo es posible construir al amparo de la convicción de la democracia como un sistema civilizado de convivencia y en la reflexión crítica sobre el destino del hombre en la sociedad en que vive, tomando posición en el enfrentamiento entre civilización y barbarie, entre democracia y totalitarismo, entre derecho y arbitrariedad⁴.

DE LA ASESORÍA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Henrique Iribarren Monteverde fue un jurista prematuro. Al terminar sus estudios de postgrado y a escasos 25 años de edad, fue designado *Abogado Jefe de la Dirección de Asesoría y del Contencioso Administrativo* de la Procuraduría General de la República, entonces presidida por el profesor Luis Beltrán Guerra. Pocos meses después sería nombrado *Director de Asesoría del Estado en la Procuraduría General de la República*. A la par siguieron otros cargos como Director Fundador de la Revista de la Fundación Procuraduría General de la República.

Ha tenido una extensa actividad en la asesoría de la Administración Pública, entre otros protagonismos, –Miembro de la Comisión Nacional de Legislación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, Asesor Jurídico de la Comisión de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia para el estudio de la reforma de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Jefe del Departamento de Investigaciones y Representación de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del

³ Cfr. Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos <la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa>*, Alianza Editorial, Madrid 2000.

⁴ Cfr. *Discurso de toma de posesión de la presidencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por el Dr. Alfredo Morles Hernández*, acto realizado en Caracas en el Paraninfo del Palacio de las Academias el día 15 de marzo de 2005, a las 4 p.m.

Congreso de la República (por contrato), en su día dirigida acertadamente por el profesor Nelson Socorro. Esos fueron tiempos de máxima tecnificación jurídica en la producción legislativa, que dieron luz a la sanción de leyes acertadas que todavía hoy trascienden, como la Ley Orgánica de elección y remoción de Gobernadores, la Ley de Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del Poder Público, la Ley del impuesto al valor agregado, y la reforma de la Ley de impuesto sobre la renta que introdujo el régimen de ajustes por inflación.

Siguieron actuaciones como Consultor Jurídico de la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados del Congreso de la República (por contrato) y Consultor Jurídico del Senado de la República (por contrato).

DE LA TRAYECTORIA DOCENTE DEL PROFESOR IRIBARREN MONTEVERDE

El poeta Español Antonio Machado señaló que: "...en cuestiones de cultura y de saber solo se pierde lo que se guarda y solo se gana lo que se da..."⁵.

Para ser un buen educador, con probabilidades de alcanzar al final de una vida ejemplar la dignidad de "*maestro*", no basta tener un completo dominio de la materia de que se trate y saber transmitir esos concomitamientos en forma amena, sin fatigar la mente de los estudiantes, muy cerca del postulado fundamental de la pedagogía de "*enseñar deleitando*", sino que, es indispensable poseer el don de despertar inquietudes por la investigación científica, al mismo tiempo que inspirar metas y crear en los alumnos un estado de conciencia de que los estudios tienen un fin y una proyección en la sociedad⁶. *Ese fin no puede ser otro que el ejercicio moralmente responsable de la libertad humana.*

⁵ Cfr: Román José Duque Corredor, *Discurso del doctorado Honoris Causa de la Universidad de los Andes*, Mérida Septiembre de 2005, p. 8, cita de Antonio Machado, efectuada por el Profesor Nicolás Cassis Martínez, en el prólogo de su obra *Combinación de Sociedades*, publicado en octubre de 2002, por la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil.

⁶ *Vid.*, del prólogo de J.J Mendoza-Mendoza, en René De Sola, *La Universidad y la profesión de abogado*, Serie Miscelánea No. 1, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1992.

Con razón ha dicho el Académico Hernández Bretón, Primer Vicepresidente de esta Corporación, que: “*El rescate de la condición esencial del ser humano [debe ser] el alfa y el omega del ordenamiento jurídico*” y consecuentemente, el eje central de los estudios de Derecho y del análisis político⁷.

Así se nos revela con brillo y perseverancia la obra docente del profesor Henrique Iribarren Monteverde: Un *maestro* que se ha dedicado a enseñar a generaciones de abogados, por más de 28 años *ininterrumpidos* en la cátedra de “*Derecho Administrativo*” en su *alma mater*, nuestra querida *alma matter*, la Universidad Católica Andrés Bello.

Del mismo modo ha sido profesor de postgrado en la cátedra “*Derechos de los Administrados*”, en la especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad. Ha dictado infinidad de cursos y conferencias en la materia de su especialidad, incluido el contencioso administrativo y el Derecho Constitucional.

Vivimos tiempos muy difíciles para el derecho en general, pero aún más para el derecho público en particular. En la Venezuela de hoy asistimos a un momento de frustración y escepticismo acerca de la capacidad del derecho para resolver conflictos⁸. Contrariamente, este se percibe como un instrumento negador de la realidad y mejor dicho, como promotor del conflicto social. Desde esta perspectiva, lo peculiar del momento actual es que se predica una visión *instrumentalista* del derecho “...*como técnica normativa puesta al servicio del proyecto político prevalente*”⁹.

Esa extrema instrumentalización del derecho para el logro de objetivos limitadamente políticos no invalida, sino que estimula y apremia

⁷ Cfr. Eugenio Hernández-Bretón, “Educación en ciencias políticas y sociales”, en *Reflexiones y propuestas para la educación universitaria*, Academias Nacionales de Venezuela, Caracas 2012, p. 115.

⁸ Cfr. Humberto Romero-Muci, *La Práctica del Derecho en Serio*, Discurso para la clase inaugural de la Facultad de Derecho de la Universidad Monteávila, Caracas, 2006, p. 24.

⁹ Cfr. Manuel Delgado Ocando, “Indeterminación hermenéutica e ideología de la interpretación”, en *Libro homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Volúmen I, No. 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2004, p. 424. Idea repetida múltiples veces por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *vid*, Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2011, caso *Banco Nacional de Vivienda y Habitat <BANAVIH>*, consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/1771-281111-2011-11-1279.html>.

esfuerzos como los del profesor Henrique Iribarren dirigidos a vincular el derecho a aquellos valores que deben informar los sistemas normativos sociales para hacerlos dignos de los seres humanos, los propios de un Estado Social y Constitucional de Derecho.

Nuestro recipiendario ha hecho de la docencia del derecho administrativo un apostolado y desde su cátedra la promoción de la práctica comunicativa del dialogo, de la razón, de la argumentación, abierto a una visión plural y multidisciplinaria de su realidad. Prueba fehaciente de la anterior afirmación es el testimonio de muchos de sus discípulos. Su objetivo en la cátedra es tratar de compartir todo su conocimiento con sus alumnos, no dejar nada a oscuras, orientarlos para que sean iguales o mejores que él.

Siempre nos recuerda, como dogma de fe republicano que, “... *la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos*”¹⁰ y que si bien el “...*el poder se confiere, la razón no; [que] el poder se detenta de manera excluyente, [pero] la razón está a disposición de todos. Por decirlo de algún modo: [que] el ideal del Estado de Derecho esta en que el ejercicio del poder se someta a la razón (de ahí la necesidad de la justificación de los actos del poder), [y] no que la razón sea una propiedad derivada de la tenencia del poder*”¹¹.

DE LOS APORTES ACADÉMICOS DEL PROFESOR IRIBARREN MONTEVERDE

La producción jurídica de Iribarren Monteverde es abundante y sólida. Lo único que apenas puede hacerse en un acto como este, en el cual los excesos del discurso podrían empecer el júbilo de anfitriones,

¹⁰ Cfr: En Preámbulo, *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, citada por Henrique Iribarren Monteverde, en *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Coordinadores Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera, Serie Eventos No. 25, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, p. 13.

¹¹ Cfr: Joseph Aguiló Regla, *Teoría General de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel Derecho, Barcelona 2000, p. 126.

del beneficiario y de invitados, es mencionar algunas de sus obras más relevantes, la mayoría de las cuales están dirigidas a esclarecer temas del derecho público venezolano.

“Notas sobre la Supra inconstitucionalidad de base de una enmienda que permita la reelección indefinida del Presidente de la República en Venezuela”¹², (ii) “La potestad sancionatoria de la Administración Pública en la Ley de Reversión Monetaria”¹³, (iii) “El principio de la legalidad de los actos del Poder Público y el proceso constituyente de 1999 en Venezuela”¹⁴, (iv) “El contencioso de la Responsabilidad Administrativa Extracontractual”¹⁵, (v) “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la Teoría de la Imprevisión”¹⁶, (vi) “Estudios de Derecho Administrativo”¹⁷, (vii) “Notas sobre el régimen que disciplina el artículo 28 de las <Normas de evaluación y concursos de oposición para el ingreso y permanencia en el poder judicial del 14 de marzo de 2000>”¹⁸; (viii) “Las partes en el proceso Contencioso Administrativo”¹⁹; (ix) “La noción República en Francia y en Venezuela”²⁰, (x) “Legitimación para Recurrir en el Contencioso Administrativo”²¹; (xi) “La Responsabilidad Administrativa Extracontractual”²², (xii) “Notas sobre

¹² En colaboración con Nelson Socorro, en *Anuario de Derecho Público*, año 2008, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2009, pp. 69 a 73.

¹³ En *La reversión monetaria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N.º 24, Caracas, 2007, pp. 127 a 144.

¹⁴ En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2006, No. 144, Caracas, pp. 89 a 104.

¹⁵ En *Derecho Contencioso Administrativo*, <libro homenaje al profesor Luis Enrique Farías Mata>, Barquisimeto 2006, pp. 319 a 349.

¹⁶ En *Tomo I del Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, en homenaje al profesor Luis H. Farías Mata, Caracas, 2006. pp. 140 a 173.

¹⁷ Ediciones Liber, Caracas, 2004.

¹⁸ En *Revista de Derecho Administrativo*, Nro. 17, Septiembre/Diciembre 2003, Caracas, pp. 111 y 119.

¹⁹ En *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo XXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar*, <en homenaje a la memoria del Dr. Eloy Lares Martínez>, Barquisimeto, 2003, pp. 151 a 176.

²⁰ En *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, UCAB, Caracas, 2000, pp. 393 a 402.

²¹ En *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo I, <XXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar>, Barquisimeto, 1993 Tomo I, pp. 131 a 150.

²² En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N.º 44, Caracas 1992, pp. 135 a 172.

algunos problemas jurídicos derivados de la adopción del Decreto N.º 76 y del Convenio Cambiario N.º 1”²³ (xiii) “El Contencioso de los contratos administrativos”²⁴, (xiv) “Notas sobre la exención de impuestos a las actividades agropecuarias”²⁵ (xv) “La usucapabilidad de las tierras baldías en la jurisprudencia reciente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”²⁶, (xvi) “El recurso de casación contra algunas de la sentencias que dicta la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”²⁷, (xvii) ¿Es posible incorporar en el sistema gubernativo venezolano una estructura administrativa como la del “Primer Ministro” peruano?²⁸, (xviii) “La venta de las acciones hecha por la sociedad cuando el accionista no las ha cancelado totalmente”²⁹, (xix) “De la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso administrativo de anulación por obra de la jurisprudencia”³⁰, (xx) “La intervención de la Procuraduría General de la República en el contencioso administrativo”³¹, (xxi) “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena Jurisdicción?”³², (xxii) “Algunas consideraciones acerca del procedimiento inquilinario y en especial sobre la naturaleza del tribunal de Apelaciones de Inquilinato”³³, entre otros.

²³ En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N.º 43, Caracas 1991, pp. 253 a 275.

²⁴ En la obra colectiva *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 a 266.

²⁵ En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nros. 39-40, Caracas, enero-diciembre de 1988, pp. 462 a 499.

²⁶ En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N.º 3, 1988, Caracas, pp. 165 a 174.

²⁷ En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N.º 3, 1988, Caracas, pp. 81 a 112.

²⁸ En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N.º 38, Caracas, julio- diciembre de 1987, pp. 161 a 183.

²⁹ En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N.º 37, enero-julio 1987, Caracas, pp. 441 a 523.

³⁰ En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N.º 2, 1987, Caracas, pp. 133 a 170.

³¹ En *Libro Homenaje a la Procuraduría General De La República*, Caracas, 1986, pp. 173 a 208.

³² En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, No. 1, Caracas, 1986, pp. 173 a 208.

³³ En *Revista de Derecho Público* N.º 22, abril-junio 1985, Caracas, pp. 62 a 89.

Los estudios de Iribarren Monteverde lo exhiben no solo como un jurista profundo, capaz de hacer aportaciones científicas significativas y originales, sino también con una atildada prosa. Tiene ideas valiosas y además las expresa con diafanidad y con galanura. *Nos recuerda a esos excelentes juristas franceses que saben expresarse en oraciones lacónicas y sobrias, completas y elegantes*³⁴.

Ha sido un incansable promotor del estudio sobre los aportes del derecho francés al conocimiento jurídico venezolano y al intercambio cultural entre ambas naciones. Es actualmente Secretario General de la Junta Directiva de la Alianza Francesa y fue Presidente de la Asociación Franco Venezolana de Juristas (*JURISFRAVEN*), artífice de los estudios editados por esta corporación sobre la influencia del Código de Comercio Francés de 1807 sobre su correspondiente venezolano con ocasión del bicentenario del primero³⁵.

EL JURISPRUDENTE

El espíritu universitario nunca ha dejado de acompañar el ejercicio de la profesión de nuestro recipiendario. Lo han mantenido en contacto permanente con las realidades de la vida y lo han llevado a orientar su cátedra en función de las verdaderas necesidades del derecho y del país.

El abogado Henrique Iribarren Monteverde es un hidalgo caballero y un insigne *luchador por y para el derecho*. Prudente y serio. Sus armas son la pluma y la palabra³⁶. Siempre se ha ganado el respeto de sus contrincantes, incluso en los más feroces lances judiciales y arbitrales.

Es un diestro del discurso forense. Su mérito no está solo en lo que dice, sino como lo dice. Sus escritos están fundidos en el hierro de la lógica y con la llama de la elocuencia (*verve*)³⁷.

³⁴ Cfr. Enrique Lagrange, *Discurso de contestación al Académico Enrique Urdaneta Fontiveros*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011.

³⁵ Cfr. Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera (coords.), *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Coordinadores, Serie Eventos No. 25, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, p. 13.

³⁶ Cfr. Alejandro Nieto, *Balada de la Justicia y la Ley*, Trotta, Madrid 2002, p. 256.

³⁷ *Ídem*.

Sus opiniones son luminosas, sabias y prácticas. Iribarren es un paradigma del *ars abogandi*³⁸, siempre apoyado en los pilares de la experiencia, la coherencia, la ciencia y la elocuencia.

Ha sido asesor de la Presidencia del Banco Consolidado y Vicepresidente Ejecutivo, Consultor Jurídico del Banco de Venezuela.

Desde 1994 ejerce una exitosa práctica privada en sociedad con el respetado jurista Nelson Socorro.

Henrique Iribarren Monteverde es además poseedor de una enorme sensibilidad, lo que constituye uno de sus atractivos vitales y una de sus mayores debilidades. Esa sensibilidad, consecuencia de su gran inteligencia, lo ha llevado a situaciones personales delicadas. Asume, como suelen hacerlo los creyentes, los casos, los afectos y los problemas con absoluta pasión y con desmesurada confianza, lo que por demás lo convierte en un gran abogado. Da la vida por sus querencias, por su familia, por sus hermanos, por sus amigos, por sus clientes, por sus creencias, sean políticas o de otra naturaleza, y sufre luego por las consecuencias de esa solidaridad, cuando las cosas no se dan como él las ha previsto. Digamos que es un hombre apasionado.

Henrique Iribarren Monteverde es un gran lector de temas psicoanalíticos jungnianos y lacanianos, y ha devorado varias decenas de libros relacionados con esas disciplinas del pensamiento. Es, quizás, como corolario de los trazos anteriores, admirador de Boticelli, de Chagall, de Picasso y lector entre otros de Jorge Luis Borges.

DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

Como disertación de incorporación a esta Corporación, Henrique Iribarren Monteverde nos ofrece un estudio sobre la evolución jurisprudencial y normativa del *Principio de Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas* en nuestro ordenamiento jurídico. Enfatiza la condición del principio como límite a la acción de los poderes públicos, que, junto con los principios de legalidad y separación de los poderes públicos, son fundamento esencial del Estado de Derecho.

Nos pasea con profusión de detalles por un análisis diacrónico de los diversos momentos de la institución, desde sus orígenes en el

³⁸ *Ídem.*

derecho comparado, su recepción histórica por la jurisprudencia patria –tímida en sus comienzos– y su encarnación positiva en los ordenamientos constitucionales de 1961 y el vigente de 1999, finalmente su más actual desarrollo en las Leyes orgánicas de la Administración Pública y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En primer lugar, nos da cuenta de los Derechos Públicos Subjetivos Reaccionales o Atípicos”, ubicándolo con la aparición de la jurisdicción contencioso- administrativa a partir de 1893, y la asimilación al “recurso de nulidad por ilegalidad” de las “apelaciones” para recurrir de ciertos actos administrativos como “Recursos Jerárquicos Impropios, según la interpretación progresiva de la Sala Político-Administrativa, en el emblemático caso *Panamerican World Airways*. Lo propio hay que añadir respecto del entendimiento de la condición de “interesados personales, legítimos y directos”, como aquellos “que están en una especial situación de hecho” frente al acto impugnado como condición de legitimación para recurrir en el contencioso administrativo contra los actos administrativos de efectos particulares, en la consideración definitivamente establecida, a pesar de todos los cambios constitucionales y legales en el emblemático caso *Iván Pulido Mora*, con ponencia magistral de Luis Henrique Farías Mata.

En segundo lugar, por lo que respecta a los “*Derechos Públicos Subjetivos Típicos*”, nos comprueba la consagración plena, con rasgos propios, de la “*Responsabilidad Administrativa Extracontractual*”, ubicando su origen y reglas propias en el voto salvado del magistrado Luis Henrique Farías Mata en el caso *Silvia Rosa Riera* (Sala Político-Administrativa, 1992), y encarnación actual en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, interpretado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 19 de noviembre de 2002, caso *Viuda de Carmona*, mediante la noción de “*falta desprovista de todo vínculo con el servicio*”. La responsabilidad administrativa extracontractual, así concebida ha sido vinculada con bases objetivas o subjetivas.

Finalmente, nos relata la importancia del principio de irretroactividad de los actos normativos y demás actos jurídicos, como expresión esencial del principio de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas. Afirma que, se concitan dos tesis en la aproximación interpretativa a la

operatividad del principio: la visión objetiva (que se afina en los datos sobre impacto temporal de la nueva norma) y la visión subjetiva (que se afina en la noción de afectación de derechos subjetivos). Nos informa que la sentencia líder al respecto sigue siendo el fallo de la antigua Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Co-nindustria* y que al amparo de la Constitución de 1999, las tesis objetivas y subjetivas son aplicadas oscilantemente por el Tribunal Supremo para decidir sobre la irretroactividad de los actos jurídicos, incluido el fecundo ámbito en el control de los actos administrativos con el llamado *principio de confianza legítima o expectativa plausible*.

Por supuesto, no faltan aquellas decisiones que deshacen de los principios anteriores y que los deshacen olímpicamente, por razones de estricta conveniencia política, cuestión de la que el novel académico da cuenta en su erudito trabajo de incorporación.

EPÍLOGO

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está llamada a trabajar intensamente. En ella debe residir la conciencia jurídica del país. Esa es su función esencial. Con sobrada razón, el eximio jurista Tulio Chiossone, ex presidente de esta Corporación, señaló que quienes hemos sido obsequiados con el honor de ser recibidos en su seno, estamos obligados a devolver ese honor enalteciéndola con nuestro trabajo. *“Las academias solo honran cuando son honradas con el brillo de la actuación de sus individuos, que cada sillón sea siempre un puesto de trabajo intelectual y no un mullido cojín para soñar con la fama”*³⁹.

Henrique Iribarren Monteverde. Sea Ud., bienvenido. La Academia de Ciencias Políticas le recibe jubiloso. Aquí tiene un sitio que le estaba reservado. De Ud., aguardamos bastante, en exceso de lo mucho que ya nos tienes dado.

Señoras, Señores.

Caracas, 7 de mayo de 2013

³⁹ Cfr: Tulio Chiossone, “Prólogo”, en *Discursos de incorporación <1926-1944>*, Serie Discursos No. 1, Segunda edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1989, p. 9.

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEL PODER PÚBLICO Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 EN VENEZUELA

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

Resumen: El principio de la legalidad de los actos del Poder Público y el proceso constituyente de 1999 en Venezuela. Sobre como la jurisprudencia de la Sala Plena y de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, permitió la violación de ese principio y el cambio indebido de las estructuras fundamentales del ordenamiento jurídico.

Palabras claves: Principio de la legalidad; Constitución; Violación.

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

1. ¿Quedó o no violado el Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público con la ejecución de todos los actos conforme a los cuales se instrumentó el proceso constituyente de 1999 en Venezuela?

La respuesta que se dé a tal interrogante es de un innegable valor conceptual y práctico, porque no solo se trata de analizar es sus bases estructurales el sentido y alcance del Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público en Venezuela, en un tema que es de capital importancia tanto para el Derecho Constitucional como para el Derecho Administrativo, sino porque también permite adentrarse, aunque sea someramente, en algunas consideraciones de sociología política –con repercusiones en el plano de la micro y de la macro-economía– sobre el actual proyecto político, que con sus adelantos y retrocesos se está viviendo en Venezuela.

Por consiguiente, de seguidas expondremos el objeto propuesto, en forma lineal, apoyados en las normas constitucionales vigentes para la época de los acontecimientos que comentamos, y en otros textos legales, y haciendo especial énfasis en la jurisprudencia emanada de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, donde estuvo la “llave” que permitió el acceso jurídico a ese denominado “proceso constituyente”, que desembocó en la derogatoria de la Constitución de 1961, y la puesta en vigencia de la Constitución de 1999. Primero, y para partir de lo esencial, debemos señalar que el Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público, en Venezuela, estaba previsto en los artículos 117, 206 y 250 de la Constitución de 1961. Esas normas textualmente disponían lo siguiente:

Artículo 117 de la Constitución de 1961: “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio.”

Artículo 206 de la Constitución de 1961: “La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema 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;... (Omissis)...”.

Artículo 250 de la Constitución de 1961: “Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone... (Enmiendas y Reformas a la Constitución, Título X, artículos 245 al 249)... (Omissis)...” (Primer paréntesis nuestro).

Como puede verse, el Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público, insertado dentro del conjunto general del ordenamiento jurídico en Venezuela, suponía bajo la vigencia de la Constitución de 1961, varias características fundamentales, a saber:

- a. Son la Constitución y las Leyes las que definen las atribuciones del Poder Público; y por tanto, en Derecho Público Venezolano, las atribuciones y competencias deben estar previa y expresamente consagradas en un texto.
- b. Esos textos, previos, se entiende, constituyen una medida de “**sujeción**” para los actos del Poder Público.
- c. El Principio de la Legalidad incluye no solo a las disposiciones Constitucionales y Legales, sino al “Derecho” considerado como un todo, es decir, comprendiendo también a las reglas jurisprudenciales-. Esta es la idea originaria de del Maestro Hauriou del “Bloque de la Legalidad” (seguida en Venezuela por los profesores Moles Caubet – “El Principio de la Legalidad y sus implicaciones”, en “Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración”, volumen 2, facultad de Derecho de la U.C.V, 1972, páginas 137 y siguientes –y Farías Mata– “Cursos de Derecho Contencioso Administrativo”, versión original no impresa, 1981-1982-).
- d. La plenitud del Principio de la Legalidad supone que el eje del mismo, que es la propia Constitución, solo puede variar, con base en los mecanismos que ella misma permite: La Enmienda

y la Reforma General (artículos 245 al 249, y 250 de la Constitución de 1961).

2. Como es también conocido, la Constitución de 1961, partió de un presupuesto político: el llamado “Pacto de Punto Fijo”, del 31 de octubre de 1958.

A la caída de la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez, el 23 de enero de 1958, los tres principales partidos políticos que hacían vida en Venezuela, acordaron apoyar la naciente Democracia Representativa y la Constitución, que fue aprobada el 23 de enero de 1961. Según ese “Pacto” los tres partidos políticos (Acción Democrática, Copei y Unión Republicana Democrática) se comprometieron a dar “piso político”, a un gobierno electo en elecciones universales, secretas y directas, para enrumbar al país hacia un “Estado Democrático de Derecho”, de forma “representativa” (sobre esta intención puede consultarse el “*Acta Constitutiva de la Junta Militar de Gobierno de la República de Venezuela*”, del 23 de enero de 1958, en Gaceta Oficial N.º 25.567 de esa fecha).

El sistema así concebido funcionó durante varios periodos lectivos, sucediéndose gobiernos de distintos partidos políticos alternativamente, hasta 1998.

3. En ese contexto cronológico, conviene señalar que en el segundo período de gobierno para el cual fue electo, principalmente por el partido “Acción Democrática”, el señor Carlos Andrés Pérez, se produjeron un conjunto de hechos políticos que tienen que ver con el objeto central de estas notas.

En febrero de 1989, luego de que el Ejecutivo Nacional acordó unas drásticas medidas económicas, siguiendo las recomendaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, hubo un levantamiento popular generalizado contra tales medidas por toda Venezuela, conocido como el “Caracazo”, que la mayoría de los analistas políticos serios coinciden en señalar como el comienzo del fin del “Pacto de Punto Fijo”.

Luego, el 4 de febrero de 1992, se produjo un golpe militar –para algunos- o rebelión –para otros–, con la finalidad de defenestrar al Presidente de la República, y hacerse con el control del Poder Ejecutivo, encabezado principalmente por el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías.

Ese golpe o rebelión, fue sometido, pero las estructuras reales del ejercicio del Poder en Venezuela quedaron profundamente afectadas. Luego hubo otro movimiento militar de esta naturaleza el 27 de noviembre de 1992.

Independientemente de la opinión que se pueda tener sobre si el aludido movimiento sedicioso tuvo éxito o no, lo cierto del caso es que el sistema u ordenamiento previsto en la Constitución de 1961 entró en crisis, y comenzaron a levantarse voces, interesadas algunas, otras aparentemente auténticas, otras pidiendo un cambio en la Constitución, pero por unas vías diferentes a la Enmienda y a la Reforma General. Esto no fue poca cosa, si se toma en cuenta que la Constitución que pretendía ser cambiada, había durado hasta el momento cronológico en que se encuentra esta exposición treinta y un años cumplidos, la más larga y sólida de toda la historia constitucional venezolana. Los más osados pretendían que Venezuela fuera a un “Proceso Constituyente”.

4. En medio de la agitación política referida, una autorizada voz, de un eminente profesor de Derecho se levantó, para tratar de poner en orden las cosas, al menos conceptualmente.

Se trató de la calificada opinión del profesor Rafael Pizani –maestro de muchas generaciones de juristas de la Universidad Central de Venezuela quien en un artículo publicado en el “Diario El Universal” del viernes 20 de marzo de 1992, titulado: “La inviolabilidad de la Constitución”, página I-4, dejó dicho para la posteridad lo siguiente, interpretando el artículo 250 de la Constitución:

“El estruendo político suscitado por los acontecimientos del 4 de febrero no puede impedir la expresión de meditaciones sistemáticas que deban hacerse ante esa indeseada realidad, que tan hondamente ha conmovido el vivir venezolano y ¿por qué no? el orbe democrático.

Nuestra Constitución Nacional, vigente desde hace 32 años y considerada por propios y extraños como una ordenación democrática ejemplar, consagra en su artículo 250 un principio cuya fuerza y virtualidad significativa no se logra en su totalidad sino frente al desafío que lo sucedido en aquella funesta jornada plantea al ordenamiento democrático del país. Ese principio normativo es el de la

inviolabilidad de la Constitución por acto de fuerza (hipótesis hasta hoy superada); o por derogación “por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone” (amenazante discurso político actual). Advertida insistentemente la colectividad venezolana por un desolador pasado de reformas constitucionales originadas en golpes de cuartel, la violencia armada militarista o caudillista o interesados manoseos políticos, crea o impone, como defensa y legitimidad institucional la inviolabilidad de su Constitución y ordena como deber de participación ciudadana, en ambos casos, “colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

El sostenido desarrollo democrático de la vida colectiva desde 1958, concebido y expresado en la Constitución del 61, impone la modalidad normativa única de enmiendas o reforma general, contenida en el Título X para asegurar y proteger su inviolabilidad y, con ella y por ella, la legitimidad originaria de nuestro ordenamiento jurídico y social.

Quedan así, constitucionalmente **descalificados y condenados el golpe de fuerza y la derogatoria politiquera** de la Constitución, como pretendidas fuentes de la legalidad o legitimación normativa... (Omissis)...

Se ha intentado explicar –cuando no disimulada o abiertamente justificar – **el fallido acto de fuerza** o una **derogación constitucional** (acto político con fundamento en una **legitimación derivada** del deficiente funcionamiento del Estado de Derecho... (Omissis...).

Para que esta inocultable e indeseable realidad político-social pueda ser corregida y superada se han propuesto vías que van desde extemporáneas e improcedentes solicitudes de renunciaciones institucionales (Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia...) hasta las convocatorias a un referéndum. Asambleas Constituyentes ad hoc, o la reforma general de la Constitución, prevista en su artículo 246. Esta última, en nuestro concepto, es la única vía que responde a una plenitud de fundamento de la legalidad originaria democrática, exigida por el artículo 250 ejusdem... (Omissis)...” (Destacados del propio texto).

De modo que prácticamente dentro del mes y medio siguiente a la asonada militar –golpe o rebelión como se le quiera ver–, ya el profesor Pizani advertía sobre la necesidad, pragmática y jurídica, de mantener incólume la integridad del principio de la Legalidad de los Actos del

Poder Público, en el sentido de que la única manera de cambiar la Constitución de 1961 era por la Enmienda o la Reforma General, y nunca por una Asamblea Constituyente.

5. A las consideraciones que anteceden hay que añadir que ya desde principios de los años noventa, y particularmente por sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 27 de enero de 1990, caso “Germán Acacio Sabino Fernández”, el alto Tribunal había abierto una ventana a la interpretación “flexible” de la Constitución, en materia de las estructuras mismas del Estado.

En ese fallo, que versó sobre una demanda de nulidad por inconstitucionalidad de una ley que establecía ciertas causales de inelegibilidad para optar por el cargo de Gobernador, la Sala Plena interpretó “flexiblemente” la Constitución del modo que sigue, con ponencia del Magistrado Román Duque Corredor, y sin votos salvados (páginas 10 a 14 del texto consultado en original):

“En la técnica de la interpretación constitucional **se debe evitar la interpretación estricta y literal**, porque siendo la Constitución el instrumento regulador de la organización del Estado y de los límites de los Poderes Públicos, y que reconoce los derechos de la persona frente al mismo Estado, sus normas son más fuentes generales que reglas particulares. Así se ha dicho por la jurisprudencia fundadora de la interpretación de la supremacía constitucional, que en la Constitución existe un derecho original, representado por los principios que el pueblo al adoptar su texto fundamental quiso **orientasen** su gobierno, y que por eso son permanentes, y que también han de privar en la técnica de la interpretación Constitucional a la hora de confrontar aquél texto con la Ley (Corte Suprema de los Estados Unidos, Juez Marshall, Sentencia Marbury vs Madison, 1803)... (Omissis)...”

De este carácter corpóreo de la Constitución puesto que da fisonomía a un Estado concreto, que no es la de un momento sino de siempre, se deriva que al interpretarla debe tenerse presente “toda enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente” (Smended, Rudolph, “Constitución y Derecho Constitucional”, citado por Planchart

Manrique, Gustavo, en su trabajo mencionado, página 23, –“Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, discurso de incorporación, Caracas, 1990–). De modo que las normas que la misma constitución contemple deben interpretarse dentro de un contexto y no aisladamente, es decir, integrándolas a los principios que insuflan un tipo de fisonomía al Estado. En efecto, “Este dinamismo de la vida política no puede ser aprehendido y normado plenamente por unos cuantos artículos recogidos en la Constitución...(Omissis)...; en todo caso los artículos de la Constitución inspiran la dinámica política, que por lo que se refiere a su capacidad integradora, puede resultar estimulada; bien entendido que la finalidad integradora que se pretende tenga las normas constitucionales depende de la acción conjunta de **todos los impulsos y motivaciones políticas de la comunidad**, y que, **en ocasiones esta función integradora se realiza fuera de los canales constitucionales**” (Smended, Rudolph, op. cit, ibídem). Así se puede concluir en que “por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular (todos) los supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y es esta misma finalidad la que **no solo permite**, sino que inclusive **exige** del intérprete constitucional **una interpretación extensiva y flexible**, que difiere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica... (Omissis)... Lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletiva de sus propias lagunas... (Omissis)...” (Destacado nuestro).

Así quedó claro, que paralelamente a los cambios políticos señalados, en Venezuela, a partir del fallo comentado, se cambió también de paradigma, en cuanto a las técnicas de interpretación constitucional se refiere, pasándose de una interpretación rígida a una flexible de la Constitución.

Esto fue un antecedente importante a considerar en el contexto del desarrollo de estas notas. Para retomar el otro paralelo de esta historia, cabe simplemente señalar que, el Teniente Coronel Chávez fue encarcelado; que el Presidente Pérez fue depuesto mediante un juicio que se le siguió, y subsiguientemente también privado de su libertad; que el

Dr. Rafael Caldera, ganó las elecciones, para su segundo período en diciembre de 1993; que este mismo dictó el “sobreseimiento” de las causas penales que se seguían contra el Teniente Coronel y sus compañeros de armas, en 1994; y que en diciembre de 1998, éste último fue electo Presidente Constitucional de la República de Venezuela, originalmente para un período de 5 años, con una propuesta electoral fundamental o principal: La convocatoria a una Asamblea Constituyente para derogar la Constitución de 1961 y adoptar una nueva. De modo que, para diciembre de 1998, política y jurídicamente se debatía en Venezuela si se podía ir o no a la convocatoria a una Asamblea Constituyente para derogar la Constitución de 1961 y aprobar una nueva.

Aquí se enfrentaban dos tesis, una la del Presidente electo y otra la de los juristas en puridad.

- a) **Tesis del Presidente electo:** el artículo 4º de la Constitución de 1961 disponía que la “soberanía” reside en el “pueblo”, quien tiene por ello, perfecto derecho a darse la Constitución que quiera; y el artículo 181 de la Ley Orgánica del sufragio vigente para ese momento (Gaceta Oficial N.º 5.200 Extraordinario del 30 de diciembre de 1997), establecía que el Presidente de la República, entre otros legitimados, “tendrá iniciativa para convocar la celebración de un referéndum, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”.
- b) **Tesis de los juristas en puridad:** básicamente se resumía en sostener lo que lúcidamente dejó ver el profesor Pizani en su artículo publicado en el “Diario El Universal” en marzo de 1992, aunado a una interpretación literal y restrictiva del artículo 181 de la mencionada Ley Orgánica del Sufragio, el cual, siempre dentro de esta concepción, debía leerse conjuntamente con el artículo 185 “ejusdem”, que establecía varias materias que no podían someterse a “referéndum nacional”, entre las que estaban: “ 1. *Las presupuestarias, fiscales o tributarias;* 2. *Concesión administrativa o indultos;* 3. *Suspensión o restricción de garantías constitucionales, supresión o disminución de derechos humanos;* 4. *conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales;* 5. *Revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes;* 6. *Asuntos*

propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios". En tal sentido, si esas materias tan delicadas fueron excluidas, por principio, de la posibilidad de ir a referéndum, entonces, "a fortiori", a mayor razón, una materia todavía mucho más delicada, como es la de la convocatoria a un referéndum para iniciar un proceso constituyente e instalar una Asamblea Constituyente para derogar a la Constitución de 1961, a pesar del contenido del artículo 250 de esa Constitución, menos aún podía ser sometida a referéndum. Así las cosas, para dilucidar el choque de estas dos tesis contrapuestas, ya se habían ejercido ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sendos recursos de interpretación para diciembre de 1998, de modo que esa alta Instancia, hiciera una interpretación de las normas en conflicto.

Claro está, como una bomba de tiempo, el camino estaba allanado desde la antes citada sentencia de la Sala Plena del 27 de enero de 1990, en el caso "Germán Acacio Sabino Fernández", que versó, como se recordará, ni más ni menos, que sobre la "interpretación flexible" de la Constitución.

Ambos recursos fueron decididos el mismo día, 19 de enero de 1999, con prácticamente igual argumentación, con ponencias de los Magistrados Humberto J. La Roche y Héctor Paradisi, casos "Fundación para los Derechos Humanos" y "Miguel José Mónaco y otros".

La argumentación para solucionar el asunto favoreciendo la tesis del Presidente electo fue la siguiente, según la sentencia de la Sala Político-Administrativa antes mencionada, caso "Fundación para los Derechos Humanos":

"La Sala considera que, en el seno de nuestro Estado Constitucional de Derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional, la concepción hermenéutica del Derecho **no puede ya referirse a interpretaciones de la ley y de la Constitución, de manera subjetiva y aislada**, pues el análisis interpretativo de la Constitución y el ordenamiento jurídico conducen a una interpretación constitucional —que no interpretación de la Constitución— en virtud de la cual se

determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, **incluso más allá del texto positivo de esta.**” (Página 6 del texto consultado en original, destacado nuestro).

Y sigue:

“Resulta un hecho indiscutible, relevado de cualquier necesidad de prueba, dada su más absoluta notoriedad, la formal intención de un importante sector de la vida nacional, liderizado por el Presidente constitucionalmente electo en las pasadas elecciones del 8 de diciembre de 1998, de convocar a un referéndum consultivo a fin de determinar si la intención popular mayoritaria **se inclina hacia una Asamblea Constituyente que, ejerciendo su poder originario, se aboque a sancionar y prolongar una nueva Constitución para el país.**” (Páginas 7 y 8 del texto consultado en original).

Para luego hacer un análisis sobre el sentido y alcance del artículo 4 de la Constitución de 1961, haciendo alusión al tratadista Jaques Donnedieu de Vabres, y en particular a su libro “L’Etat”, París 1971, y a la decadencia del llamado “Pacto de Punto Fijo”, en cuyo contexto, se afirma en el fallo:

“El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del Poder Constituyente, reordenando el Estado” (página 11 del texto consultado en original), para concluir en que: “conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de referéndum”. (Página 13 del texto consultado en original).

Continúa el fallo con una distinción clásica entre “Poder Constituyente Originario” y “Poder Constituido”, indicando que el primero “*es previo y superior al régimen jurídico establecido*” (página 16 del texto); para afirmar que: “*así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución.*”

Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que dirige la previsión de inviolabilidad contemplado en el artículo 250 eiusdem” (páginas 16 y 17 del texto). Aquí se produjo entonces el gran viaje en la interpretación constitucional que desembocó en la continuidad de un proceso constituyente.

Terminó esta sentencia, recordemos igual en sus conclusiones a otra del mismo 19 de enero de 1999, estableciendo lo siguiente:

“Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, de conformidad con el orden constitucional vigente (preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42, ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declara que:

La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: **a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional** distinto de las expresamente excluidas por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, **incluyendo la relativa a la convocatoria a una Asamblea Constituyente”**. (Páginas 20 y 21 del texto consultado en original, destacados nuestros).

Así, se abrió la “Caja de Pandora” en el Derecho Público venezolano.

6. Lo que sigue, es historia patria en Venezuela: el presidente Chávez convocó a un referéndum consultivo para preguntar al Pueblo si se convocaba o no a una Asamblea Constituyente; el soberano decidió que sí; fue electa una Asamblea Constituyente que redactó una nueva Constitución, que fue también aprobada por el Pueblo el 15 de diciembre de 1999, cambiando entre otras cosas el paradigma de la “Democracia Representativa” (artículo 3º de la Constitución de

1961) propio del extinto “Pacto de Punto Fijo”, al paradigma de la “Democracia Participativa” (artículo 6º de la Constitución de 1999) de la llamada –incorrectamente desde el punto de vista jurídico– V República.

El paroxismo de este frenético cambio de parecer respecto al contenido propio y formal del Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público, y de la cláusula de inviolabilidad de la Constitución (artículo 250 de la Constitución de 1961), ocurrió, una vez en desarrollo el proceso constituyente desencadenado en términos históricos, políticos y jurídicos como ha quedado explicado, y bajo el imperio de la aún vigente Constitución de 1961, paradójicamente, cuando el todavía vivo Congreso de la República de Venezuela, a través del Presidente de su Cámara de Diputado Henrique Capriles Radonsky, interpuso un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra un “Decreto” emanado de la “Asamblea Nacional Constituyente”, que contenía una “Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, y la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 6 de octubre de 1999, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, pero con cinco votos salvados –de quince Magistrados que componían dicha Sala–, consagró la tesis llamada de la “**Supraconstitucionalidad**” de los Actos dictados con base y en función del “proceso constituyente”, señalando como fundamento de tal “**Supraconstitucionalidad**”, expresa y precisamente la interpretación hecha en las sentencias de la Sala Político-Administrativa del 19 de enero de 1999 (casos “Fundación para los Derechos Humanos” y “Miguel José Mónaco y otros”), en estos términos:

“Como puede apreciarse, la pregunta n.º 1 del Referéndum Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referéndum, consagra la **supraconstitucionalidad** de sus prescripciones, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961, sino a la tradición y cultura (valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto a los compromisos asumidos). Si bien la Sen-

tencia de Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa de fecha 13 de abril de 1999, excluyó de la Base Comicial Octava “...como poder originario que recoge la soberanía popular”, **es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, no es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del Poder Constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente**”. (Páginas 22 y 23 del texto consultado en original, destacado nuestro).

De este modo, en el “eje jurisprudencial” conformado por las sentencias de la Sala Político-Administrativa del 19 de enero de 1999, casos “Fundación para los Derechos Humanos” y “Miguel José Mónaco y otros”, y la sentencia de la Sala Plena de la misma Corte Suprema de Justicia, caso “Henrique Capriles Randonsky”, no solo se permitió interpretar “flexiblemente” a la Constitución de 1961, su cláusula de inviolabilidad, y el Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público, sino que se llegó al extremo, mientras duraba el “proceso constituyente” de suspender la vigencia de la Constitución de 1961, sin que ésta hubiera sido derogada, lo que condujo, como señaló en su voto salvado la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, al “*derrumbamiento del todo el ordenamiento jurídico vigente*”, bajo la prevalencia de la llamada “supraconstitucionalidad” de los Actos de la Asamblea Nacional Constituyente.

7. CONCLUSIONES

- a) En Venezuela, luego de los sucesos del 27 de febrero de 1989, y de los alzamientos militares del 4 de febrero y del 27 de noviembre de 1992, comenzó, a nuestro juicio, el derrumbe del “Pacto de Punto Fijo”, que soportaba la “Democracia Representativa”.
- b) El origen jurídico de una “interpretación flexible” de la Constitución de 1961, comenzó con fuerza, a nuestros ojos, con el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 27 de enero de 1990, caso “Germán Acacio Sabino Fernández”.

- c) Siendo la convocatoria a una Asamblea Constituyente una de las principales propuestas electorales del Presidente que resultó electo en los comicios de diciembre de 1998, su convocatoria, vía referéndum consultivo, fue posible gracias a las sentencias de la Sala Político-Administrativa de fecha 19 de enero de 1999, casos “Fundación para los Derechos Humanos” y “José Miguel Mónaco y otros”.

En estos fallos, se acogió a la tesis del entonces Presidente electo, de dar preponderancia a los artículos 4 de la Constitución de 1961 –conforme al cual “la soberanía reside en el pueblo”–, y, 181 de la vigente para ese momento Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política –en cuyos términos se podía llevar a cabo un referéndum consultivo sobre *cualquier materia de especial trascendencia nacional*–, aún por encima de lo dispuesto en el artículo 250 de esa Constitución, –que establecía que ella solo podía ser cambiada por los procedimientos de Enmienda y de Reforma general–.

La máxima expresión de este modo de entender el derecho ocurrió cuando la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 6 de octubre de 1999, en el caso “Henrique Capriles Radonsky”, consagró la tesis de la “supraconstitucionalidad” de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente.

- d) Puede uno, al final de estas reflexiones preguntarse: ¿quedó violado el Principio de la Legalidad de los Actos del Poder Público con el proceso constituyente de 1999 en Venezuela?

Al lector queda la respuesta. Dependiendo del mayor o menor grado de “formalidad” en el criterio jurídico que se aplique, podrá concluirse tanto que sí, como que no.

Lo que sí resulta cierto es que, sin los fallos mencionados y comentados en estas notas, que dieron la llave para abrir las puertas de una interpretación “flexible” de la Constitución, es lo más posible que hubiera debido prevalecer la tesis expuesta por el profesor Rafael Pizani, en su artículo publicado en el “Diario El Universal” del 20 de marzo de 1992.

Pero una pregunta todavía puede quedar en el aire, en el contexto de esta gigantesca lucha de poder –con sus connotaciones

jurídicas— que se ha venido librando en Venezuela: ¿si se pasó de un modelo de “Democracia Representativa”, recogido en la derogada Constitución de 1961, a uno de “Democracia Participativa” contenido en la Constitución de 1999, en qué consiste la esencia de tal “Democracia Participativa”: en que el pueblo “participa” en la toma de las decisiones políticas y administrativas de la vida en el país, o, en que al Pueblo le “participan” que tales decisiones las tomó una sola persona, o, en el mejor de los casos un muy reducido número de ellas?

La gran paradoja de todo esto está, en que esta última pregunta no tendríamos que hacérsela hoy en día, si se hubiera escuchado atentamente al profesor Pizani.

LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA OBRA DE ELOY LARES MARTÍNEZ

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

Resumen: Contiene una génesis de la teoría del contrato administrativo en el Derecho Administrativo venezolano con referencia a la jurisprudencia y doctrina venezolana que confirman su vigencia a pesar de su exclusión en las normas reguladoras del contencioso administrativo en Venezuela, exponiendo los criterios que a juicio del autor son claves para calificar a un contrato como administrativo realizando a su vez un análisis de dichos conceptos en el pensamiento jurídico del Dr. Eloy Lares Martínez.

Palabras clave: Contrato administrativo; Derecho Administrativo; Contencioso Administrativo

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

El Maestro Lares Martínez fue, es y será uno de los estudiosos fundamentales del Derecho Administrativo en Venezuela, su obra es impecable, y él fue un canal transmisor para futuras generaciones de las obras de J.M. Hernández Ron y de Antonio Moles Caubet, todos fundadores de los estudios modernos del Derecho Público en Venezuela.

Para tratar el tema propuesto, primero, me referiré a la génesis de la teoría del Contrato Administrativo en el Derecho Administrativo venezolano, tal y como fue recibida, prácticamente a imagen y semejanza de cómo se fraguó en el Derecho Administrativo Francés, para luego exponer, en sus líneas generales, como vio este asunto en su obra, el profesor Lares Martínez.

En derecho público venezolano se reconoce la existencia de los “contratos administrativos” cuando menos desde 1944, por los preceptos contenidos en el célebre fallo “LA NACIÓN VS. LA COMPAÑÍA ANÓNIMA N.V. AANEMERSBEDRIJF”;¹ según el cual, no es necesariamente en los textos de derecho positivo que ha de buscarse el fundamento de la existencia y régimen jurídico propio y particular de estos negocios jurídicos, sino en la doctrina, y jurisprudencia, de los grandes autores del Derecho Público Moderno, como expresamente lo estableció esta sentencia.

Como fue dicho en ese fallo, parte esencial de ese régimen jurídico propio, consiste en que en la ejecución de este tipo especial de contratos, el contratante de la Administración Pública no le puede oponer a ésta la “*exceptio non adimpleti*”, en razón del servicio público involucrado.

La particularidad de este especial tipo de convenciones se concreta en que ellos tienen (a) un régimen jurídico propio (distinto, aunque no

1 Corte Federal y de la Casación, en Sala Federal, del 5 de diciembre de 1944, Memoria de la Corte Federal y de Casación 1945, Tomo I, p. 237.

excluyente de los preceptos del derecho civil y comercial); y, (b) una jurisdicción propia para ser juzgados (que es la jurisdicción contencioso-administrativa).

Esta sentencia venezolana ha sido la base de toda una sólida y tradicional jurisprudencia que abarca desde entonces hasta nuestros días, la cual comenzó a ser tratada por la propia Procuraduría General de la República, a comienzos de los años sesenta.²

La sentencia clásica o de principios que recoge la Teoría de los “contratos administrativos” en Derecho Público Venezolano, más allá de una variable y fluctuante casuística jurisprudencial (donde se reconocieron situaciones peculiares a veces encontradas pero que ceden ante el valor trascendental del fallo que vamos a citar) es la sentencia recaída en el célebre caso “ACCIÓN COMERCIAL”, dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de junio de 1983, con ponencia del emérito Magistrado Luis Henrique Farías Mata, y que transcrita en sus partes más relevantes reza:

“Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones– en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –individualmente considerados– que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: “hecho del príncipe”, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado. No

² Al respecto ver: *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, año 1962, p. 137, año 1963, p. 89, y año 1964, p. 72.

sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos –sujeción a las normas del derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios del derecho privado, motivada en razones de interés público– encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar Teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídicos-privados”.

En idéntico sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República, en su dictamen jurídico de fecha 23 de mayo de 1985, en donde ese órgano consultivo de la Administración Pública Nacional, señaló que:

“En derecho administrativo venezolano, la existencia de la categoría que ahora comentamos es incontrovertible tanto en el ámbito del derecho positivo, como en lo relativo a la doctrina.

El problema que quedaría por resolver es el relativo a la determinación de los criterios que permitan reconocer la calidad especial de “administrativo” a un contrato suscrito por la Administración. Este es el problema de los criterios de los “contratos administrativos por naturaleza”, que son distintos a los “contratos administrativos por determinación de la Ley”.

Hoy en día, en derecho administrativo es aceptado pacíficamente que son tres las condiciones que permiten concluir en la existencia de un contrato administrativo. La primera es absoluta y las otras dos alternativas:

En efecto la primera condición –que es absoluta, dijimos– es que al menos una de las partes sea una persona moral de derecho público: Así un contrato concluido entre dos personas privadas no puede ser un contrato administrativo (Conseil D’Etat, 13-12-63, syndicat des praticiens de L’art dentaire, Dalloz 1964, p.55, condutions Braibant; 9-6-1967, société des eaux de Marseille, Recueil 1967 p. 241; Tribunal des Conflits 3-3-1969, société interlait, A. J. D. A., 1969 p. 307).

La segunda condición –que es alternativa en combinación con la tercera–, es relativa al objeto del contrato: “es administrativo todo contrato cuyo objeto esté vinculado a la ejecución misma del servicio público” (Conseil D’Etat, 20 avrill 1956, Epoux Bertin et

Ministre de L'Agriculture contre consorts Grimouard, Recueil 1956 p. 167 et 168).

La tercera condición –que es alternativa–, se refiere a las cláusulas del contrato: “cuando un contrato no tiene por objeto la ejecución del servicio, él solo es administrativo cuando contiene Una cláusula exorbitante de Derecho Común” (Conseil D'Etat, 31 juillet 1912, société des Granits Porphyroides des Vosges –ya citada–, y, 10 mai 1963 société la Prosperité Termiér, R.D.P., 1963 p. 597).

Cabe destacar que tales principios han sido plenamente acogidos por nuestro ordenamiento jurídico, como lo demuestra ampliamente el profesor Luis Enrique Farías Mata en su citado trabajo sobre la “Teoría de los Contratos Administrativos”, donde pone de relieve especialmente un hecho de singular importancia, cual es que nuestra jurisprudencia patria dos años antes de la sentencia del Consejo de Estado Francés Epoux Bertin –de 1956– ya en 1954 había dado la importancia debida –hoy incuestionable– al criterio de la ejecución misma del servicio público como identificador de los contratos administrativos”.³

Bajo la vigencia del artículo 126 de la Constitución de 1961, el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, expresamente se refería a los “contratos administrativos”, como criterio atributivo de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Posteriormente, bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa ha ratificado estos criterios en su sentencia, de fecha 13 de Julio del 2000, en el caso: Inversiones Luixu, en donde la Sala señaló que:

“Ha sido establecido en múltiples oportunidades por esta Sala y por la doctrina patria, las características esenciales de los contratos administrativos, a saber: 1.- Que por lo menos una de las partes sea un ente público; 2.- Que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público y; 3.- Como

³ *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Año 1, Número 1, Caracas, 1986. p. 174.

consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos.

En el presente caso, el contrato que dio origen a la demanda, efectivamente cumple las características arriba señaladas, toda vez que, una de las partes es un ente Público, como lo es la República, por intermedio del entonces Ministerio de Desarrollo Urbano, hoy Ministerio de Infraestructura y el contrato tenía por objeto la realización de trabajos de alumbrados del Estadium “San Rafael” de la ciudad de Tucupita, Estado Delta Amacuro, lo cual tiene una evidente finalidad de utilidad pública; motivo por el cual considera esta Sala, que efectivamente resulta aplicable al caso de autos, la norma atributiva de competencia contenida en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual otorga competencia a esta Sala para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que se interpongan, con ocasión de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez, o resolución, de los contratos administrativos celebrados por la República, los Estados o los Municipios. Así se declara”.

En otro caso, la Sala señaló lo siguiente:

Siendo la oportunidad para pronunciarse, esta Sala observa que, el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece:

“Artículo 42: Es de la competencia de la Corte como más Alto Tribunal de la República:

14.- Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”.

En este sentido, ha establecido esta Sala que los contratos celebrados por las Municipalidades, mediante los cuales se otorgan a particulares terrenos ejidos, sin importar bajo qué figura jurídica son otorgados (compraventa, arrendamiento, comodato, etc.), son verdaderos contratos administrativos, toda vez que los mismos poseen las tres características básicas de todo contrato administrativo, a saber: 1.- Una de las partes es un ente público, 2.- el contrato tiene una

finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público, y 3.- como consecuencia de lo anterior, se entiende la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto del mismo.

En el caso de autos la recurrente solicita la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N.º 451-000, dictado por el Alcalde del Municipio Iribarren del Estado Lara, mediante el cual se declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto y en consecuencia confirmó el contenido de la Resolución N.º 14-2000, emitida por la Dirección de Catastro de dicho Municipio, que resolvió anular la notificación de avalúo e información catastral N.º 44.334 de fecha 20 de agosto de 1999, otorgada al inmueble ubicado en Carrera 13-B, entre calles 60 y 61, N.º 60-58, a nombre de la recurrente, y ordenó otorgar nueva notificación de avalúo e información catastral del mencionado inmueble a nombre de la ciudadana Aída Guadalupe Rojas de Petit, en virtud de que la Cámara Municipal en sesión N.º 4, de fecha 18 de enero de 1994, aprobó otorgar concesión de uso sobre el terreno ejido donde se encuentra construida la referida bienechuría, a favor de la mencionada ciudadana, el cual fue suscrito en fecha 20 de enero de 1994.

Por tanto, visto que en el asunto bajo análisis se solicita la nulidad de un contrato de concesión de uso sobre un terreno de origen ejidal, debe entonces aplicarse la regla atributiva de competencia, contenida en el ordinal 14º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 eiusdem, según la cual es competencia de esta Sala Político Administrativa conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de los contratos administrativos, y así se declara.⁴

Ahora bien, actualmente, a pesar de que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010)⁵ y de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010)⁶

⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Dioselina Rivero de Oropesa*, de fecha 31 de enero del año 2002.

⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010

⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reformada en fecha 26 de junio de 2010, publicada en Gaceta Oficial N° 39.451.

se ha obviado cualquier referencia expresa a los contratos administrativos, tales normas son de contenido adjetivo, sólo regulan los procedimientos judiciales mediante los cuales operan la Justicia Constitucional y Contencioso-Administrativa, respectivamente, por lo cual y teniendo en cuenta la naturaleza sustantiva de la teoría de los contratos administrativos, consideramos que, tales normas no vacían de contenido los valores y principios contenidos en el mencionado fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 14 de junio de 1983, caso ACCIÓN COMERCIAL, referente a los contratos administrativos.

Como consecuencia de lo anterior, la Teoría del Contrato Administrativo y las consecuencias jurídicas que tal calificación implican siguen teniendo aplicación en Venezuela, a pesar de su exclusión en las normas reguladoras del contencioso administrativo, en Venezuela, tal como lo ha afirmado la doctrina más autorizada y reciente en el país, al señalar que la teoría del contrato administrativo revela que no se trata de un mero ejercicio de sistematización teórica o didáctica, sino una categoría autónoma en el plano sustantivo con elementos que no sólo le otorgan utilidad práctica sino que lo individualizan en su régimen jurídico.⁷

En este sentido, podemos afirmar que, tanto en derecho administrativo francés como en derecho administrativo venezolano, deben presentarse tres condiciones –la primera casi necesaria y las otras dos alternativas- para poder concluir, en un determinado caso concreto, que se está en presencia de un “contrato administrativo”.

En este sentido, podemos afirmar que, tanto en derecho administrativo francés como en derecho administrativo venezolano, deben presentarse tres condiciones –la primera casi necesaria y las otras dos alternativas- para poder concluir, en un determinado caso concreto, que se está en presencia de un “contrato administrativo”.

⁷ José Araujo-Juárez, “El Contencioso de los Contratos Administrativos” en XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Horizonte C.A., Barquisimeto, 2013. pp. 239-276. En igual sentido puede consultarse con provecho la obra del maestro José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ta edición, Caracas, 2009. p. 55.

En efecto, tales condiciones son las siguientes:

- a) Primera condición (necesaria): Que al menos una de las partes contratantes sea una persona moral de derecho público,
- b) Segunda condición (alternativa con la tercera): es relativa al objeto del contrato: es administrativo todo contrato cuyo objeto esté vinculado a la “ejecución misma del servicio público”; y
- c) Tercera condición (alternativa con la segunda): se refiere a las cláusulas del contrato: cuando un contrato no tiene por objeto la ejecución misma del servicio, sólo es administrativo cuando contiene una “cláusula exorbitante del derecho común”, en el entendido de que esta cláusula exorbitante puede ser tácita o implícita en el contrato de que se trate.

Como ya mencionamos antes, si por aplicación de las condiciones o criterios arriba señalados, se determina que un negocio jurídico en concreto es un “contrato administrativo”, entonces su principal consecuencia (aparte de la jurisdicción propia para juzgarlo) es que tiene también un régimen jurídico propio, distinto, aunque no excluyente del derecho civil y mercantil, el cual, en resumen, comporta las siguientes características:

- a) En el proceso de formación de la voluntad contractual intervienen textos de derecho público, que forman parte del llamado “BLOQUE DE LA LEGALIDAD” (artículo 259 de la Constitución venezolana de 1999) (Vg. Ley de Contratación Pública y los diversos textos que históricamente han regulado en derecho venezolano las “Condiciones Generales de Contratación”; Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; antigua Ley Orgánica de Régimen Presupuestario; antigua Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público);
- b) La Administración Pública contratante, expresa o implícitamente, tiene las “prerrogativas o potestades de imperio”, en razón de las cuales puede modificar o terminar unilateralmente el contrato aun sin falta del contratante; y
- c) Si el ejercicio de ese poder unilateral de modificación por parte de la Administración Pública contratante, ocurre sin que medie un “falta contractual” del co-contratante o concesionario,

entonces éste ve protegida la ecuación económica del contrato, por aplicación de la “Teoría de las Sujeciones Imprevistas”, que implica, dependiendo del caso, distintos tipos y formas de indemnizaciones.⁸

Quedan así expuestos, de manera general, los criterios, que a nuestro juicio, son claves para calificar a un contrato como administrativo. Pasemos ahora, a analizar estos mismos conceptos en el pensamiento jurídico del Dr. Eloy Lares Martínez.

Para el Dr. Lares Martínez, la teoría general del contrato administrativo, forma parte de lo que él denominó los “conciertos de la Administración Pública” o más comúnmente como los contratos de la Administración, los cuales podemos dividir en contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Es por ello que comienza el desarrollo del tema con la definición que nuestro derecho civil hace de los contratos, por lo que señala que el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que tiene por objeto producir obligaciones; esa noción es igual en derecho privado y en derecho público. En particular, los contratos de la Administración, son acuerdos de voluntades (bilaterales o multilaterales) en cuya celebración intervienen una o más entidades administrativas.

Ahora, continúa el Dr. Lares Martínez, en su Manual de Derecho Administrativo, señalando que la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado sustituyó en Francia la teoría que oponía los actos de autoridad a los actos de gestión.

De acuerdo con la mencionada teoría, todos los contratos celebrados por la administración eran actos de gestión, porque se consideraba que en esos casos la Administración no actuaba como depositaria del poder. Ello tenía como consecuencia que todos los contratos celebrados por la Administración formaban parte de una misma categoría y las controversias que de ellos se derivasen correspondían a la competencia de los tribunales judiciales.

⁸ Sobre esto puede consultarse Henrique Iribarren Monteverde, “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la Teoría de la Imprevisión”, en VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2005. pp. 115 a 139.

Abandonada la mencionada teoría, expone nuestro homenajeado cómo la jurisprudencia en Francia consagró el criterio general de la competencia administrativa, derivado de la noción de servicio público (inició con el *arrêt Blanco* dictado por el Tribunal de Conflictos el 8 de Septiembre de 1873, y se confirmó por el *arrêt Terrier* dictado por el Consejo de Estado el 6 de Febrero de 1903). Según las mencionadas decisiones todo lo relativo a la organización y funcionamiento de los servicios públicos sería de naturaleza administrativa, independientemente de que la administración actúe por vía de contratos o por vía de autoridad.

Las anteriores afirmaciones hechas por Lares Martínez en su Manual, nos permiten adentrarnos en los criterios que él consideraba importantes para calificar un contrato administrativo, y en este sentido observaremos algunas ligeras diferencias con lo expuesto por nosotros en la primera parte del estudio.

En efecto, comienza con lo que a su juicio, es lo más representativo de la teoría en el régimen francés, y en efecto señala que la jurisprudencia y la doctrina de ese país ha considerado fundamentalmente cuatro elementos para la determinación del contrato administrativo:

1. **Partes:** Se requiere que al menos una de las partes sea una persona pública; un contrato celebrado entre particulares no podría ser considerado como administrativo.
2. **Objeto del contrato:** que se desprenda del contrato que este tiene por objeto ejecutar u organizar un servicio público o dar satisfacción a un interés general. Debe señalarse que aquellos contratos celebrados en razón de servicios públicos industriales y comerciales idénticos a los que prestan los particulares, son usualmente considerados como contratos de derecho común, salvo que se presenten características particulares que lleven a considerar que se está en presencia de un contrato administrativo.
3. **Cláusula:** se le atribuye especial importancia a la inserción en el contrato de cláusulas especiales, derogatorias del derecho común. Se ha considerado fundamental que sean incluidas dichas cláusulas que se encuentran fuera de la órbita del derecho común.

4. **Duración:** que la ejecución del contrato se realice en un período prolongado, es decir, que se considera indispensable que la ejecución del contrato deba realizarse durante un período más o menos largo.

De lo expuesto podemos observar cómo la principal diferencia radica en la inclusión de un cuarto elemento referido a la temporalidad del contrato, con lo cual, los contratos de ejecución instantánea no podrían considerarse nunca como administrativos, siendo calificados como tales sólo los contratos de tracto sucesivo, lo cual nos parece muy limitativo, siendo un criterio personal del Dr. Lares Martínez, que al menos hasta los momentos, no ha sido acogido por la jurisprudencia nacional.

Ahora bien, la anterior exposición de ideas las realiza el Dr. Lares Martínez en todas las versiones de su Manual (que en realidad deberían considerarse un verdadero “Tratado”), sin embargo, debemos advertir que su pensamiento sobre esta materia la podríamos dividir antes y después de 1980, ya que antes de esta fecha el profesor Lares Martínez, acepta la teoría del contrato administrativo resaltando como criterios reveladores de la cualidad administrativa de un determinado contrato el criterio de servicio público y la duración del contrato, señalando que la importancia de calificar un determinado contrato como administrativo deviene del régimen jurídico aplicable al contrato, el cual no será más el derecho civil y mercantil, sino las reglas especiales de derecho público desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina administrativa.

En efecto en las primeras ediciones de su Manual de Derecho Administrativo, el profesor Lares Martínez, comentaba:

“Sustentamos el primero de los criterios expuestos, esto es, el que se refiere al objeto o finalidad perseguidos por la administración al celebrar el contrato. Si dicho objeto o finalidad se refieren a una actividad de servicio público en el sentido más amplio de esta expresión, es decir, si el particular o empresa privada se obligan a desarrollar una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, el contrato pertenece a la categoría de los contratos administrativos, y en consecuencia, le serán aplicables las reglas especiales del derecho público diferentes de las disposiciones del Código Civil y del

Código de Comercio. Cuando faltan estas condiciones, el contrato pertenece a la categoría de los contratos de derecho común.

La importancia de precisar si un contrato celebrado por una persona pública estatal tiene o no carácter administrativo es para saber si le son aplicables las reglas especiales que, en razón de las exigencias del interés general, han sido creadas por la jurisprudencia y la doctrina para regular la ejecución de los contratos administrativos”.

No obstante, el pensamiento jurídico del Dr. Lares Martínez, continuó avanzando, imaginamos que producto de la nueva literatura y de las reflexiones propias que un jurista de su talla podía tener dentro o fuera de la cátedra. Muestra de lo anterior es el trabajo que sobre los contratos de interés nacional, presentara para la obra “Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet”, en 1981 en donde el autor rectifica o aclara conceptos expuestos hasta ese momento en su Manual de Derecho Administrativo, sobre los contratos administrativos y los contratos de interés nacional.

En efecto, el autor replanteó su postura con relación a la noción del contrato administrativo, la cual califica ahora como una noción “vividamente controvertida”; también replantea las afirmaciones relacionadas con los contratos de interés nacional, la cual consideraba, en el Manual, que eran los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional.

De una revisión de este texto podemos apreciar cómo el profesor Lares Martínez se apoya en las afirmaciones de los profesores García de Enterría y Allan R. Brewer-Carías, quienes por esos tiempos ya se oponían a una teoría del contrato administrativo como categoría singular y propia del derecho administrativo, radicalmente opuesta a los contratos civiles y mercantiles; en efecto, con base en las ideas expresadas por estos reputados autores el Dr. Lares, afirmó que:

“El criterio de distinción entre una y otra categoría de contrato, fundado en la noción de servicio público *en sentido específico*, ha sido casi completamente abandonado, por la notoria decadencia de dicha noción. El criterio de la distinción basado en la sola existencia de cláusulas exorbitantes tampoco puede sostenerse, pues dejaría a la

libre voluntad de las partes determinar la naturaleza del contrato, ya que la mayoría de las estipulaciones así calificadas podrían ser insertadas en cualquier contrato de la administración, aunque fuere de mera gestión mercantil. Es preciso confesar la dificultad extrema de hallar un acertado criterio de distinción.

Con mucha razón el profesor García de Enterría dijo en su estudio anteriormente indicado que el concepto de contrato administrativo es un “concepto polémico”; y expresa gran verdad el autor francés Liet Veaux, citado por aquél, cuando afirma que este tema es “uno de los capítulos más desesperantes del derecho público”.

De esta manera argumenta el Dr. Lares, para terminar sentenciando, que:

“La verdad es que no puede hablarse de contratos exclusivamente regidos por el derecho administrativo y contratos exclusivamente regulados por el derecho civil y mercantil. Es lo cierto que en todos los contratos de la Administración se aplica a un tiempo principios de derecho público, y preceptos de derecho privado, en proporción mayor o menor”.

Esta argumentación la ratifica el Dr. Lares Martínez, en 1991, en la obra “Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos”, publicada por la Fundación Procuraduría General de la República, en donde al referirse a los contratos de obra pública inicia su disertación ratificando lo expuesto una década antes. Asimismo, ésta será la posición sostenida por el maestro en las siguientes ediciones de su Manual de derecho administrativo.

En conclusión, podemos afirmar que la teoría de los contratos administrativos, de fuerte raigambre jurisprudencial, sigue vigente en Venezuela y muestra de ello son las recientes decisiones de la Sala Político-Administrativa, citadas en el cuerpo de este trabajo, y las calificadas opiniones del Doctor José Mélich Orsini y del Doctor José Araujo Juárez; sin embargo, tal como queda expuesto, en criterio del Dr. Lares Martínez, no puede hablarse de contratos exclusivamente regidos por derecho público y de contratos exclusivamente regidos por derecho civil o mercantil. A todos los contratos de la Administración

se le interaplican principios de derecho público y de derecho privado, criterio que tiene fundamento en la calificada opinión de juristas como García de Enterría y Allan R. Brewer-Carías, las cuales sin embargo no compartimos, en razón de lo arriba expuesto.

Queda de esta manera expuesta la evolución conceptual que la noción de contrato administrativo, fue teniendo en el pensamiento jurídico del profesor Dr. Eloy Lares Martínez.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y LAS FUENTES JURÍDICAS DE LA CONTRATACIÓN

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

I. INTRODUCCIÓN Y NOTA ACLARATORIA

Hemos sido invitados por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), a participar en este seminario sobre contrataciones públicas, con el tema “*El ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas y las Fuentes Jurídicas de la Contratación*”. No obstante, considero pertinente hacer algunas aclaratorias previas con la finalidad de ubicar al amable lector sobre el modo en que abordaremos el tema propuesto. En este sentido, el denominado ámbito de aplicación de una ley, desarrollado de modo general, en los primeros artículos de todo texto normativo, conlleva determinar cuáles son los negocios jurídicos a los que se les aplique el régimen jurídico previsto en dicha ley, así como las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pueden ser objeto de dicho instrumento normativo.

Así, parecería lógico que en el presente caso hiciéramos algunos comentarios legislativos sobre los contratos regidos y excluidos de la aplicación de Ley de Contrataciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial N.º 39.503 de fecha 06 de Septiembre del año 2010, así como sobre las personas que se encuentran vinculadas por su contenido, estableciendo por ejemplo, si de dicho análisis podríamos extraer un concepto de Administración Pública distinto al que ordinariamente tenemos cuando estudiamos la Teoría General de la Organización Administrativa¹. En un panorama como el descrito, deberíamos necesariamente separar el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la ley, de acuerdo a los criterios antes expuestos, y analizar el contenido técnico de las normas previstas en los artículos 1,3, 4, 5 y 6, de la Ley de Contrataciones Públicas.

¹ De conformidad con el artículo 3 de la Ley De Contrataciones Públicas son sujetos de la ley los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos.

Ahora bien, en nuestro criterio, un análisis como el planteado se resumiría como ya dijimos en hacer algunos comentarios legislativos sobre la materia, que sin desmedro de lo valioso que pueda resultar, se limita a un aspecto más de forma que de fondo en cuanto al impacto que esta ley pueda tener sobre el desarrollo del Derecho Administrativo en nuestro país. Tomando en cuenta, además, que tan importante análisis será hecho por especialistas en la materia, quienes en sus respectivas colaboraciones, tratarán de manera principal o tangencial estos asuntos, es por lo cual he considerado prudente, aprovechar la oportunidad que me ha brindado la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), para abordar el tema propuesto desde una perspectiva parcialmente distinta.

Con estas líneas pretendemos plantear un tema medular del Derecho Administrativo, que podría incluso tocar las bases de esta disciplina jurídica. En efecto, como consecuencia de las reformas legislativas que concluyen con esta ley y con las novísimas Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ha sostenido por parte de algún sector de la doctrina, que un cambio se ha producido en el ámbito de la contratación administrativa, pretendiendo de esta manera señalar que ha quedado superada en el derecho venezolano la tradicional bipartición entre contratos de derecho privado de la Administración y contratos “administrativos”, clasificación que califican de “baladí”².

Para este sector de la doctrina, el derecho venezolano ha avanzado hacia la unificación de un sólo régimen contractual administrativo, entendiendo que si cabe hablar de la existencia de un contrato administrativo es sólo a los efectos de diferenciarlo del contrato civil, laboral o mercantil, entendiendo por tal el negocio jurídico bilateral que celebra la Administración Pública con la finalidad de satisfacer el interés general y servir a los ciudadanos, siendo materialmente imposible, a juicio de estos autores, que la Administración Pública suscriba contratos en relaciones lineales de cooperación con particulares, o despojada de prerrogativas de Poder Público, por lo que haciendo una interpretación, a nuestro

² José Ignacio Hernández, “El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas Venezolana”. Ley de Contrataciones Públicas, Editorial Jurídica Venezolana, 2da Edición, 2009.p. 169 y ss.

modo de ver las cosas exegética, de la Ley de Contrataciones Públicas, consideran que la Administración Pública, está habilitada o facultada en todos los contratos que suscriba para el ejercicio de las potestades o cláusulas exorbitantes del derecho común que la ley comentada reconoce, y que anteriormente, para que su uso se considerase lícito, dependía de que el contrato calificara como “administrativo”³.

En nuestro criterio, tales afirmaciones requieren de una necesaria revisión, por lo que a continuación trataremos de establecer si la teoría de los Contratos Administrativos puede tener utilidad hoy en día en el Derecho Administrativo venezolano, a la luz de las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas. Para ello, necesariamente debemos pasar revista a la formación histórica de esta institución en el Derecho Venezolano, con especial referencia a la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa que se fraguó al calor de la aplicación del numeral 14 del artículo 42 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para luego señalar cómo dicha institución, independientemente de su origen tanto en el derecho administrativo francés, y consecuentemente en el venezolano, como criterio atributivo de competencia jurisdiccional, ha adquirido en el derecho público venezolano carácter sustantivo y autónomo, lo que permite que la actual Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás jueces contencioso administrativos del país, con fundamento en la naturaleza pretoriana del Derecho Administrativo, sigan echando mano, lícitamente, de esta importante institución.

II. LA ADMINISTRACIÓN CONCERTADA

La Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos (artículo 141 CRBV). Esta característica servicial, se traduce en la obligación de satisfacer las necesidades de la sociedad y en la procura del interés público, para lo cual tiene a su disposición distintas técnicas jurídicas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, lo cual ha sido conceptualizado por la doctrina, como el principio de *intercambiabilidad de las técnicas de actuación de la Administración* que

³ Allan Brewer-Carias, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen III los Actos Administrativos y los Contratos Administrativos, Editorial CIVITAS, Madrid, 2013. p. 646.

según MARTIN-RETORTILLO⁴ consiste en la satisfacción de las necesidades de la sociedad a través de la alternancia entre procedimientos jurídico-públicos y procedimientos jurídico-privados, recordando que con independencia de las formas, los fines siempre serán públicos por lo que tal actividad debe estar siempre sometida al principio de legalidad.

Una de las técnicas jurídico-privadas más empleadas por la Administración Pública, para la satisfacción de los intereses de la colectividad es el contrato, una de las instituciones jurídicas fundamentales en todo ordenamiento jurídico, lo cual se justifica, por la *función económico-social* que éste cumple. El contrato como todo acto jurídico, no es un fin en sí mismo, sino que obedece a una razón instrumental; en este sentido resulta ilustrativa la afirmación de MELICH-ORSINI⁵, referente a que la gran utilidad de los contratos como fuente de obligaciones radica en la variedad de intereses económicos que ellos pueden tutelar garantizando así su realización.

Esta afirmación indiscutible en el mundo de las relaciones jurídico-privadas cobra sustancial relevancia cuando uno de los sujetos de la relación es una persona jurídica de Derecho Público que actúa, no en procura de un interés privado, sino del interés público, ya no imponiendo unilateralmente su voluntad mediante actos administrativos, sino de manera conjunta con otros sujetos de derecho, fenómeno que GARCÍA DE ENTERRÍA⁶ reconoce como *administración concertada*, donde ésta renuncia a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes mediante la negociación con los particulares de su aplicación concreta, y recibiendo como contraprestación la colaboración activa de los éstos, mucho más beneficiosa que la pasiva y resignada sumisión.

Ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁷ que la Administración Pública para el mejor manejo y dirección de los asuntos públicos en procura de satisfacer el interés general al que

⁴ Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Madrid, 1991. p. 62.

⁵ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009. p. 14

⁶ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid 1989, p. 647.

⁷ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de junio de 1983, caso: Acción Comercial C. A.,

está obligada por la Constitución, y la ley⁸, no siempre actúa por vía unilateral, mediante Actos Administrativos, sino que con frecuencia requiere celebrar convenciones o negocios jurídicos que necesitan de la manifestación de voluntad, de otra persona jurídica, bien de derecho público (contratos inter-administraciones públicas) o de derecho privado.

La posibilidad que tiene la Administración Pública, para recurrir a formas contractuales, también ha sido reconocida por la doctrina nacional. En este sentido ARAUJO-JUAREZ⁹, señala que la función administrativa no siempre se materializa por vía unilateral mediante actos administrativos, sino que en virtud de los múltiples y complejos fines de la Administración Pública con mucha frecuencia se requiere de actos bilaterales de muy distinta naturaleza.

En igual sentido el profesor BADELL MADRID¹⁰ sostiene que “Para el cumplimiento de los fines que el Estado está llamado a satisfacer la Administración puede servirse de la colaboración de los administrados para la prestación de servicios o el suministro de bienes patrimoniales”.

En virtud de las consideraciones anteriores es innegable en derecho público venezolano la posibilidad de que la Administración Pública celebre negocios jurídicos bilaterales de muy variada naturaleza con los particulares con la finalidad de satisfacer necesidades públicas e incluso privadas de la propia organización administrativa.

III. LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

Reconocida, la posibilidad de que la Administración Pública celebre contratos con la finalidad de satisfacer *necesidades internas*, como por ejemplo lo serían adquirir los suministros y bienes materiales de que tiene necesidad o reclutar parte del personal que emplea y *necesidades*

⁸ Se entiende por ley en el cuerpo del presente trabajo, a la ley material, como todo acto del Poder Público de efectos generales, que establece preceptos abstractos y cuya vigencia no se agota con su cumplimiento, sino que sigue generando efectos en el tiempo, dictado en ejecución formal de la Constitución por el órgano legislativo o su delegado.

⁹ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Caracas, 2007. p. 586

¹⁰ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Caracas 2001. Introducción

relacionadas con la ejecución de los servicios públicos, por ejemplo mediante la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general,¹¹ puede afirmarse la existencia de una categoría genérica de *Contratos de la Administración* dentro de la cual cabe identificar a los contratos de derecho común celebrados por la Administración Pública, pero despojada de prerrogativas de Poder Público, similares a los contratos celebrados por los particulares, y regidos por el Código Civil y por el Código de Comercio, por un lado; y, por el otro, los “contratos administrativos”, en sentido estricto, de los cuales nacen verdaderas relaciones jurídicas administrativas, sometidas a un régimen *preponderantemente* de derecho administrativo¹².

Ahora bien, en las páginas que siguen a continuación expondremos el origen de la teoría del contrato administrativo en Francia y posteriormente su recepción en derecho administrativo venezolano con la finalidad de explicar más adelante cómo la teoría se ha sustantivado, y separado de su origen atributivo de competencia jurisdiccional.

Esta categoría de contratos es obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que a través de los casos TERRIER, THEROND, BERTIN y GRIMUARD¹³ desarrolló la noción del contrato administrativo como delimitadora de la competencia entre la jurisdicción civil y la administrativa, con la finalidad de esclarecer cuáles contratos debían ser controlados por el juez civil y cuáles por el juez contencioso-administrativo.

En derecho público venezolano se reconoce la existencia de los “contratos administrativos” cuando menos desde 1944, por los preceptos contenidos en el célebre fallo “La Nación Vs. La Compañía Anónima N.V. Aanemersbedrijf”¹⁴ ; según el cual, no es necesariamente

¹¹ Araujo Juárez J., *Derecho Administrativo*, Parte General. Ediciones Paredes, Caracas 2008, p 587.

¹² Brewer-Carias en su obra “*Contratos Administrativos*”, sostiene que toda la actividad contractual de la Administración Pública es administrativa y habrá en ciertos contratos, según la finalidad del servicio público perseguida, una preponderancia de régimen de derecho público, por lo cual afirma que no hay contratos privados o de derecho común de la administración

¹³ M. Long P. Weil, G Braibant “*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*”, Sirey, Paris, 7eme edition.

¹⁴ Corte Federal y de la Casación, en Sala Federal, del 5 de diciembre de 1944, Memoria de la Corte Federal y de Casación 1945, Tomo I, p.237

en los textos de derecho positivo que ha de buscarse el fundamento de la existencia y régimen jurídico propio y particular de estos negocios jurídicos, sino en la doctrina, y jurisprudencia, de los grandes autores del Derecho Público Moderno, como expresamente lo estableció esta sentencia.

Como fue dicho en ese fallo, parte esencial de ese régimen jurídico propio, consiste en que en la ejecución de este tipo especial de contratos, el contratante de la Administración Pública no le puede oponer a ésta la “exceptio non adimpleti”, en razón del servicio público involucrado.

La particularidad de este especial tipo de convenciones se concreta en que ellos tienen (a) un régimen jurídico propio (distinto aunque no excluyente de los preceptos del derecho civil y comercial); y, (b) una jurisdicción propia para ser juzgados (que es la jurisdicción contencioso-administrativa).

Esta sentencia venezolana ha sido la base de toda una sólida y tradicional jurisprudencia que abarca desde entonces hasta nuestros días, la cual comenzó a ser tratada por la propia Procuraduría General de la República, a comienzos de los años sesenta (al respecto ver: Doctrina de la Procuraduría General de la República, año 1962 p.137, año 1963 p.89, y año 1964 p.72).

La sentencia clásica o de principios que recoge la Teoría de los “contratos administrativos” en Derecho Público Venezolano, más allá de una variable y fluctuante casuística jurisprudencial (donde se reconocieron situaciones peculiares a veces encontradas pero que ceden ante el valor trascendental del fallo que vamos a citar) es la sentencia recaída en el célebre caso “Acción Comercial”, dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de junio de 1983, con ponencia del emérito Magistrado Luis Henrique Farías Mata, y que transcrita en sus partes más relevantes reza:

“Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones- en el negocio

jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –individualmente considerados- que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: “hecho del príncipe”, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos –sujeción a las normas del derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios del derecho privado, motivada en razones de interés público – encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar Teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídicos-privados”.

En idéntico sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República, en su dictamen jurídico de fecha 23 de mayo de 1985, en donde ese órgano consultivo de la Administración Pública Nacional, señaló que:

“En derecho administrativo venezolano, la existencia de la categoría que ahora comentamos es incontrovertible tanto en el ámbito del derecho positivo, como en lo relativo a la doctrina.

El problema que quedaría por resolver es el relativo a la determinación de los criterios que permitan reconocer la calidad especial de “administrativo” a un contrato suscrito por la Administración. Este es el problema de los criterios de los -“contratos administrativos por naturaleza”, que son distintos a los “contratos administrativos por determinación de la Ley”.

Hoy en día, en derecho administrativo es aceptado pacíficamente que son tres las condiciones que permiten concluir en la existencia

de un contrato administrativo. La primera es absoluta y las otras dos alternativas:

En efecto la primera condición – que es absoluta, dijimos – es que al menos una de las partes sea una persona moral de derecho público: Así un contrato concluido entre dos personas privadas no puede ser un contrato administrativo (Conseil D’Etat, 13-12-63, syndicat des praticiens de L`art dentaire, Dalloz 1964, p.55, conclusions Braibant; 9-6-1967, société des eaux de Marseille, Recueil 1967 p. 241; Tribunal des Conflits 3-3-1969, société interlait, A. J. D. A., 1969 p. 307).

La segunda condición --- que es alternativa en combinación con la tercera ----, es relativa al objeto del contrato: “es administrativo todo contrato cuyo objeto esté vinculado a la ejecución misma del servicio público” (Conseil D’Etat, 20 avril 1956, Epoux Bertin et Ministre de L’Agriculture contre consorts Grimouard, Recueil 1956 p. 167 et 168).

La tercera condición ---- que es alternativa---, se refiere a las cláusulas del contrato: “cuando un contrato no tiene por objeto la ejecución del servicio, él solo es administrativo cuando contiene Una cláusula exorbitante de Derecho Común” (Conseil D’Etat, 31 juillet 1912, société des Granits Porphyroides des Vosges --- ya citada---, y, 10 mai 1963 société la Prosperité Termiér, R.D.P., 1963 p. 597).

Cabe destacar que tales principios han sido plenamente acogidos por nuestro ordenamiento jurídico, como lo demuestra ampliamente el profesor Luis Henrique Farías Mata en su citado trabajo sobre la “Teoría de los Contratos Administrativos”, donde pone de relieve especialmente un hecho de singular importancia, cual es que nuestra jurisprudencia patria dos años antes de la sentencia del Consejo de Estado Francés Epoux Bertin --- de 1956---- ya en 1954 había dado la importancia debida ---- hoy incuestionable --- al criterio de la ejecución misma del servicio público como identificador de los contratos administrativos”¹⁵.

Bajo la vigencia del artículo 126 de la Constitución de 1961, el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, expresamente se refería a los “contratos administrativos”,

¹⁵ Revista de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1986, Año 1, Numero 1, p. 174.

como criterio atributivo de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Posteriormente, bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa ha ratificado estos criterios en su sentencia, de fecha 13 de Julio del 2000, en el caso: Inversiones Luixu, en donde la Sala señaló que:

“Ha sido establecido en múltiples oportunidades por esta Sala y por la doctrina patria, las características esenciales de los contratos administrativos, a saber: 1.- Que por lo menos una de las partes sea un ente público; 2.- Que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público y; 3.- Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos.

En el presente caso, el contrato que dio origen a la demanda, efectivamente cumple las características arriba señaladas, toda vez que, una de las partes es un ente Público, como lo es la República, por intermedio del entonces Ministerio de Desarrollo Urbano, hoy Ministerio de Infraestructura y el contrato tenía por objeto la realización de trabajos de alumbrados del Estadium “San Rafael” de la ciudad de Tucupita, Estado Delta Amacuro, lo cual tiene una evidente finalidad de utilidad pública; motivo por el cual considera esta Sala, que efectivamente resulta aplicable al caso de autos, la norma atributiva de competencia contenida en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual otorga competencia a esta Sala para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que se interpongan, con ocasión de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez, o resolución, de los contratos administrativos celebrados por la República, los Estados o los Municipios. Así se declara”.

En otro caso, la Sala señaló lo siguiente:

Siendo la oportunidad para pronunciarse, esta Sala observa que, el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece:

“Artículo 42: Es de la competencia de la Corte como más Alto Tribunal de la República:

14.- Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”. En este sentido, ha establecido esta Sala que los contratos celebrados por las Municipalidades, mediante los cuales se otorgan a particulares terrenos ejidos, sin importar bajo qué figura jurídica son otorgados (compraventa, arrendamiento, comodato, etc.), son verdaderos contratos administrativos, toda vez que los mismos poseen las tres características básicas de todo contrato administrativo, a saber: 1.- Una de las partes es un ente público, 2.- el contrato tiene una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público, y 3.- como consecuencia de lo anterior, se entiende la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto del mismo.

En el caso de autos la recurrente solicita la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N.º 451-000, dictado por el Alcalde del Municipio Iribarren del Estado Lara, mediante el cual se declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto y en consecuencia confirmó el contenido de la Resolución N.º 14-2000, emitida por la Dirección de Catastro de dicho Municipio, que resolvió anular la notificación de avalúo e información catastral N.º 44.334 de fecha 20 de agosto de 1999, otorgada al inmueble ubicado en Carrera 13-B, entre calles 60 y 61, N.º 60-58, a nombre de la recurrente, y ordenó otorgar nueva notificación de avalúo e información catastral del mencionado inmueble a nombre de la ciudadana Aída Guadalupe Rojas de Petit, en virtud de que la Cámara Municipal en sesión N.º 4, de fecha 18 de enero de 1994, aprobó otorgar concesión de uso sobre el terreno ejido donde se encuentra construida la referida bienechuría, a favor de la mencionada ciudadana, el cual fue suscrito en fecha 20 de enero de 1994.

Por tanto, visto que en el asunto bajo análisis se solicita la nulidad de un contrato de concesión de uso sobre un terreno de origen ejidal, debe entonces aplicarse la regla atributiva de competencia, contenida en el ordinal 14º del artículo 42 de la Ley Orgánica de

*la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 eiusdem, según la cual es competencia de esta Sala Político Administrativa conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de los contratos administrativos, y así se declara*¹⁶.

En este sentido, podemos afirmar que tanto en derecho administrativo francés como en derecho administrativo venezolano, deben presentarse tres condiciones –la primera casi necesaria y las otras dos alternativas- para poder concluir, en un determinado caso concreto, que se está en presencia de un “contrato administrativo”.

En efecto, tales condiciones son las siguientes:

- a) Primera condición (necesaria): Que al menos una de las partes contratantes sea una persona moral de derecho público,
- b) Segunda condición (alternativa con la tercera): es relativa al objeto del contrato: es administrativo todo contrato cuyo objeto esté vinculado a la “ejecución misma del servicio público”; y
- c) Tercera condición (alternativa con la segunda): se refiere a las cláusulas del contrato: cuando un contrato no tiene por objeto la ejecución misma del servicio, sólo es administrativo cuando contiene una “cláusula exorbitante del derecho común”, en el entendido de que esta cláusula exorbitante puede ser tácita o implícita en el contrato de que se trate.

Como ya mencionamos antes, si por aplicación de las condiciones o criterios arriba señalados, se determina que un negocio jurídico en concreto es un “contrato administrativo”, entonces su principal consecuencia (aparte de la jurisdicción propia para juzgarlo) es que tiene también un régimen jurídico propio, distinto aunque no excluyente del derecho civil y mercantil, el cual, en resumen, comporta las siguientes características:

- a) En el proceso de formación de la voluntad contractual intervienen textos de derecho público, que forman parte del llamado “Bloque De La Legalidad” (artículo 259 de la Constitución

¹⁶ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Dioselina Rivero de Oropesa*, de fecha 31 de enero del año 2002.

- venezolana de 1999) (Vg. Ley de Contratación Pública y los diversos textos que históricamente han regulado en derecho venezolano las “Condiciones Generales de Contratación”; Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; antigua Ley Orgánica de Régimen Presupuestario; antigua Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público);
- b) La Administración Pública contratante, expresa o implícitamente, tiene las “prerrogativas o potestades de imperio”, en razón de las cuales puede modificar o terminar unilateralmente el contrato aun sin falta del contratante; y
 - c) Si el ejercicio de ese poder unilateral de modificación por parte de la Administración Pública contratante, ocurre sin que medie una “falta contractual” del co-contratante o concesionario, entonces éste ve protegida la ecuación económica del contrato, por aplicación de la “Teoría de las Sujeciones Imprevistas”, que implica, dependiendo del caso, distintos tipos y formas de indemnizaciones¹⁷.

De esta manera, los criterios expuestos, eran la clave para calificar a un contrato como administrativo. No obstante, a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado importantes autores venezolanos comenzaron a revisar y replantear la teoría del contrato administrativo, tal fue el caso del Dr. Eloy Lares Martínez.

IV. LAS IDEAS DEL PROFESOR ELOY LARES MARTÍNEZ

En efecto para el Dr. Lares Martínez, la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado sustituyó en Francia la teoría que oponía los actos de autoridad a los actos de gestión.

De acuerdo con la mencionada teoría, todos los contratos celebrados por la administración eran actos de gestión, porque se consideraba

¹⁷ Sobre esto puede consultarse Henrique Iribarren Monteverde, “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la Teoría de la Imprevisión”, en VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, FUNEDA, Caracas 2005, Tomo I, pp. 115 a 139.

que en esos casos la Administración no actuaba como depositaria del poder. Ello tenía como consecuencia que todos los contratos celebrados por la Administración formaban parte de una misma categoría y las controversias que de ellos se derivasen correspondían a la competencia de los tribunales judiciales.

Abandonada la mencionada teoría, expone el Dr. Lares Martínez cómo la jurisprudencia en Francia consagró el criterio general de la competencia administrativa, derivado de la noción de servicio público (inició con el *arrêt Blanco* dictado por el Tribunal de Conflictos el 8 de Septiembre de 1873, y se confirmó por el *arrêt Terrier* dictado por el Consejo de Estado el 6 de Febrero de 1903). Según las mencionadas decisiones todo lo relativo a la organización y funcionamiento de los servicios públicos sería de naturaleza administrativa, independientemente de que la Administración actúe por vía de contratos o por vía de autoridad.

Las anteriores afirmaciones hechas por Lares Martínez en las primeras versiones de su Manual, nos permiten concluir que durante mucho tiempo fue un defensor de la teoría en los términos expuestos; sin embargo, debemos advertir que su pensamiento sobre esta materia la podríamos dividir antes y después de 1980, ya que antes de esta fecha el profesor Lares Martínez, acepta la teoría del contrato administrativo resaltando como criterios reveladores de la cualidad administrativa de un determinado contrato el criterio de servicio público y la duración del contrato, señalando que la importancia de calificar un determinado contrato como administrativo deviene del régimen jurídico aplicable al contrato, el cual no será más el derecho civil y mercantil, sino las reglas especiales de derecho público desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina administrativa.

En efecto, en las primeras ediciones de su Manual de Derecho Administrativo, el profesor Lares Martínez, comentaba:

“Sustentamos el primero de los criterios expuestos, esto es, el que se refiere al objeto o finalidad perseguidos por la administración al celebrar el contrato. Si dicho objeto o finalidad se refieren a una actividad de servicio público en el sentido más amplio de esta expresión, es decir, si el particular o empresa privada se obligan

a desarrollar una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, el contrato pertenece a la categoría de los contratos administrativos, y en consecuencia, le serán aplicables las reglas especiales del derecho público diferentes de las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio. Cuando faltan estas condiciones, el contrato pertenece a la categoría de los contratos de derecho común.

La importancia de precisar si un contrato celebrado por una persona pública estatal tiene o no carácter administrativo es para saber si le son aplicables las reglas especiales que, en razón de las exigencias del interés general, han sido creadas por la jurisprudencia y la doctrina para regular la ejecución de los contratos administrativos”.

No obstante el pensamiento jurídico del Dr. Lares Martínez, continuó avanzando, imaginamos que producto de la nueva literatura y de las reflexiones propias que un jurista de su talla podía tener dentro o fuera de la cátedra. Muestra de lo anterior es el trabajo que sobre los contratos de interés nacional, presentara para la obra “Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet”, en 1981 en donde el autor rectifica o aclara conceptos expuestos hasta ese momento en su Manual de Derecho Administrativo, sobre los contratos administrativos y los contratos de interés nacional.

En efecto, el autor replanteó su postura con relación a la noción del contrato administrativo, la cual califica ahora como una noción “vivamente controvertida”; también replantea las afirmaciones relacionadas con los contratos de interés nacional, la cual consideraba, en el Manual, que eran los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional.

De una revisión de este texto podemos apreciar cómo el profesor Lares Martínez se apoya en las afirmaciones de los profesores García de Enterría y Allan R. Brewer-Carias, quienes por esos tiempos ya se oponían a una teoría del contrato administrativo como categoría singular y propia del derecho administrativo, radicalmente opuesta a los contratos civiles y mercantiles; en efecto, con base en las ideas expresadas por estos reputados autores el Dr. Lares, afirmó que:

“El criterio de distinción entre una y otra categoría de contrato, fundado en la noción de servicio público en sentido específico, ha sido casi completamente abandonado, por la notoria decadencia de dicha noción. El criterio de la distinción basado en la sola existencia de cláusulas exorbitantes tampoco puede sostenerse, pues dejaría a la libre voluntad de las partes determinar la naturaleza del contrato, ya que la mayoría de las estipulaciones así calificadas podrían ser insertadas en cualquier contrato de la administración, aunque fuere de mera gestión mercantil. Es preciso confesar la dificultad extrema de hallar un acertado criterio de distinción.

Con mucha razón el profesor García de Enterría dijo en su estudio anteriormente indicado que el concepto de contrato administrativo es un “concepto polémico”; y expresa gran verdad el autor francés Liet Veaux, citado por aquél, cuando afirma que este tema es “uno de los capítulos más desesperantes del derecho público”.

De esta manera argumenta el Dr. Lares, para terminar sentenciando, que:

“La verdad es que no puede hablarse de contratos exclusivamente regidos por el derecho administrativo y contratos exclusivamente regulados por el derecho civil y mercantil. Es lo cierto que en todos los contratos de la Administración se aplica a un tiempo principios de derecho público, y preceptos de derecho privado, en proporción mayor o menor”.

Esta argumentación la ratifica el Dr. Lares Martínez, en 1991, en la obra “Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos”, publicada por la Fundación Procuraduría General de la República, en donde al referirse a los contratos de obra pública inicia su disertación ratificando lo expuesto una década antes. Asimismo, ésta será la posición sostenida por el maestro en las siguientes ediciones de su Manual de derecho administrativo.

V. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL INICIADO EN EL AÑO 2004

En el año 2004, se dictó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual además de ser una prueba de la evidente falta de técnica

legislativa, con la cual se ha legislado durante los últimos años, omitió señalar las competencias de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Esta ausencia, fue “temporalmente” cubierta por un grupo de sentencias de la Sala Político-Administrativa, que si bien reproducían en gran parte las competencias previstas en la Ley anterior, introdujo algunas modificaciones que recientemente fueron recogidas por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

En efecto, el cambio de mayor impacto se refirió precisamente a la determinación del tribunal competente para el conocimiento de las demandas intentadas por los entes públicos contra los particulares, materia hasta ese entonces, competencia de los tribunales ordinarios, es decir de los tribunales civiles y mercantiles, jueces naturales de los ciudadanos, por mandato de la ley derogada en 2004.

En este sentido el viraje jurisprudencial se fundamentó en el principio de “unidad de la competencia”, siendo el primero de los mencionados fallos, el dictado por la Sala Político-Administrativa el 08 de septiembre de 2004, en el caso Banco Industrial de Venezuela, en donde se estableció:

“Atendiendo a los principios expuestos supra, tenemos que según el régimen especial de competencias a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales pertenecientes a ésta, conocerán de aquellas acciones, que según su cuantía, cumplan con las siguientes condiciones: 1) Que se demande a la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual alguna de las personas políticos territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, y 2) Que el conocimiento de la causa no esté atribuido a ninguna otra autoridad, a partir de lo cual se entiende que la norma bajo análisis constituye una derogatoria de la jurisdicción civil y mercantil, que es la jurisdicción ordinaria, pero no de las otras jurisdicciones especiales, tales como la laboral, del tránsito o agraria. En tal sentido, y aunado a las consideraciones expuestas en el fallo antes citado, en atención al principio de unidad de competencia, debe establecer esta Sala que igualmente resultan aplicables las

anteriores reglas para el conocimiento de todas las demandas que interpongan cualesquiera de los entes o personas públicas mencionadas anteriormente contra los particulares o entre sí”.

Posteriormente, el criterio fue ratificado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 27 de octubre de 2004, en el caso Marlon Rodríguez vs. Cámara del Municipio “El Hatillo” del Estado Miranda, ponencia conjunta, en la que se dispuso:

“Asimismo, queda excluida la competencia de la jurisdicción ordinaria, en atención al fallo parcialmente transcrito supra, la competencia que le otorgaba el ordinal 2° del artículo 183 de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares, correspondiendo el conocimiento de tales asuntos también a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo (...)

Y luego, por la sentencia Tecno Servicios Yes Card, C.A. y Cámara Nacional de Talleres Mecánicos vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), dictada el 24 de noviembre de 2004, cuyo texto es el siguiente:

“Con relación a lo antes expuesto, considera la Sala, en primer lugar, que deben darse parcialmente por reproducidas las disposiciones que en la materia contenía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, adaptándolas al nuevo texto que rige las funciones de este Alto Tribunal, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la jurisprudencia de este Máximo Tribunal.

Así, atendiendo a las recientes sentencias dictadas por esta Sala en las cuales se ha regulado transitoriamente la competencia de jurisdicción contencioso-administrativa, considera la Sala que las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer:

“6.- Conocer de todas las demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa en la cual alguna de las personas políticos

territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, contra los particulares o entre sí, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente se ajusta a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), que equivalen a la cantidad de un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares con cero céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), por cuanto la unidad tributaria para la presente fecha tiene un valor de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00); si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal. (Véase sentencia N° 1.315 del 8 de septiembre de 2004)''.

En efecto, como consecuencia de estos criterios jurisprudenciales ya no era necesario a los solos efectos de distribución de la competencia, determinar si un contrato es administrativo o no, ya que por aplicación de tales criterios toda demanda en la que sea parte las Administración, bien como demandante o como demanda el juez competente es el contencioso administrativo. Tal como comentamos anteriormente, este desarrollo jurisprudencial fue recogido en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, norma que regula en Venezuela a partir del año 2010, el proceso contencioso administrativo y principal fuente del Derecho Procesal Administrativo, que en sus artículos 23, 24 y 25, dispone lo siguiente:

Artículo 23. *La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de 2. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.*

Artículo 24. *Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de 2. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación,*

en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de las treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.) y no supera setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.

Artículo 25. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de: 2. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía no excede de treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad.

Adicionalmente, en el medio de todo este viraje legal y jurisprudencial relacionado con las competencias de los tribunales que integran la jurisdicción contencioso- administrativa, se dictó la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial N.º 39.503 de fecha 06 de Septiembre del año 2010, la cual en principio establece un régimen jurídico unitario para todos los contratos que suscriba el Estado¹⁸.

En virtud de estas novedades legales y jurisprudenciales se planteó que la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración era “baladí”, ya que:

En primer lugar, ya no existe la diferencia jurisdiccional que estuvo presente en el origen de la teoría y que permitía determinar cuál tribunal resultaba competente para el conocimiento de los conflictos surgidos como consecuencia de la ejecución, interpretación, etc. de los contratos administrativos, y;

¹⁸ El fundamento legal de estas afirmaciones es el dispositivo técnico contenido en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones, el cual expresamente señala: “Quedan excluidos, solo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la presente Ley, los contratos que tengan por objeto: 1. La prestación de servicios profesionales y laborales. 2. La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia. 3. La adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero. 4. La adquisición de obras artísticas, literarias o científicas. 5. Las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes. 6. Los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante. 7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública”.

En segundo lugar, a la luz de las nuevas disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas, la Administración siempre podrá ejercer las prerrogativas de Poder Público que la ley le asigna como una manifestación del Poder de Autotutela Administrativa. Se ha citado como ejemplos de cláusulas exorbitantes, i. La rescisión unilateral, ii. La revocación unilateral, iii. La modificación unilateral (*ius variandi*), y iv. El rescate o reversión, previstas en los artículos 106 y 127 de la ley, y en algunas otras disposiciones del Reglamento.

VI. NUESTRA OPINIÓN

En este sentido, queremos resaltar que si bien a momento presente en Venezuela no existe una norma que de manera categórica establezca la existencia de los denominados contratos administrativos, no es menos cierto que tal circunstancia ya se había planteado durante la historia de nuestra disciplina y ello no fue obstáculo para que la jurisprudencia, de manera pretoriana aplicara la teoría, y en consecuencia calificara como administrativos ciertos contratos suscritos por la Administración.

Ejemplo de lo antes dicho es el célebre fallo, ya citado en este trabajo, “La Nación Vs. La Compañía Anónima N.V. Aanemersbedrijf” ; según el cual, no es necesariamente en los textos de derecho positivo que ha de buscarse el fundamento de la existencia y régimen jurídico propio y particular de estos negocios jurídicos, sino en la doctrina, y jurisprudencia, de los grandes autores del Derecho Público Moderno.

En efecto, a nuestro modo de entender este asunto, tal referencia es determinante para establecer que la ausencia de un instrumento legal no es esencial para concluir la vigencia de la teoría o su superación, ya que es principalmente en la jurisprudencia de los jueces contencioso administrativos (inspirada en la doctrina) donde debe buscarse esta respuesta, lo cual nos permitirá entender lo arraigado y sustantivo de dicha institución en nuestro derecho público. Una prueba de lo antes dicho es el comportamiento jurisprudencial reciente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, máximo tribunal contencioso administrativo en Venezuela, que con posterioridad a todo el desarrollo legal previamente señalado, sigue analizando los requisitos tradicionales para determinar si en un caso concreto estamos o no en

presencia de un contrato administrativo y en consecuencia si la Administración estaba facultada en esa especial situación jurídica para ejercer prerrogativas de Poder Público, también llamadas cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común.

Tal criterio fue expuesto recientemente por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 01105 del 02 de Octubre de 2013, recaída en el caso **CONSTRUCCIONES BILANTAR, C.A**¹⁹, en donde la mencionada Sala señaló:

Por lo tanto, a los fines de establecer si el ente contratante tenía la potestad para rescindir el contrato y la manera como ello debió efectuarse, es menester conocer cuál es su naturaleza, siendo indispensable acudir a la jurisprudencia pacífica de la Sala conforme a la cual constituyen características esenciales de los contratos administrativos las que siguen: i) Que una de las partes en el contrato sea un ente público; ii) Que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública vinculada a la prestación de un servicio público; y (iii) La presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dicho contrato consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto de la convención.

De la sentencia parcialmente transcrita se puede apreciar cómo el juez analiza la naturaleza “administrativa” del contrato a los fines de determinar si en ese contrato en particular resultaba lícito o válido por parte de la Administración ejercer las prerrogativas de Poder Público. Lo cual, por argumento en contrario, permite sostener válidamente en derecho público venezolano que podrían haber contratos suscritos por la Administración Pública, incluso de los regulados por la Ley de Contrataciones Públicas, que al no calificar como “administrativos”, se verían excluidos de la ley en cuanto al abanico de potestades que dicha ley reconoce a la Administración en la ejecución de los contratos en ella regulados.

¹⁹ Idéntico criterio sostuvo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias Nro. 00200, 00603 y 00070, de fechas 03 de marzo de 2010, 10 de mayo de 2011 y 07 de febrero de 2011, respectivamente. Las últimas dos posteriores a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en junio de 2010.

En otras palabras, vemos cómo por obra de la jurisprudencia la sustantividad que hemos pregonado de la teoría de los contratos administrativos, a momento presente se concreta en el hecho de que si el contrato no califica como administrativo entonces la Administración no podrá rescindir, interpretar o modificar unilateralmente dicho negocio jurídico, sino que por el contrario deberá, como cualquier particular, acudir ante el juez, que en el caso venezolano será como hemos visto el contencioso administrativo, con la finalidad de resolver las controversias que se susciten.

Por otra parte, queremos señalar que nos luce errado argumentar que la teoría del contrato administrativo ha fenecido como consecuencia de que en derecho venezolano, ya no tiene utilidad a los fines de determinar el tribunal competente para conocer de dichos contratos. En este sentido, estimamos que la forma o tribunal competente para la impugnación de un determinado acto jurídico no puede considerarse como un índice revelador de su naturaleza jurídica, siendo que en todo caso, el proceso lógico sería el contrario, es decir, la naturaleza jurídica de un acto jurídico es lo que eventualmente, y ante ausencia de norma legal expresa, nos permitiría determinar su modo de impugnación.

VII. CONCLUSIÓN

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que a pesar de que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010)²⁰ y de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010)²¹ se ha obviado cualquier referencia expresa a los contratos administrativos, tales normas son de contenido adjetivo, sólo regulan los procedimientos judiciales mediante los cuales operan la Justicia Constitucional y Contencioso-Administrativa, respectivamente, por lo cual y teniendo en cuenta la naturaleza sustantiva de la teoría de los “contratos administrativos”, consideramos que, tales normas no vacían de contenido los valores y principios contenidos en el mencionado fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte

²⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.451 de fecha 22 de Junio de 2010.

²¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reformada en fecha 26 de junio de 2010, publicada en Gaceta Oficial N° 39.451.

Suprema de Justicia del 14 de junio de 1983, caso Acción Comercial, referente, precisamente, a los contratos administrativos.

Como consecuencia de lo anterior, la Teoría del Contrato Administrativo y las consecuencias jurídicas que tal calificación implican siguen teniendo aplicación en Venezuela, a pesar de su exclusión en las normas reguladoras del contencioso administrativo, tal como lo ha afirmado la doctrina más autorizada y reciente en el país, al señalar que la teoría del contrato administrativo revela que no se trata de un mero ejercicio de sistematización teórica o didáctica, sino una categoría autónoma en el plano sustantivo con elementos que no sólo le otorgan utilidad práctica sino que lo individualizan en su régimen jurídico²².

En virtud de lo antes dicho, podemos concluir que la teoría del contrato administrativo, correctamente aplicada, es perfectamente consona con las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas.

²² José Araujo-Juárez, El Contencioso de los Contratos Administrativos en XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Horizonte C. A., Barquisimeto, 2013, p. 239 a la 276. En igual sentido puede consultarse con provecho la obra del maestro José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ta edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009. p. 55.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE JURIDICIDAD

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

INTRODUCCIÓN

¿Es posible admitir la existencia de un recurso autónomo de casación en el contexto del Contencioso Administrativo? Tradicionalmente la práctica forense y hasta la propia jurisprudencia de nuestros tribunales de lo contencioso administrativo, habían dado una respuesta negativa al planteamiento en cuestión, sobre todo por los moldes civilistas y iusprivatistas que, a veces, han ahogado por su rigidez al desarrollo del derecho constitucional y del derecho administrativo en Venezuela. Sin embargo, tal como señalamos en anterior oportunidad¹, consideramos que la Constitución vigente tal como sucedía con la Constitución de 1961² no excluye esta posibilidad, al señalar en el artículo 266 numeral 8 que es atribución del Tribunal Supremo de Justicia “Conocer del recurso de casación”, sin excluir a ninguna Sala de su conocimiento.

Hasta el presente esa norma constitucional, que atribuye la competencia para conocer del recurso de casación al Tribunal Supremo de Justicia, había sido interpretada restrictivamente en el sentido de considerar que ese recurso de capital importancia sólo existía en materia civil, mercantil y del trabajo, y, en materia penal, para ser conocido respectivamente por la Sala de Casación Civil, por la Sala de Casación Social, y por la Sala Penal de nuestro alto Tribunal.

Había quedado entonces, un enorme vacío en lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa y a su máximo Tribunal: la Sala Político-Administrativa del ahora Tribunal Supremo de Justicia, porque según la señalada interpretación no existía el recurso de casación en la materia contencioso-administrativa.

¹ Enrique Iribarren Monteverde, “El recurso de casación contra algunas de las sentencias que dicta la corte primera de lo contencioso administrativo”, Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N° 3, 1988. pp. 81-111.

² El ordinal 10 del artículo 215 de la Constitución de 1961 disponía que era atribución de la extinta Corte Suprema de Justicia: “Conocer del recurso de casación”.

Ahora bien, siendo coherente con la posición que asumimos en el trabajo ya citado, tenemos la convicción de que el artículo 266 numeral 8 de la Constitución vigente, pueda entenderse de un modo más amplio, porque en derecho constitucional y administrativo venezolanos hay suficientes elementos de juicio que podrían permitirnos concluir que en los actuales momentos, el recurso de casación en lo contencioso-administrativo existe.

En efecto, después de una transitoriedad de más de treinta años, fue dictada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa³ cuyo artículo 95, establece el denominado “recurso de juridicidad”, en unos términos un poco confusos y ambiguos, al señalar que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá “revisar” las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el “ordenamiento jurídico”.

Así las cosas, creemos que la mencionada norma debe ser interpretada armónicamente con la Constitución, mediante la técnica de “la interpretación progresiva de la ley” para concluir que en realidad lo que consagró el legislador con tales expresiones no es otra cosa que el recurso de casación en el contencioso administrativo venezolano. Ahora bien, no obstante lo anterior la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia recaída en el asunto HOTEL TAMANACO C.A., dictada el 17 de noviembre de 2010, acordó una medida cautelar de suspensión de efectos de los artículos 95 al 100 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en consecuencia ordenó la suspensión e inaplicación del “recurso especial de juridicidad” por considerar que *“que dicho medio de impugnación implique la invasión de atribuciones de revisión que son competencia exclusiva y excluyente de esta Sala”*.

En este sentido, resulta evidente que, a juicio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el recurso especial de juridicidad constituye un recurso mucho más amplio que el de revisión constitucional (artículo 336 n.º 10, Constitución de 1999), lo cual a nuestro juicio puede llevar a dicha Sala, en la decisión definitiva a declarar

³ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 377.244 del 16 de junio de 2010.

la nulidad por inconstitucionalidad de dichos artículos, con todas las consecuencias negativas que ello supondría para el sistema contencioso administrativo venezolano; consecuencias fácilmente evitables si se interpretara sanamente los mencionados artículos mediante la técnica de “la interpretación progresiva de la ley”, y se concluyera que el “recurso de juridicidad”, en verdad es la “casación contencioso administrativa”.

En aras de la mayor claridad dividiremos la presente exposición en dos partes que corresponden a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los principios generales de la casación en el derecho administrativo clásico, y cuál es el grado de aplicabilidad de esos principios al ordenamiento jurídico venezolano? (I); y, ¿cuál es el alcance y significado del artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa interpretado armónicamente mediante la técnica de “la interpretación progresiva de la ley” conjuntamente con el artículo 266 numeral 8 de la Constitución? (II).

I. TEORÍA GENERAL DE LA CASACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO⁴

A) La Casación en el Derecho Administrativo Clásico

En derecho administrativo francés, la existencia en cabeza del máximo organismo jurisdiccional en lo contencioso-administrativo -el Consejo de Estado- del recurso de casación contra algunas de las decisiones de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, es hoy en día absolutamente incontestable.

El profesor Jean Rivero lo explica de una manera clara y sencilla: “El Consejo de Estado es JUEZ DE CASACION, en relación a todas las jurisdicciones administrativas que estatuyen en ULTIMA INSTANCIA. El recurso en casación está abierto SIN TEXTO, EN VIRTUD DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO (C.E. 7 de febrero de

⁴ Esto como fue ya expuesto desde 1988, en derecho público venezolano, en nuestro trabajo arriba citado “El recurso de casación contra algunas de las sentencias que dicta la corte primera de lo contencioso administrativo” en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 3, 1988, pp. 81-111.

1947, D'AILLIERES, G.R. A.R., P-303). Él está únicamente excluido en caso que el legislador lo haya EXPRESAMENTE DESCARTADO. Desde que a un organismo, estatuyendo en ULTIMA INSTANCIA, se le reconoce el carácter de jurisdicción administrativa, el recurso en casación está abierto contra sus decisiones, AUN SI LA LEY DECIDE QUE ELLAS SON “DEFINITIVAS”, fórmula que no es juzgada suficientemente neta por el Consejo de Estado para excluir su control por la vía de la casación” (mayúsculas y destacados nuestro).⁵

André de Laubadère por su lado comenta: -“El recurso de casación es un recurso de anulación dirigido contra una decisión jurisdiccional. Sabido es que tal recurso, que existe en el contencioso judicial bajo la forma de proveimiento ante la Corte de Casación existe también en el contencioso-administrativo, que él es ejercido para ante el Consejo de Estado, juez administrativo de casación (o para ante la comisión especial de casación de las pensiones militares), y que él está dado en relación a las sentencias de todos los tribunales administrativos inferiores distintas de aquellas de las cuales ya conoce el Consejo de Estado por la vía de la apelación”.⁶

Georges Vedel precisa: “El recurso en casación está abierto contra toda decisión de una jurisdicción administrativa estatuyendo en última instancia. La regla fue *afirmada* por la decisión D'AILLIERES (C.E. 7 de febrero de 1947, R.D.P. 1947, p-68 note Waline), y *confirmada* por el artículo 20, numeral 80 del decreto del 28 de noviembre de 1953” (destacados nuestros).⁷

Entonces, en una primera aproximación puede constatarse como en el sistema contencioso-administrativo más desarrollado de los ordenamientos jurídicos del mundo occidental, el recurso de casación contra las sentencias de los tribunales administrativos que no tienen apelación, es un recurso de derecho común que existe aunque un texto de ley disponga que contra determinadas de sus decisiones “no se oirá recurso alguno”. Y esto es así, cuando menos desde la decisión de principio D'AILLIERES adoptada por el Consejo de Estado en 1947.

⁵ Jean Rivero, *Droit Administratif*, 10^{ème} édition, Dalloz, 1983, p. 203.

⁶ André De Laubadère, *Traité de Droit, Administratif*, Tome 1, 9^{ème} édition, L.G.D.J., 1984, p. 619.

⁷ Georges Vedel, *Droit Administratif*, P.U.F., 8^{ème} édition, 1982, p. 831.

Sin embargo, los profesores Auby y Drago, demostraron netamente que aunque en un primer momento el recurso por exceso de poder (anulación) y el recurso de casación en lo contencioso-administrativo tuvieron un origen común, éste se remonta mucho antes de 1947.

Auby y Drago, se refieren en primer lugar a los orígenes comunes de ambos recursos: “En la época imperial y bajo la Restauración, el recurso en anulación presentaba todavía caracteres muy imprecisos y nadie soñaba siquiera en distinguir los recursos que eran dirigidos contra los actos que emanaban de las autoridades administrativas y aquellos dirigidos contra los actos de las jurisdicciones administrativas, tanto más cuanto la noción de jurisdicción administrativa especializada era poco precisa, salvo en lo relativo a los Consejos de Prefectura y a la Corte de Cuentas. Pero es justamente a propósito de esta última jurisdicción que el recurso en casación va a aparecer. El artículo 17 de la ley del 16 de septiembre de 1807 instituyó un recurso por violación de formas y de la ley contra las sentencias de la Corte de Cuentas. Este recurso era ejercido ante el Consejo de Estado y él fue expresamente calificado ‘e ‘demanda en casación’. Desde esa época, el recurso contra las sentencias de la Corte de Cuentas, presenta los caracteres de un recurso en casación, es decir que él es de la misma naturaleza que los proveimientos que eran ejercidos ante la Corte de Casación (al respecto puede verse: C.E. 28 de julio de 1819, MINISTRE DES FINANCES c/CATOIRE, DUSQUENOY, et Cié, Sirey 1819. Tome II, Pág. 117 y la nota)”.

En cuanto a las otras jurisdicciones administrativas, el recurso ante el Consejo de Estado no era posible sino en el caso de haber sido expresamente previsto por la ley. Si no, él era inadmisibles (ver: C.E. 6 de agosto de 1824, FERLUS, recuento Roche y Lebon, Tomo III, pág. 512; 25 de julio de 1827, GUILLARE), recuento Roche y Lebon, Tomo IV, pág. 208, a propósito de las jurisdicciones universitarias) porque el Consejo de Estado consideraba que esas jurisdicciones estaban investidas por el legislador, de una “autoridad igual a la suya” (CORMENIN: Cuestiones de Derecho Administrativo, 1ra. edición, 1822. Tomo II, pág. 298).

Es en 1829 que el Consejo de Estado parece comenzar a tener una concepción más clara de aquello que podría ser un recurso de casación

ejercido ante él. De este modo, aunque las decisiones de los Consejos de Revisión son llamadas “definitivas”, él admitió que las mismas podrán serle deferidas por los motivos de “exceso de poder” tal y como eran concebidos en aquella época (C.E. 21 de enero de 1829, BRIERE, recuento Lebón, pág. 121, nota Macarel). Pero la confusión con el recurso por exceso de poder (recurso de anulación) fue total a partir del momento en el cual, en todos los casos, era invocada como fundamento de ambos recursos la ley del 07-14 de octubre de 1790 (al respecto ver: C.E. 28 de diciembre de 1832, GARDE NATIONALE DE PARIS, recuento Lebon, pág. 735, a propósito de las sentencias de los jurados de revisión de la Guardia Nacional).

Los recursos por exceso de poder (anulación) y de casación se presentaban entonces confundidos y netamente distinguidos de los “recursos contenciosos” (Ver CORMENIN: Cuestiones de Derecho Administrativo, 4ta. edición, 1837, Tomo I, pág. 285, y N° 1.361 *supra*). Todos los recursos en anulación eran presentados como siendo de la misma naturaleza que el “recurso en casación judicial”, y por consiguiente, el Consejo de Estado no podía, en todos los casos, examinar los hechos”.⁸

Luego, Auby y Drago destacan la manera cómo ambos recursos fueron tomando cada uno su propio perfil desde finales del siglo XIX, gracias a la sistematización que hizo Laferrière de las ideas del autor Bouchené-Lefer: “Laferrière es a menudo presentado como el principal autor de la distinción entre el recurso por exceso de poder y el recurso de casación administrativa. Sin embargo, el señor Peiser (‘El recurso en casación en el derecho administrativo francés’, 195, páginas 88 y siguientes) mostró muy bien que es inicialmente a Bouchené Lefer que se la debemos. Es éste, quien debía, por primera vez resaltar que, en un caso, el recurso es dirigido contra un acto jurisdiccional y, en el otro, contra un acto administrativo (ver sus ‘Principios y Nociones Elementales de Derecho Público Administrativo’, 1862, Tomo VIII, pág. 623, y su artículo: ‘De la distinción entre la autoridad administrativa y la jurisdicción administrativa, o del contencioso y del no contencioso-administrativo’, Revista Práctica, 1864, pág. 433 y s.)”.

⁸ J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, Tome 2, L.G.D.J., 1984, pp. 592 y 593

Después de 1872, la distinción se hace más evidente, aunque la ley del 24 de mayo de 1872 (artículo 9) solamente haya consagrado para ser ejercidos ante el Consejo de Estado, recursos contra los actos “de las autoridades administrativas” (ver las conclusiones del Comisario de Gobierno Chante-Grellet, en la sentencia del Consejo de Estado del 13 de noviembre de 1885, PASSERAT DE LA CHAPELLE, recuento Lebon, pág. 936). Pero es Laferrière (Tratado, primera edición, 1889, Tomo 1, pág. 278) quien iba a indicar de la manera más neta que el recurso por exceso de poder, dirigido contra un acto administrativo, no debe ser confundido con el recurso en casación dirigido contra la decisión de una jurisdicción administrativa que estatuya en última instancia”.⁹

En fin, los profesores Auby y Drago, luego de hacer algunas consideraciones sobre el acercamiento que hubo de los dos recursos a partir de 1940, y de la separación evidente que se produjo con la reforma del sistema contencioso-administrativo francés acaecida en 1953, ponen de relieve el carácter de “recurso de derecho común que tiene el recurso de casación administrativa, en los siguientes términos: “Desde el momento en el cual el recurso fue admitido, es decir después de 1829, el Consejo de Estado ha considerado que el recurso de casación administrativa (tal, como era concebido en aquella época) existía sin necesidad de estar expresamente previsto en un texto legal contra las sentencias rendidas en última instancia (ver por ejemplo, C.E. 21 de agosto de 1832, THEVENARD, recuento Lebon, pág. 313). Más tarde, este carácter de ‘derecho común’ fue fundado en las leyes del 07-14 de octubre de 1790 y en el artículo 9 de la Ley del 24 de mayo de 1872 (ver: Laferrière: Tratado, 2da. edición, Tomo II, pág. 576). No solamente no era necesario un texto legal expreso, sino que incluso el Consejo de Estado consideraba que el recurso existía aunque la ley que instituyera la jurisdicción administrativa consagrara que sus sentencias eran ‘definitivas’ o ‘insusceptibles de recurso’, ya que tales fórmulas no podían entenderse como excluyendo al recurso de casación (ver: C.E. 24 de abril de 1923, SOCIETE LA CERESITE, recuento Lebon, pág. 365), de la misma manera que esas fórmulas tampoco excluyen al recurso por exceso de poder”.

Este carácter de recurso de derecho común, fue afirmado a propósito de las decisiones rendidas por el Jurado de Honor, jurisdicción de

⁹ Ibid., p. 593.

lo contencioso-administrativo que había sido creada para decidir acerca de la ineligibilidad de los parlamentarios que en 1940 a favor de los plenos poderes constitucionales acordados al gobierno presidido el Mariscal Petain (C.E. 7 de febrero de 1947, D'AILLIERES, recuento Lebon, pág. 50; R.D.P., 1947, pág. 68 con las conclusiones del Comisario de Gobierno Odent, y la nota del señor Waline; J.C.P., 1947, Tomo II, pág. 3.508, nota Morange). El Consejo de Estado decidió que “la expresión que ha usado el legislador no puede ser interpretada, en la ausencia de una voluntad contraria claramente manifestada por los autores de la disposición, como excluyendo el recurso en casación ante el Consejo de Estado”. La misma solución fue adoptada a propósito de las decisiones rendidas por el Consejo Superior de la Magistratura.¹⁰

Por su parte, el ilustre tratadista Raymond Odent nos explica que “toda decisión rendida en última instancia por una jurisdicción administrativa puede ser objeto del recurso de casación ante el Consejo de Estado, aun en el caso de decisiones calificadas de ‘definitivas’ o declaradas ‘sin recurso’ o ‘no siendo susceptibles de ningún recurso’. (C.E. 21 de enero de 1829. BRIERE, recuento Lebon, pág. 443; 4 sentencias del 15 de julio de 1832, GUARDIA NACIONAL DE PARIS, recuento Lebon, pág. 382; sentencia del 1º de febrero de 1947, ROUX, recuento Lebon, pág. 300; y la decisión del Consejo de Estado en Asamblea del 7 de febrero de 1946, D'AILLIERES, recuento Lebon, pág. 50; igualmente Laferrière, ‘Tratado de la Jurisdicción Administrativa’, Tomo II, pág. 550, París, 1888)”.¹¹

Para terminar destacando que el decreto del 30 de septiembre de 1953, por el cual se reformó la estructura del sistema contencioso-administrativo en Francia, al disponer en su artículo 2, último aparte, que el Consejo de Estado es el único organismo de la jurisdicción contencioso-administrativa competente para estatuir sobre los recursos en casación administrativa, fue sólo para *reafirmar* una competencia autónoma que venía formándose por la vía jurisprudencial cuando menos desde 1829 con la sentencia BRIERE. Así, afirma Odent: “A este respecto, el decreto del 30 de septiembre de 1953 no contiene ninguna innovación.

¹⁰ Ibid., pp. 596 y 597

¹¹ Raymond Odent, *Contentieux Administratif*, Institut d' Etudes Politiques de París, 1976-1981, Les cours de droit, 158, rue Saint-Jacques, fascicule III, p. 878.

El último aparte de su artículo 2 *recuerda brevemente* que el Consejo de Estado continúa siendo el único organismo competente (se entiende de la jurisdicción contencioso-administrativa) para estatuir sobre los recursos en casación. Todas las sentencias dictadas en última instancia por las jurisdicciones administrativas pueden ser deferidas al Consejo de Estado y sólo a él (C.E. sección, 5 de enero de 1945, ERB, recuento Lebon, pág. 7) por la vía del recurso en casación. La regla es absoluta, y ella se aplica no solamente en caso de silencio de los textos legales, sino incluso en los casos donde un texto podría ser considerado como excluyendo el recurso en casación, a menos que él *prohiba formalmente* ese recurso. *La jurisprudencia es categórica*; ella se remonta a la época de la Restauración y fue confirmada de un modo evidente a propósito del Jurado de Honor; el texto que creó a esta jurisdicción dispuso que sus sentencias no eran susceptibles de recurso alguno y el Consejo de Estado juzgó que tal expresión era insuficiente para excluir el recurso en casación (C.E. en Asamblea, 7 de febrero de 1947, D'AILLIERES, recuento Lebon pág. 50)". (destacados y aclaratoria inicial entre paréntesis nuestra).¹²

Son también interesantes, las consideraciones del profesor Charles Debbasch sobre el tema que estamos tratando. "El recurso de casación formado contra las sentencias dictadas en última instancia permite al juez de casación, el Consejo de Estado, ejercer un control de la legalidad de la sentencia adoptada.

El recurso de casación no conduce a un nuevo examen integral de la instancia. Sin embargo él es *una garantía fundamental para las partes*. Esta garantía, no está referida realmente a la naturaleza del control de la sentencia dictada en última instancia, control de la sola legalidad interna. La importancia del proveimiento en casación proviene esencialmente de la *calidad del juez encargado de examinarlo*. Siendo el juez supremo, él puede velar por la *unidad de interpretación de la regla de derecho*. El asegura a las partes una igualdad en la aplicación de la Ley. Las diferentes jurisdicciones de apelación pueden tener su concepción particular en la comprensión de un texto... (omissis)... Así, cuando se trata de un juez profesional, la orden de los médicos por ejemplo, el proveimiento en

¹² *Ibid.*, p. 847.

casación ante el Consejo de Estado *permitirá aniquilar las tendencias particularistas de la jurisdicción en cuestión*".

Podemos agregar que los miembros del Consejo de Estado se encuentran en ese organismo jurisdiccional en razón de su particular aptitud. Entonces, a esta competencia acrecentada de ese juez, corresponde naturalmente, una protección más grande para las partes".¹³

De un gran interés para nuestro estudio, son también las profundas consideraciones del profesor René Chapus sobre esta materia. "Abierto contra las sentencias dictadas en 'primera y única instancia' o en 'última instancia' (es decir, en apelación), el recurso en casación solamente puede ser ejercido ante el Consejo de Estado, -a reserva de la competencia que fue atribuida a título temporal, por el decreto-ley del 8 de agosto de 1935 a la comisión especial de casación de las pensiones militares de invalidez y de víctimas de la guerra- ...(omissis)... Es esencialmente de las sentencias del propio Consejo de Estado, así como de algunas disposiciones contenidas en los textos, que resulta el régimen del recurso en casación administrativa.

Las sentencias que dicta el Consejo de Estado como juez de casación aparecen a primera vista como poco numerosas: representan aproximadamente el 2% de la actividad jurisdiccional del Consejo de Estado (media redondeada de los años 1975-1976 a 1980-1981), con variaciones en cifras absolutas entre un mínimo de 30 sentencias en 1975-1976 y 200 en 1980- 1981 (ver: estadísticas publicadas en los Estudios y Documentos del Consejo de Estado).

He aquí una situación de hecho que no debe, de entrada, sorprendernos. Por una parte porque resulta simplemente del hecho de que la principal jurisdicción que estatuye en 'primera y única instancia' o en 'última instancia' es el mismo Consejo de Estado. Por otra parte, tal situación puede encontrar explicación en el hecho de que entre las jurisdicciones especiales cuyas sentencias son susceptibles de recursos en casación, -unas como la Corte de Cuentas son jurisdicciones que inspiran suficiente confianza a sus justiciables, y éstos quedan satisfechos con ellas, y las otras son jurisdicciones que normalmente tienen una actividad reducida.

¹³ Charles Debbasch, *Contentieux Administratif*, Précis Dalloz, Troisième édition, 1981, pp. 623 y 624.

Pero, luego esa situación de hecho no debe conducir a considerar que el recurso de casación administrativa tenga poco interés. Por una parte, él reafirma *la unidad* del orden de las jurisdicciones administrativas, es decir *su existencia misma*, que implica la de una Corte Suprema dentro de ese orden. Por la otra, el recurso de casación asegura la *necesaria coordinación* a través de esa Corte Suprema, ante la cual se juzgará la manera de juzgar de todas las jurisdicciones distintas de aquellas que conociendo de un asunto en primera instancia luego tienen apelación. Es decir, que al mismo tiempo, el recurso de casación permite sancionar la obligación de las jurisdicciones que conocen de asuntos ‘en primera y única instancia’ o en ‘última instancia’ de juzgar conforme a la ley” (destacados nuestros).¹⁴

Continúa Chapus remarcando los siguientes caracteres del recurso de casación en lo contencioso-administrativo: “la función del recurso de casación es la de asegurar la conformidad de las sentencias a la ley, y por ende la unidad y coherencia de la interpretación de la ley (entendiendo por ésta a la ‘regla de derecho’ en general) por los tribunales. Para retomar la expresiva fórmula de Laferrière: ‘el juez de casación no está llamado a juzgar los procesos, sino solamente a pronunciarse sobre la legalidad de las sentencias que los juzgan’ (Tratado, Tomo 2, pág. 589). En resumen, su misión es la de juzgar, no los litigios sino las sentencias. Es por eso que la jurisdicción de casación no constituye una nueva instancia.

Si aparece que la sentencia dictada no es lo que debía ser, en los términos según los cuales el control de casación es ejercido, ella será anulada; pero es al organismo jurisdiccional que la ha dictado (a los jueces del fondo) que corresponderá volver a juzgar el litigo.

Haciendo un estado de cuenta del derecho al final del siglo XIX, Laferrière escribía: ‘Cuando no existe un texto consagrando el recurso de casación en relación a una jurisdicción determinada, éste está abierto en virtud de los principios generales del derecho’. El agregaba, que no era suficiente razón para excluirlo el hecho de que una ley presentase a ciertas sentencias como adoptables ‘sin ningún recurso’, fórmula que

¹⁴ René Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, Éditions Montchrestien, 1982, pp. 526 y 527.

desde entonces era interpretada como excluyendo sin duda alguna la apelación, pero no el recurso de casación (Tratado, Tomo 2, pág. 576).

El estado del derecho no ha cambiado. La disposición enunciando que una sentencia ‘no es susceptible de recurso alguno’, no puede ser interpretada, ‘en ausencia de una voluntad contraria claramente manifestada’ por el legislador, ‘como excluyendo el recurso en casación ante el Consejo de Estado’ (C.E. 7 de febrero de 1947, D’AILLIERES, recuento Lebon, pág. 50...).

Es necesario comprender entonces que el recurso de casación en lo contencioso-administrativo está abierto contra ciertas sentencias de los organismos jurisdiccionales de ese sistema, en virtud de LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, y que sólo una disposición legislativa explícita puede descartarlo”.¹⁵

Sobre esta sentencia de principio D’AILLIERES dictada por el Consejo de Estado en 1947 y tantas veces citada, comentan Long, Weil y Braibant: “La sentencia D’AILLIERES consagra que el recurso de casación es siempre posible contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas estatuyendo en última instancia: esto es así no solamente en ausencia de un texto normativo que lo prevea expresamente, sino aún en caso que la ley haya dispuesto que la decisión no sería ‘susceptible de recurso alguno’, porque tal disposición no puede ser interpretada como excluyendo al recurso de casación. Este último constituye un recurso de derecho común, al mismo título que el recurso por exceso de poder”.¹⁶

Para finalizar esta breve revisión que hemos pretendido hacer sobre el recurso de casación administrativa en el sistema contencioso-administrativo clásico, resultan de capital importancia las enjundiosas apreciaciones que sobre la materia trae el señor Denis Jacquemart en su tesis: “El Consejo de Estado, juez de casación”. De entrada, Jacquemart afirma que la casación debe ser considerada en abstracto y no como una particularidad del derecho privado, siendo esta argumentación una sólida base para estimar que el recurso de casación administrativa es

¹⁵ Ibid., p. 528.

¹⁶ Marceau Long, Prosper Weil Et Guy Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^{ème} édition, Sirey, Paris, 1978, p. 303.

perfectamente autónomo de otros recursos de casación ante otras jurisdicciones: “Este recurso interviene ciertamente en materia administrativa, pero no hay que olvidar que es un recurso en casación sometido, a este título, a ciertas reglas que la técnica jurídica permite establecer. De esta constatación muy simple, será posible tomar partido ulteriormente al plantear en derecho administrativo el problema de la autonomía del proveimiento en casación: Tendremos aquí sin ninguna duda, un argumento a favor de la independencia de este recurso; además, aunque la casación judicial haya aparecido primero, es posible afirmar que el Consejo de Estado, juez de casación, no ha imitado servilmente a la Corte de Casación: ambos han acudido a una fuente común, el derecho de la casación considerado en abstracto”.¹⁷

Luego, esboza este autor los principios generales de toda casación, aplicables a la casación administrativa. Así la casación se apoya sobre tres principios básicos: 1. La revisión en casación no constituye un nuevo grado de jurisdicción; 2. La revisión en casación no versa sobre los hechos; y 3. La revisión en casación se limita a anular la sentencia casada y a reenviar el examen del asunto a otro tribunal.¹⁸

En resumen, y a modo de conclusiones parciales de esta subparte de nuestra comunicación, puede afirmarse que:

1. La casación contra algunas sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa existe cuando menos desde 1819 (C.E. 28 de julio de 1819, *MINISTRE DE FINANCE c/CA- TOIRE, DUSQUENOY et Cié, Sirey, 1819, Tome II, pág. 117 y la nota*).
2. Ese recurso de casación puede ejercerse contra las sentencias dictadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo, distintos al Consejo de Estado, ‘en primera y única instancia’ o en ‘apelación’.
3. Es un recurso autónomo e independiente del recurso de casación en lo civil o mercantil, aunque participa de los caracteres comunes a toda casación considerada en abstracto.

¹⁷ Denis Jacquemart, *Le Conseil D’Etat, juge de Cassation*, Bibliotheque de Droit Public, Tome XIII, 1957. p. 12.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 12 y 13.

4. La casación en lo contencioso-administrativo es un recurso de derecho común, que existe en virtud de los principios generales del derecho reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En consecuencia, él existe de pleno derecho contra las indicadas sentencias, sin necesidad de que ningún texto de ley lo consagre, y aun en los casos en que la ley disponga que contra tales sentencias “no se oirá recurso alguno” (C.E. 7 de febrero de 1947, D’AILLIERES, recuento Lebon, pág. 50).
5. El recurso de casación en lo contencioso-administrativo es una garantía fundamental para las partes dada la óptima calidad del juez supremo encargado de conocerlo. Con él se asegura tanto la unidad y coherencia de interpretación de la regla de derecho, como la eliminación de las tendencias particularistas de los tribunales de lo contencioso-administrativo distintos al Consejo de Estado.

Entonces, pasemos a ver cómo es perfectamente posible sostener que estos principios generales del derecho administrativo clásico son aplicables al ordenamiento jurídico venezolano.

B) La Teoría de la Casación Administrativa y la llamada interpretación progresiva de la Ley

En el contexto de esa teoría General del Derecho Procesal Administrativo existe la teoría de la casación administrativa en el derecho administrativo clásico, como lo hemos plenamente demostrado anteriormente. Y, esa teoría de la casación administrativa puede muy bien germinar en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la llamada “interpretación progresiva de la Ley”.

La máxima expresión de esa tendencia jurisprudencial llamada de “la interpretación progresiva de la ley” es la sentencia de principio de nuestro derecho de lo contencioso-administrativo PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS Inc. contra el MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES, dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 11 de mayo de 1981, bajo ponencia de la doctora Josefina Calcaño de Temeltas.

En esta sentencia se dejó sentado que “cuando un cuerpo legal especial concede *apelación* contra un acto administrativo por ante un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa *debe entenderse* que se trata *en su lugar* del recurso contencioso-administrativo previsto en la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia” (destacados nuestros).

Aquí, evidentemente para bien, se cambió el sentido que venía atribuyéndosele a una expresión utilizada con frecuencia por el legislador y que hasta ese entonces era entendida de otro modo.

Como fundamento de su audaz actitud el propio sentenciador afirmó: “cierto es igualmente que este órgano jurisdiccional no puede, por esta vía, anular disposiciones legales, ni mucho menos derogarlas. PERO LO QUE SÍ PUEDE Y CORRESPONDE HACERLO A ESTE MÁXIMO TRIBUNAL DE LA REPÚBLICA ES INTERPRETAR EL SENTIDO DE LAS LEYES Y ADAPTARLAS PROGRESIVAMENTE “A LA SENSIBILIDAD, PENSAMIENTO Y NECESIDADES DE LOS NUEVOS TIEMPOS”, A FIN “DE PONERLAS A TONO CON EL NUEVO ORDEN ESTABLECIDO Y PARA RECHAZAR TODO PRECEPTO ANACRÓNICO QUE SE OPONGA A SU EFECTIVA VIGENCIA”.¹⁹

Pero este especial tipo de interpretación no sólo se ha visto en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sino que también se ha concretado en la jurisprudencia de otros tribunales de lo contencioso administrativo.

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, es un alto Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa, que en ocasiones ha sido particularmente audaz, al realizar interpretaciones complementarias de lo que debe tenerse por el alcance y significado real de las expresiones usadas por el legislador, llegando incluso a descalificar directamente expresiones clarísimas empleadas por éste.

A título de ejemplo de esto último podemos señalar la sentencia dictada por esa Corte Primera en fecha 6 de diciembre de 1984, recaída en el caso ARTURO CORREA RODRÍGUEZ contra la CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO CARABOBO; en la cual, luego de

¹⁹ Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 11 de Mayo de 1981, p. 10 del Texto original.

una serie de argumentaciones particularmente discutibles, se afirmó: “ahora bien, es obvio que el LEGISLADOR tanto nacional como estatal, en las leyes de la Contraloría General de la República, y en la Ley de Contraloría del Estado Carabobo, INCURRIÓ EN UNA EVIDENTE IMPRECISIÓN al calificar como de “plena jurisdicción” los recursos que establecía contra los reparos que formularsen las Contralorías, y que facultaban al destinatario de tal providencia para ocurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, enarbolando una pretensión de nulidad cuando dicha actuación fuese contraria a derecho. CIER-TAMENTE, EL LEGISLADOR UTILIZÓ UNA CALIFICACIÓN INFELIZ para el recurso de nulidad que allí se definía, POR CUANTO HA DEBIDO DENOMINARLO COMO LO QUE ES, COMO UN RECURSO DE NULIDAD, Y NO COMO UN RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN”; (mayúsculas y destacados nuestros).

Resulta a nuestros ojos evidente, que en el caso antes señalado, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo interpretó la ley más que progresivamente, yendo incluso en contra de lo que expresamente había dispuesto el legislador.

Pero, este no es el único caso de interpretación progresiva de la ley por parte de esa honorable Corte Primera, quien en una extraordinaria sentencia del 13 de diciembre de 1984, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de justicia,²⁰ al analizar el dispositivo técnico del artículo 132 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -cuando establece que las faltas de los Secretarios, Alguaciles y demás empleados serán sancionadas por el Presidente o juez respectivo, según el caso, SIN ULTERIOR RECURSO- dejó sentado que la negativa de la ley de admitir ulteriores recursos contra un acto administrativo debe ser interpretada en el sentido de limitarla a los que puedan interponerse en sede administrativa.²¹

En palabras más sencillas tanto la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Primera de lo Contencioso-

²⁰ Sentencia de la Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de octubre de 1983, caso HELENA COLINA contra el CONSEJO DE LA JUDICATURA, Gaceta Forense, Tercera Etapa, 1983, (sep. A dic.) N° 122, volumen 5, pp. 159 a 164.

²¹ Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 13 de diciembre de 1984, *Revista de Derecho Público*, N° 20, octubre-diciembre, p. 152

Administrativo, interpretando progresivamente la ley, dejaron sentado que cuando una ley dispone que contra un acto administrativo, no habrá recurso alguno, debe entenderse que se trata de los recursos de revisión en sede administrativa, quedando siempre la posibilidad de ejercer el recurso contencioso-administrativo de anulación. Así, se hizo avanzar notablemente al sistema contencioso-administrativo venezolano.

Como puede constatarse, existen en nuestra jurisprudencia varios casos de interpretación progresiva de la ley, y en ninguno de ellos ha cabido alegar la máxima: “donde no distingue el legislador que no distingue el intérprete”, a modo de obstáculo y en la ocurrencia, es la interpretación progresiva de la ley, lo que servirá de base para permitir el reconocimiento de la existencia del recurso de casación en el contencioso-administrativo venezolano.

Entonces, para concebir un nuevo alcance del artículo 266 numeral 8 de la Constitución de 1999, debe procederse a interpretar progresivamente el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con la finalidad de dejar en evidencia el verdadero alcance y significado de la facultad de la Sala Político- Administrativa de “revisar” las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico, como una competencia jurisdiccional enteramente diferente de la que tiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con base en el artículo 336 n.º 10, de la Constitución de 1999.

II. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 95 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) Criterio asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia recaída en el asunto HOTEL TAMANACO C.A., dictada el 17 de noviembre de 2010.

En efecto, unos pocos meses después de publicada la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se presentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia demanda

de nulidad por inconstitucionalidad contra los artículos 23 numeral 18, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101 y 102, integrantes del Capítulo IV, Título IV de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como del cardinal 18 del artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conjuntamente con solicitud de medida cautelar a los fines de suspender los efectos legales de las normas cuya nulidad se pide.

Como consecuencia de la acción judicial intentada la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Mediante decisión N° 1149 del 17 de noviembre de 2010, la Sala Constitucional, con ponencia del Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón, **admitió** el recurso de nulidad y **acordó** la medida cautelar solicitada y suspendió las normas impugnadas y, en consecuencia, la **inaplicación** del recurso especial de juridicidad previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

La mencionada inaplicación del recurso especial de juridicidad se acordó bajo los siguientes argumentos:

“En el caso que nos ocupa, se observa que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se previó, de manera novedosa, un recurso “especial” denominado de juridicidad, mediante el cual se atribuye a la Sala Político de este Tribunal Supremo de Justicia, “revisar” las sentencias “*definitivas de segunda instancia*” cuando éstas “*traspreden el ordenamiento jurídico*”. Esa Sala, una vez tramitado el recurso conforme al procedimiento especial consagrado en la mencionada ley (artículos 96 al 100), dictará sentencia en la que podrá declarar “*la nulidad de la sentencia recurrida*”, ordenando la reposición del procedimiento o “*resolver el mérito de la causa*” a fin de “*restablecer el orden jurídico infringido*” (artículo 101). Así, se le atribuye a la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal la potestad de revisión de sentencias definitivas de segunda instancia bajo el fundamento de trasgresión del ordenamiento jurídico, pudiendo la referida Sala conocer nuevamente del mérito de la causa para restablecer el orden infringido.

De lo antes expuesto, y sin que ello implique un adelanto sobre el asunto de fondo, se observa que se atribuye a la Sala Político Administrativa una amplia facultad de *revisión* de sentencias, facultad

aún más amplia que la otorgada de forma exclusiva y excepcional a esta Sala Constitucional por disposición del artículo 336, cardinal 10 de la Constitución y desarrollada en los artículos 25, cardinales 11 y 12 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; pues, mediante el recurso “especial” de juridicidad, se le permite a la mencionada Sala Político Administrativa revisar una sentencia, que ya tuvo un doble grado de conocimiento, y anularla bajo el nuevo examen del mérito de la causa, sin más limitación o fundamento que la trasgresión del ordenamiento jurídico”.

La mencionada decisión merece algunos comentarios. En primer lugar, debemos señalar que la Sala Constitucional, al momento de proveer sobre la medida cautelar solicitada se limitó a un análisis exegético y literal de los dispositivos legales, para llegar a una infundada conclusión, -que el recurso de juridicidad es más amplio que la revisión constitucional otorgada exclusivamente a dicha Sala-, y en segundo lugar, la Sala omite cualquier referencia al artículo 266 numeral 8 de la Constitución, con lo cual, a nuestro juicio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, está negando de antemano la posibilidad de dar vida al recurso de casación en el contencioso administrativo, con las nefastas consecuencias que ello podría acarrear ante la nueva configuración orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela.

Ahora bien, no obstante lo anterior, se han presentado hasta la presente fecha 78 recursos de juridicidad ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de justicia²², en los cuales la mencionada Sala difiere el pronunciamiento sobre la admisibilidad hasta tanto se decida el fondo del recurso de nulidad por inconstitucionalidad que se tramita en la Sala Constitucional.

B) Lo que debe entenderse en las expresiones “revisar” las sentencias “definitivas de segunda instancia” cuando éstas “trasgredan el ordenamiento jurídico”.

El artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señala:

²² Datos obtenidos del portal web: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/consulta_redu.asp

“La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, revisar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que trasgredan el ordenamiento jurídico.

El recurso de jurisdicción podrá intentarse contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas.

Este recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de causa”.

Tal como señalamos en el punto anterior, esta norma ha sido interpretada preliminarmente, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como un recurso distinto al de Casación y mucho más amplia en sus facultades que el extraordinario recurso de revisión constitucional, competencia exclusiva de la Sala Constitucional.

Ahora bien la mencionada interpretación, no se corresponde ni con los principios de la teoría de la casación administrativa del derecho contencioso administrativo francés, y mucho menos con el estado actual de desarrollo del sistema contencioso administrativo venezolano.

En efecto, la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sustituye a las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo por los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo (Región Capital, Región Centro-Occidental y Región Nor-Oriental)²³. A su vez, la mencionada ley crea los Juzgados Estadales de lo Contencioso Administrativo, los cuales vienen a sustituir a los hasta ahora denominados “Juzgado Superiores de lo Contencioso Administrativos”, los cuales tienen como competencia propia y excluyente conocer las apelaciones de las decisiones de los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en principio se corresponden, nada más y nada menos, que con las demandas que interpongan los usuarios y usuarias por la prestación de servicios públicos, y las demás que le atribuyan las leyes (artículos 25 numeral 7 y 26 eiusdem).

Esta nueva configuración orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, podría traer consigo algunos efectos negativos derivados de la variada interpretación que los Juzgados Na-

²³ Ver artículo 15 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

cionales de lo Contencioso Administrativo, y los Juzgados Estadales de lo Contencioso Administrativo podrían hacer de los mismos textos legales para la resolución de los asuntos sometidos a su competencia, lo que podría generar inseguridad jurídica en los justiciables al tener interpretaciones jurídicas distintas de los mismos dispositivos legales. Tómese en cuenta que estamos hablando de tres Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo y por lo menos un Juzgado Estadal de lo Contencioso Administrativo, en cada Estado del país.

Sin embargo, el legislador, probablemente consiente de esta situación, erigió por vez primera en cabeza de la Sala Político-Administrativa un recurso en materia contencioso-administrativa que permitiría mantener la uniformidad de la jurisprudencia en la interpretación de la ley, para lograr su aplicación uniforme por parte de los nuevos tribunales Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo y de los demás tribunales que ejerzan la competencia contencioso-administrativa; mitigando de esta forma los efectos negativos que de otra manera se presentarían, tomando en cuenta la autonomía e independencia de cada una de las mencionados Tribunales. Efectos negativos que pensamos se podrían presentar si la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara en la sentencia definitiva la nulidad por inconstitucionalidad de los dispositivos legales que contienen el llamado “recurso de juridicidad”, en el citado caso Hotel Tamanaco.

Entonces, ante esta situación, consideramos válidamente en derecho, que una interpretación constitucionalizante del artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el cual señala que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, “revisar” las “sentencias definitivas dictadas en segunda instancia” que trasgredan el ordenamiento jurídico debería concluir que lo que quiso el legislador establecer fue que “la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, casar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por los tribunales de lo contencioso administrativo que trasgredan el ordenamiento jurídico”.

Es decir, a nuestro juicio, lo que consagró el legislador, por vez primera en Venezuela, es el recurso de casación contencioso administrativo, el cual a nuestro juicio, y siguiendo la letra del artículo 95 eiusdem,

debería proceder contra las sentencias definitivamente firmes dictadas en segunda instancia por los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo y por los Juzgados Estadales de lo Contencioso Administrativo y contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas.

En consecuencia, nuestro criterio, el recurso de casación contencioso administrativo debería proceder contra:

- Las sentencias dictadas por los Juzgados Estadales de lo Contencioso Administrativo, al decidir las apelaciones presentadas contra las decisiones emanadas de los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia de servicios públicos y cualquier otra demanda o recurso que le atribuyan las leyes.
- Las sentencias dictadas por los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo cuando se pronuncien sobre las apelaciones de las decisiones de los juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de las consultas que le correspondan conforme al ordenamiento jurídico.
- Las sentencias dictadas en segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas.

CONCLUSIONES GENERALES

1. En el derecho contencioso-administrativo clásico existe el principio según el cual el recurso de casación en lo contencioso administrativo existe de pleno derecho contra las sentencias dictadas “en primera y única instancia” o en “apelación” por los tribunales de lo contencioso-administrativo distintos al Consejo de Estado –por ser este Corte Suprema-, no solamente cuando los textos callan al respecto sino incluso cuando utilizan la expresión “no se oirá recurso alguno”.
2. En derecho procesal administrativo clásico, se tiene por principio y regla general que para que contra determinadas sentencias de los tribunales de menor jerarquía de lo contencioso administrativo no se pueda ejercer el recurso de casación, este debe estar expresamente excluido. En Venezuela el Constituyente en

el artículo 266 numeral 8, no excluyó expresamente a ninguna Sala del conocimiento del recurso de casación.

3. Es válido en derecho público venezolano la aplicación analógica de los principios que tanto la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo han sentado en relación a la técnica de la “interpretación progresiva de la ley”.

De esta manera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia podría llegar a la conclusión de que lo que pretendió establecer el legislador en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa fue que “la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, casar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por los tribunales de lo contencioso administrativo que trasgredan el ordenamiento jurídico”.

4. En conclusión, lo que consagró el legislador, por vez primera en Venezuela, es el recurso de casación contencioso administrativo, el cual a nuestro juicio, y siguiendo la letra del artículo 95 eiusdem, debería proceder contra las sentencias definitivamente firmes dictadas en segunda instancia por los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo y por los Juzgados Estadales de lo Contencioso Administrativo y contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas.

**ANÁLISIS, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS,
DE LOS ARTÍCULOS 300 Y 301 DE LA LEY
GENERAL DE MARINA
Y ACTIVIDADES CONEXAS**

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos sido invitados por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, a participar en esta Primera Jornada de Derecho Procesal Marítimo. En este sentido, se nos ha pedido una contribución al estudio y análisis de las normas contenidas en los artículos 300 y 301 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, ubicados en el Título VI de la mencionada ley y que lleva por nombre “De las Responsabilidades, Penas y Procedimientos”. Ahora bien, es importante aclarar desde ya que las normas que serán objeto de análisis regulan, a nuestro modo de ver, de manera infeliz, el derecho que tiene toda persona a cuestionar en sede administrativa o judicial las decisiones emanadas del Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA), que los coloquen en una “especial situación de hecho” frente a dicha actuación.

En efecto, el artículo 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas establece que contra los actos emanados del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, los interesados “directos” podrán optar por acudir a la vía administrativa o a la vía jurisdiccional. En caso de optar por la vía administrativa, ésta deberá agotarse “íntegramente” para poder acudir a la vía jurisdiccional.

Por otra parte, el artículo 301 de la mencionada ley señala que contra todo acto administrativo de efectos particulares, los interesados podrán interponer recurso de reconsideración por escrito, cumpliendo los requisitos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de conformidad con los lapsos que allí se establezcan.

Ahora bien, las normas antes señaladas traen a colación dos temas centrales para el derecho administrativo, a saber: I) el relativo a la legitimación activa para la impugnación de actos administrativos, y II) el relacionado con la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa

en Venezuela. Temas, ambos, ya resueltos en el derecho administrativo general, pero que como consecuencia de la deficiente técnica legislativa empleada para la formulación de este tema en, materia marítima, podría eventualmente generar algunos inconvenientes en su aplicación.

Expuesto lo anterior, conviene adelantar que las soluciones, que aparentemente contienen los artículos 300 y 301 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas a los problemas de la legitimación activa para la impugnación de actos administrativos, y al del obligatorio agotamiento de la vía administrativa como pre requisito para poder acudir al contencioso administrativo, parecen estar reñidas con la posición pacífica y reiterada que sobre estos temas han sostenido la doctrina y jurisprudencia venezolana para el derecho administrativo general, como consecuencia de la interpretación de las disposiciones que sobre actos y procedimientos administrativos contiene la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De este modo, con la finalidad de mantener la estructura del discurso pasaremos a exponer cuál ha sido el tratamiento que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha dado a estos temas en interpretación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para luego determinar si tales soluciones pueden ser aplicadas armónicamente con las disposiciones de la Ley General de Marina y Actividades Conexas.

II. TRATAMIENTO DE ESTOS TEMAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

A) Legitimación para la impugnación de actos administrativos

La determinación de la legitimación que debe tener quien impugna o reta en sede administrativa o jurisdiccional la presunción de legalidad con la que nace un acto administrativo resulta fundamental, no sólo al Derecho administrativo, sino al Estado de Derecho, ya que de ello depende, nada más y nada menos, que la individualización de quien puede activar el órgano administrativo o judicial a los efectos de iniciar el control de la legalidad e incluso de la discrecionalidad administrativa. En este sentido, lo primero a lo que debemos hacer referencia es la regulación de esta materia en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyo artículo 22 señala que se considerarán “interesados”,

a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (normas vigentes *ratione tempore* cuando se adoptó ese artículo 22, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

Tal como se puede apreciar la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no señala qué personas se entienden como “interesados” a los efectos de dicha ley, sino que por el contrario remite a las disposiciones de la derogada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, cuyos artículos 112 y 121 señalaban:

“Artículo 112: Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.”

Artículo 121: “La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general.”

Las normas citadas contienen los criterios para la determinación de la legitimación para la impugnación de actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares. Sobre los mismos, ya en las Jornadas J. M. Domínguez Escovar del año 1983, había señalado el Profesor Lares Martínez que “La Ley es más rigurosa al determinar los requisitos de legitimación activa para impugnar los actos administrativos de efectos particulares”¹.

Y al comentar la sentencia de la Corte en Pleno recaída en el asunto “Gregorio Ramón Pigna Rodríguez” señaló Lares, siguiendo el texto de ese fallo “que no ha podido ser la intención del legislador

¹ “Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa”, trabajos de las octavas jornadas “Dr. J. M. Domínguez Escovar”, enero de 1983, p. 77

exigir la misma legitimación activa para deducir uno u otro recurso”; que el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es “de interpretación estricta”; y que “quien intente la acción de nulidad contra un acto de efectos generales, por contradicción con el derecho, esto es, por violación de la Constitución o por ilegalidad, no tendrá que demostrar ser el titular de un derecho subjetivo afectado por el acto impugnado, ni tener interés personal legítimo y directo para impugnar el acto de que se trate; le bastará probar que tiene en el asunto, interés colectivo o de grupo y ese interés puede ser de orden afectivo o moral, no necesariamente patrimonial y puede ser un simple interés indirecto. En tanto esté en vigor la disposición comentada, podrá considerarse que la acción de nulidad dirigida contra los actos de efectos generales reviste el carácter de acción popular limitada, como lo estimó el proyectista, en el sentido de que para ser ejercida es necesario de que haya en los asuntos, prueba de estar el demandante afectado en sus derechos o intereses por el acto impugnado... lo que parece claro es que para que exista legitimación activa, no bastaría el interés exclusivo de defender el imperio de la Constitución o de la legalidad”².

En efecto, estas normas sirvieron de base a toda una sólida tradición jurisprudencial que sentó las bases para determinar quiénes estaban legitimados para la impugnación de actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, en sede judicial, aplicable a los procedimientos administrativos por la expresa remisión contenida en el dispositivo técnico del artículo 22 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³.

² Tendencias de la jurisprudencia venezolana, ob. cit., pp. 79 y 80.

³ Sobre el origen de la naturaleza de los distintos tipos de legitimación para recurrir los actos del Poder Público en derecho venezolano, debe consultarse principalmente: J. Jiménez Anzola, “De la Organización de lo Contencioso-Administrativo entre nosotros”, *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*, 1939, -en materia de acción popular-; José Guillermo Andueza; Tomás Polanco; Luis Henrique Fariás Mata y Enrique Pérez Olivares, “El control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, Año 1959, N.º 30, p. 60 -en materia de legitimación activa para recurrir los actos administrativos de efectos particulares-; Gonzalo Pérez Luciani, “Los recursos contencioso administrativos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia” en *El Control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, UCV, Caracas, 1979 -sobre el alcance general de la acción popular-; Luis Henrique Fariás Mata, “¿Eliminada la acción popular en derecho positivo venezolano?”, en *Revista de Derecho Público*, N.º 11, julio- septiembre

En este sentido, con la finalidad de cumplir los objetivos establecidos en la introducción de este trabajo, sólo analizaremos acá lo relacionado con la legitimación activa para impugnar actos administrativos de efectos particulares. Ya en la materia propiamente dicha de la legitimación activa para recurrir contra los actos administrativos de efectos particulares, es decir, en relación con el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia avanzó bastante y, en nuestro criterio, se mantiene, aun hoy en día, virtualmente pacífica.

Con base en la distinción propuesta por Enrique Guicciardi de las normas jurídicas administrativas en **normas de relación** (las que dan nacimiento a verdaderos derechos en favor de aquellos ciudadanos especialmente vinculados por ellas a la Administración) y **normas de acción** (las que regulan la conducta o actividad de la Administración en su propia esfera jurídica, con miras a la preservación del “interés general”), se ha admitido que aun en el campo de éstas últimas, puede haber uno o varios particulares que por encontrarse en una **especial situación de hecho** frente a un determinado acto administrativo, resulten *afectados* por éste en mayor medida que los demás, por lo cual el derecho les reconoce la facultad de provocar un control sobre su validez jurídica y se convierte en lo que se ha dado en llamar un “**interés legítimo**”⁴.

Luego de la adopción de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en 1981 -artículos 22 y 85-, quedó establecido que tienen legitimación activa para recurrir los actos administrativos de efectos particulares, los titulares de derechos subjetivos (“a fortiori” y aunque no estén expresamente mencionados en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte), y, quienes estén, en una “**especial situación de hecho**” frente al acto impugnado de tal forma que resulten “**afectados**” por el mismo.

1982, E.J.V. pp. 5-18 sobre si el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia restringió, eliminó o amplió la acción popular de inconstitucionalidad, a pesar de la intención del proyectista de la Ley; y Luis Henrique Farías Mata, *Doctrina jurisprudencial venezolana en materia contencioso administrativa*, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1986, pp. 16-31.

⁴ Doctrina de la Procuraduría General de la República 1963, p. 159 a 162, citada por Farías Mata, Luis Henrique en “Doctrina jurisprudencial...” ob. cit. p. 20 y 21

Así, es importante destacar que la sentencia de principios en esta materia es la recaída en el célebre caso Iván Pulido Mora, donde la Sala Político-Administrativa en fecha 3 de octubre de 1985 sentó que:

“En el procedimiento contencioso administrativo de legalidad contra actos particulares la solución es intermedia, ni tan amplia como el recurso de inconstitucionalidad, ni tan limitada como en el proceso civil. Habida cuenta de que cobra carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo son admitidos a recurrir en vía contencioso-administrativa: de una parte los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la Administración con el particular, en virtud de los cuales resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. 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 encuentren 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. Más 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 ‘subjetivo’, pues se protege la integridad de la norma sólo en función de las situaciones jurídicas subjetivas finalmente alteradas” (Páginas 15 y 16 del texto original del fallo).

En cuanto al significado de cada una de las características de ese interés, es decir, “personal, legítimo y directo”, se pronunció la Corte

Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 13 de octubre de 1988, caso “Cememosa”. A tales efectos, señaló que el interés legítimo *“debe entenderse como la existencia de una tutela legal sobre la pretensión del actor e incluso, a falta de ella, de la no existencia de una norma que impida su satisfacción (...) el recurrente debe estar situado en una particular situación de hecho frente al acto administrativo en forma de que el mismo recaiga sobre su esfera, afectándola de manera determinante”*; el interés es personal cuando *“el actor haga valer en su nombre o en el de un sujeto o comunidad a los cuales representa, su pretensión. La relación del actor con la decisión impugnada es la de un sujeto afectado por ella en su propia esfera”* y el interés directo radica en *“la necesidad de que el efecto del acto recaiga sobre el actor”*.

Debemos agregar que la noción de “especial situación de hecho” que informa o da contenido al “interés personal, legítimo y directo”, no parece ser suficiente por sí misma. Además de estar en una especial situación de hecho frente al acto impugnado, el mismo debe haber *“modificado la situación jurídica del administrado”* y debe *“causarle un agravio o producido una lesión”*.⁵

Estos criterios de los que venimos hablando quedaron reiterados en la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁶, la cual expresaba en su artículo 21 parágrafo 9:

“Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del

⁵ Al respecto puede verse: Doctrina de la Procuraduría General de la República 1985, p. 21; y p. 15; en igual sentido parece también encaminarse la decisión Iván Pulido Mora, pp. 22 y 30 del texto original, en especial la página 22, donde textualmente dejó establecido la Sala: *“Todo lo cual demuestra que en general, el sistema venezolano a la par que los extranjeros, excluye de la legitimación procedimental para recurrir por ilegalidad de actos administrativos de efectos particulares a los simples interesados en razón -comenta la doctrina-, como ya se ha dicho, de la vaguedad e imprecisión en que éstos se encontrarían para acreditar de qué manera la lesión del interés general podría repercutir en su esfera individual hasta el punto de habilitarlos para incoar un proceso”*.

⁶ Publicada en Gaceta Oficial N.º 37.942, del 20 de mayo de 2004

Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general.” (negrilla nuestra)

Tal como ha quedado demostrado de los artículos transcritos, luego de la vigencia de la Constitución de 1999, y particularmente de su artículo 26 (que se refiere a los llamados intereses colectivos o difusos), y aún cuando hubo sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia vacilantes al respecto, quedó plenamente reafirmado el criterio que antes se ha expuesto, consistente en sostener, como quedó asentado en el célebre caso IVAN PULIDO MORA de esa Sala, de octubre de 1985, que el “interés personal, legítimo y directo” para recurrir contra los actos administrativos de efectos particulares, viene dado para los ciudadanos por la “especial situación de hecho” que se tenga frente a los mismos⁷.

Ahora bien, la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010, en cuanto al requisito de la legitimación activa para recurrir contra los actos administrativos, expresa en su artículo 29 que están legitimadas para actuar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “todas las personas que tengan un interés jurídico actual”, lo cual a nuestro juicio, debería interpretarse en los términos expuestos, y considerar que ostenta un interés jurídico actual aquella persona que se encuentra en una “especial situación de hecho” frente al acto administrativo que pretende impugnar.

En conclusión, a los efectos del artículo 22 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debemos entender por “interesado” a

⁷ Enrique Iribarren Monteverde, “Las partes en el proceso contencioso administrativo”, en XXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escobar, en homenaje a la memoria del Dr. Eloy Lares Martínez, Barquisimeto, 2003, pp. 151-176. Estas ideas fueron ratificadas por mí ya bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010, en las XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escobar, en homenaje al Dr. Gonzalo Pérez Luciani, Barquisimeto, 2013, pp. 355-378.

toda persona que se encuentra en una “especial situación de hecho” frente a la actividad administrativa.

B) Agotamiento de la vía administrativa

La obligación que tenían los ciudadanos de acudir previamente a la vía administrativa, y de agotar los recursos administrativos con la final emanación por parte de la autoridad competente del “acto que causaba estado”, estaba prevista en el artículo 124 ordinal 2º de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, que establecía el agotamiento de la vía administrativa como requisito indispensable para ejercer el recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares.

En efecto, el artículo mencionado señalaba textualmente lo siguiente;

“Artículo 124. El Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso de nulidad:

...Omissis...

*2.- Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa”
(...)*

De conformidad con la norma citada la interposición del recurso de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares era castigada con la inadmisibilidad, en caso de no haber agotado previamente la vía administrativa, norma que fue aplicada con normalidad hasta el año 1999⁸, fecha en que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Este cambio constitucional, fue relevante para el ordenamiento jurídico en su totalidad, sin embargo fue particularmente importante en la materia que nos ocupa, ya que en su artículo 26 de manera expresa y sin limitación alguna consagró el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales e incluso en su exposición de motivos se señaló que la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen

⁸ La única excepción permitida a esta norma era la prevista en el parágrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dictada en 1987 y publicada en Gaceta Oficial Nro. 34060, del 27 de septiembre de 1988, y que se refería al caso en que se ejerciera el recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con una pretensión de amparo cautelar.

los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad.

Ahora bien, como es de la esencia y origen del derecho administrativo, fue la jurisprudencia, en este caso, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la primera en aplicar los postulados constitucionales, tribunal que el 24 de mayo de 2000, a tan sólo cinco meses de vigencia de la nueva Constitución, mediante sentencias números 499 y 511, respectivamente. La primera de las mencionadas decisiones señaló:

“A tal fin, con miras a la realización de la tutela judicial efectiva y de la justicia material en el proceso contencioso administrativo, estima esta Corte precedente realizar una interpretación del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en forma concordada, integral y progresiva con el preámbulo y con los artículos 2, 3, 25, 257, y 259 de la misma.

Esta interpretación concordada, integral y progresiva de los artículos mencionados de nuestra Carta Magna, debe hacerse con base en las claves establecidas en la Exposición de Motivos, donde claramente se observa la voluntad del constituyente de eliminar cualquier obstáculo para el acceso a la jurisdicción y específicamente lo relativo al agotamiento de la vía administrativa, en referencia a lo cual establece que “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”.

De igual manera, el artículo 26 de la vigente Constitución plantea el deber del Estado de garantizar a los ciudadanos el acceso a los órganos de la Administración de Justicia, obligación que constituye parte fundamental de lo que es en sí la República Bolivariana de Venezuela, como Estado democrático, social de derecho y esencialmente de justicia consagrado por la Constitución.

(...)

En este sentido, los recursos contencioso-administrativos son los instrumentos utilizados para poner en marcha la jurisdicción contencioso administrativa, provocando así el examen de la actividad

realizada por la Administración , con el objeto de obtener un pronunciamiento expreso sobre su legalidad; ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna dicho pronunciamiento debe ser obtenido de forma expedita y con prontitud, lo cual se ve afectado por la obligatoriedad de imponer un recurso administrativo tras otro o de agotar previamente la gestión conciliatoria, antes de alcanzar la jurisdicción.

(...)

En conclusión, en atención a los anteriores razonamientos y a la interpretación concordada y progresiva del preámbulo y de los artículos 2, 3, 25, 26, 257, y 259 de la Constitución vigente, considera esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y la realización de la gestión conciliatoria, no deberían constituir formalidades esenciales, ya que el objeto del recurso contencioso administrativo es retar la legalidad del acto actual, que causa gravamen al particular, restableciéndole prontamente los derechos que le fueron vulnerados, sin que el administrado tenga que estar sometido a la espera y a la expectativa de que la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela corrija su errónea actividad”

Hemos considerado pertinente transcribir la decisión anterior, ya que en ella están vertidos, de manera excepcional, los motivos constitucionales que aconsejaban la superación del carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa, sobre todo desde la perspectiva que propugna el carácter normativo de la Constitución, lo que implica que los tribunales de la República deben aplicar los postulados constitucionales a los casos que se sometan a su consideración, con independencia de que exista o no una ley que los desarrolle.

Ahora, no obstante lo acertado del criterio contenido en estos fallos, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia Nro. 489, de fecha 27 de marzo de 2001, consideró necesario mantener el criterio del obligatorio agotamiento de la vía administrativa, con fundamento en que “*el administrado, al tener acceso a los recursos administrativos, puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, se busca con el ejercicio de estos recursos una pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración. En este sentido*

resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto”.

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia Nro. 833 del 25 de mayo de 2001, señaló sobre este tema que:

“Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que “...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 quedará como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio...”, de la misma transcripción emerge que será la ley orgánica la que eliminará la utilización obligatoria de la vía administrativa para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, y la establecerá como una opción. Como se denota, se necesita de la promulgación de una ley orgánica -que a tal efecto será la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa- la que deberá establecer el carácter optativo de la vía administrativa para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, hasta el momento en que no sea promulgada la ley orgánica a la cual se refiere la Exposición de Motivos o se declare la inconstitucionalidad de dicho artículo por parte del organismo jurisdiccional competente, la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mantiene su vigencia, siendo un formalismo esencial para acceder a tal jurisdicción”.

De los criterios jurisprudenciales señalados se puede apreciar cómo el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político-Administrativa y en Sala Constitucional, consideró que el agotamiento de la vía administrativa no constituía una carga para el particular, sino que por el contrario, el ejercicio de los recursos administrativos permitía obtener una rápida solución al problema planteado, descongestionando el sistema de justicia. Adicionalmente, la Sala Constitucional consideró que era

competencia del legislador introducir un cambio como ese en nuestro ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, el legislador nacional en acatamiento al llamado constitucional consagró el agotamiento de la vía administrativa como un derecho del particular en sus relaciones con la Administración Pública, y en consecuencia estableció su carácter optativo primero de manera expresa en el artículo 7 numeral 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 37.305 de fecha 17 de octubre de dos mil uno (2001), y posteriormente de manera implícita en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004), que no previó como causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, el agotamiento de la vía administrativa, quedando de esta manera resuelto el tema.

Esta ha sido la posición asumida por el legislador de manera pacífica y reiterada, quien tampoco exigió el agotamiento de la vía administrativa en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), que actualmente regula el contencioso administrativo en Venezuela.

En conclusión, de manera general, podemos decir que el agotamiento de la vía administrativa y en consecuencia la interposición de recursos administrativos es un derecho del particular en sus relaciones con la Administración Pública, y por lo que su ejercicio resulta optativo, pudiendo el particular decidir si acciona la vía judicial directamente o interpone los recursos administrativos, siendo que en caso de ejercer algún recurso administrativo, el particular debe esperar que dicho recurso sea decidido o que transcurran los lapsos legalmente establecidos para que el funcionario competente emita la decisión.

III. TRATAMIENTO DEL TEMA EN LOS ARTÍCULOS 300 Y 301 DE LA LEY GENERAL DE MARINA Y ACTIVIDADES CONEXAS

En efecto, tal como señalamos al introducir el tema, el artículo 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas publicada en Gaceta Oficial N.º 37.570 de fecha 14 de noviembre de 2002, establece

que contra los actos emanados del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, los interesados “directos” podrán optar por acudir a la vía administrativa o a la vía jurisdiccional, y en caso de acudir a la vía administrativa deberán agotarla “íntegramente” para poder acudir a la vía jurisdiccional. Por otra parte, el artículo 301 de la mencionada ley señala que contra todo acto administrativo de efectos particulares, los interesados podrán interponer recurso de reconsideración por escrito, cumpliendo los requisitos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de conformidad con los lapsos que allí se establezcan.

Sobre esto, en primer lugar, debemos destacar la ambigua regulación que de estos importantes temas contienen los artículos 300 y 301; en efecto, el primero califica al interés que debe tener quien pretenda acudir a la vía administrativa o judicial como un “interés directo”, mientras que la segunda norma simplemente exige que la persona que interponga el recurso sea un “interesado”, sin calificar el tipo de interés requerido. Adicionalmente, en caso de acudir a la vía administrativa se exige el agotamiento “íntegro” de la misma para poder acudir a los órganos jurisdiccionales. Estos temas merecen algunos comentarios.

En cuanto al interés directo al que hace referencia el artículo 300, ya hemos visto que el mismo radica en *“la necesidad de que el efecto del acto recaiga sobre el actor”*. Lo importante de la discusión emana del hecho cierto referido a que este interés directo, parece ser una noción más limitada o restringida que la de “especial situación de hecho”, razón por la cual podríamos estar frente a una antinomia jurídica, fenómeno que se presenta cuando dos normas contemplan consecuencias jurídicas distintas ante supuestos de hecho idénticos. Esta situación, justifica y requiere un esfuerzo interpretativo y argumentativo con la finalidad de determinar cuál norma debe ser aplicada de manera preferente.

Ahora bien, a los fines de determinar cuál criterio debe privar, si el de la “especial situación de hecho” desarrollado por la jurisprudencia en interpretación del artículo 121 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contenida en el fallo Iván Pulido Mora, dictada por la Sala Político-Administrativa en fecha 3 de octubre de 1985, y aplicable a los procedimientos administrativos generales por remisión del artículo 22 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,

o si por el contrario debe privar en materia marítima la noción de interés “directo” previsto en el artículo 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas por ser esta una “ley especial”.

Posteriormente, analizaremos si en materia marítima, una vez interpuesto el recurso administrativo es necesario el “agotamiento íntegro” de la vía administrativa para acudir al contencioso administrativo o si por el contrario como parece desprenderse del desarrollo jurisprudencial de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, posteriormente recogido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, y en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo acto administrativo es susceptible de impugnación directa por ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, sin “causar estado”.

IV. OPERACIONES QUE DEBEN REALIZARSE PARA DETERMINAR SI A UN DETERMINADO ACTO ADMINISTRATIVO SE LE APLICA LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS O NO

Existen varias operaciones que deben realizarse para determinar si a un acto administrativo concreto se aplica o no se aplica la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁹. Esas operaciones son: Primero, acudir al texto de lo dispuesto en el artículo 1º de la ley, es decir, si el acto que estamos analizando emana de la Administración Pública Central o de la Administración Descentralizada Funcionalmente integrada en la forma prevista en sus respectivas leyes orgánicas, las cuales deben ajustar su actividad en las prescripciones de esa ley. Esto lo que quiere decir es que si se trata de un acto administrativo emanado de la Administración Pública Central o de la Administración Pública Descentralizada se le aplica la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Una segunda operación es la comprendida en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: “De la aplicación de la presente ley, quedan excluidos los procedimientos concernientes a la

⁹ Estas operaciones fueron descritas por la Procuraduría General de la República en su dictamen de fecha 30 de marzo de 1987, en relación con la interpretación y alcance del artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo. Consultado en original.

seguridad y defensa del Estado.” Esto quiere decir que puede haber un acto que emane de la Administración Central o Descentralizada concerniente a la seguridad y defensa del Estado, y en este caso no se le aplicará, a dicho acto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Adicionalmente, aún si el acto administrativo emana de la administración central o descentralizada y aún si no hay un procedimiento relativo a la seguridad y defensa del Estado; hay que hacer una tercera operación que es la relativa al principio contenido en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual textualmente señala:

“Los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo, en las materias que constituyan la especialidad.”

Esto quiere decir, que si hay un procedimiento para la constitución del acto administrativo que esté previsto en una ley especial, se sigue lo que establezca esa ley especial para el procedimiento administrativo constitutivo, es decir, el que da lugar al acto administrativo definitivo. Luego vendría una cuarta operación, sobre el régimen de recursos, en sede administrativa, que la jurisprudencia, a falta de regulación expresa, ha establecido la aplicabilidad de los procedimientos de recursos, establecidos en leyes especiales. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado que una vez dictado el acto administrativo para la revisión en sede administrativa de dicha decisión se debe aplicar el procedimiento administrativo especial¹⁰.

En relación a esta última operación debemos agregar que la referencia al procedimiento revela que mediante una ley especial podría eventualmente el legislador, atendiendo a la naturaleza y finalidad de cada procedimiento, hacer modificaciones en cuanto a las etapas y lapsos procedimentales; sin embargo, en nuestro criterio, dicha remisión no faculta al legislador a modificar conceptos principios fundamentales del derecho administrativo general.

¹⁰ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de octubre de 1984, con ponencia del magistrado Duque Corredor. Citada en el dictamen de fecha 30 de marzo de 1987.

Ahora bien, con la finalidad de dar solución al asunto planteado corresponde analizar el caso concreto, a la luz de las operaciones antes descritas, y en este sentido se impone en primer lugar revisar si estamos en presencia de la Administración Pública Central o de la Administración Descentralizada Funcionalmente, y en este sentido debemos analizar la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA), quien es la autoridad encargada de hacer cumplir la Ley General de Marina y Actividades Conexas.

Así, es importante señalar que el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA) fue creado en agosto de 2001 con la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares. No obstante, en julio de 2008 se promulga mediante Gaceta Oficial N.º 5890, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, cuyo artículo 72 establece que el que el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, en efecto la norma comentada señala:

“Artículo 72. El Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio; es el ente de gestión de las políticas que dicte el órgano rector, así como del Plan Nacional de Desarrollo del Sector Acuático. El Instituto está adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de infraestructura y transporte, tendrá su sede principal donde lo determine el órgano rector y podrá crear oficinas regionales”.

En efecto, a los fines de determinar la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA) es importante invocar el contenido del artículo 96 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de fecha 15 de julio de 2008, que señala sobre los institutos autónomos (ahora denominados públicos), lo siguiente:

“Artículo 96. Los institutos públicos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal, u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en éstas”.

Así, de la interpretación concatenada de ambas normas podemos deducir que el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA) ha sido creado mediante ley nacional, aunque luego modificada por un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Asimismo, fue dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, y distinto al de la República, razón por la cual, en nuestro criterio, el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), califica como un instituto autónomo (ahora denominados públicos), y en consecuencia integrante de la Administración Descentralizada Funcionalmente, por lo que se encuentra satisfecho el requisito establecido en el artículo 1° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En segundo lugar, es necesario revisar si el presente caso la Ley General de Marina y Actividades Conexas, regula procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado, para determinar si es aplicable o no la exclusión prevista en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la cual señala que *“de la aplicación de la presente ley, quedan excluidos los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado.”*

Ahora bien, a los fines de determinar cuáles son las materias inherentes a la seguridad o defensa del Estado, consideramos pertinente referirnos a lo establecido en el Título VII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denominado *“De la seguridad de la Nación”*, en cuyos capítulos I, II, III, y IV, regula lo relacionado con el Consejo de Defensa de la Nación, Armas y explosivos, Fronteras, Fuerza Armada Nacional, Clasificación de Documentos y Policía Nacional y de Investigación Criminal. En efecto, en nuestro criterio, sólo los procedimientos previstos en las leyes que desarrollen estos postulados podrían calificarse en sentido estricto como de seguridad y defensa del Estado.

En este sentido, conviene aclarar que en nuestro criterio, por más importante que una determinada actividad resulte para el desarrollo nacional, si dicha actividad no pertenece a las actividades antes descritas, en nuestra opinión, no debería ser calificada como de seguridad y defensa del Estado, ya que ello podría conllevar la transformación de una excepción en regla general, lo cual abriría el compás para que sectores de la actividad administrativas queden exentas del control de su legalidad y constitucionalidad.

Ahora bien, de una revisión del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, y de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, se puede concluir que el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), desarrolla la actividad de policía administrativa especial en materia de espacios acuáticos, siendo competente para el otorgamiento de Patentes de Navegación, Licencias y Permisos Especiales establecidos en el Registro Naval Venezolano a lo largo de todo el Territorio Nacional, y en general para imponer sanciones como consecuencia de la materialización por parte de los sujetos regulados de contravenciones administrativas, es decir por el incumplimiento de las obligaciones administrativas que las mencionadas leyes les impone.

Siendo ello así, resulta forzoso concluir que en el presente caso no nos encontramos en presencia de una actividad que en sentido estricto pueda calificarse como de seguridad y defensa del Estado, por lo cual no resulta aplicable al presente caso la exclusión prevista en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, razón por la cual, hasta esta etapa del análisis, sí le resultan aplicables, a la actividad administrativa que despliega el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA) las disposiciones generales y principios contenidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por último, es necesario atenernos al contenido del artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de cuya lectura se extrae la aplicación preferente de los procedimientos administrativos previstos en leyes especiales, por encima del procedimiento ordinario. Ahora, es en este punto donde podría eventualmente presentarse la duda razonable, derivada de la posible naturaleza especial que en principio pareciera tener la Ley General de Marina y Actividades Conexas, con relación a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este sentido, a los fines de poder dar solución al problema planteado considero prudente interpretar el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos conforme al principio general consagrado en el artículo 4 del Código Civil Venezolano, que establece que a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellos entre sí y la intención del legislador, lo que en doctrina ha denominado “interpretación auténtica”.

En atención a la referida norma, es evidente que el legislador de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha establecido de manera precisa los parámetros para que una ley especial pueda ser aplicada por encima de sus propias disposiciones, y en tal sentido dispuso que lo que debía aplicarse de manera preferente eran los “procedimientos administrativos” contenidos en leyes especiales con preferencia al “procedimiento ordinario”, “previsto en este capítulo”.

En efecto, el capítulo al cual se refiere el legislador es el capítulo I, previsto en el Título III, denominado “Del procedimiento ordinario”, el cual contiene las distintas etapas de inicio, sustanciación y terminación del procedimiento administrativo ordinario que sirve para dictar el acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo de primer grado de conocimiento, y es precisamente en este sentido que consideramos que debe ser correctamente interpretado el contenido del artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ya que las leyes especiales podrán establecer “procedimientos” especiales distintos a ese procedimiento ordinario, con la finalidad de que sean dictados actos administrativos; es decir que lo que puede modificar el legislador, atendiendo a la naturaleza y fines perseguidos con el procedimiento especial, es precisamente la configuración de las etapas inicio, sustanciación y terminación de dichos procedimientos.

En virtud de las consideraciones anteriores, estaría vedado al legislador por ejemplo modificar o alterar los principios fundamentales y generales que rigen la actividad administrativa, previstos en los Títulos I, y II de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y estaría prohibida su aplicación, en caso de que sucediera a los tribunales bajo el argumento de estar en presencia de una Ley Especial.

Ahora bien, en virtud de las consideraciones anteriores, es forzoso concluir que en el presente caso no es aplicable la exclusión prevista en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ya que al ser la noción de “interesado” un principio fundamental, previsto en el artículo 22 del Título I de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resulta plenamente aplicable a esta categoría jurídica, la jurisprudencia clásica que sobre esta materia estableciera la extinta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la “especial situación de hecho”, como consecuencia de la interpretación

del artículo 121 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no pudiendo en consecuencia el legislador prever una legitimación activa distinta a la ya señalada.

En consecuencia, cumplidos todos los pasos previamente señalados podemos concluir que el contenido con el cual debe dotarse de operatividad jurídica a la noción de “interesado directo” prevista en los artículos 300 y 301 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, es el de la “especial situación de hecho” establecida en el en el célebre caso Iván Pulido Mora, el 3 de octubre de 1985, y que como vimos se mantiene incólume a pesar del contenido del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 2010.

V. DEL AGOTAMIENTO ÍNTEGRO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN MATERIA MARÍTIMA

Tal como hemos tenido la oportunidad de analizar en la parte general de este trabajo, el agotamiento de la vía administrativa en Venezuela es un derecho del particular, por lo cual el ejercicio de los recursos administrativos es de carácter optativo por parte del ciudadano, quien tendrá “siempre” la posibilidad de acudir al a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, la disyuntiva que nos ofrece el artículo 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, es la siguiente ¿debe el particular que optó por la vía administrativa agotar “íntegramente” la misma por medio del ejercicio de todos los recursos administrativos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos?

En relación con este segundo tema, resultan plenamente aplicables las operaciones que describimos en el capítulo anterior del presente trabajo. En este sentido conviene establecer una pequeña y sutil diferencia con el caso anterior; en efecto, en este caso necesariamente tenemos que partir de un supuesto contrario, ya que el ejercicio de los recursos administrativos o judiciales presupone la existencia de un acto administrativo previo que puso fin al procedimiento de formación del acto administrativo por lo cual, en nuestro criterio, para la solución de este problema es plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conjuntamente con

la interpretación que de esa norma diera la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que ha señalado que una vez dictado el acto administrativo para la revisión en sede administrativa de dicha decisión se debe aplicar el procedimiento administrativo especial.

Ahora, siendo ello así, debemos señalar que si bien el artículo 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas establece que en caso de optar por la vía administrativa la misma debería ser agotada “íntegramente”, no es menos cierto que el 301 eiusdem, establece como único recurso el de reconsideración, por lo tanto de la interpretación armónica de ambas normas y en atención a los criterios jurisprudenciales que imponen la necesaria aplicación de las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 2, 3, 25, 26, 257, y 259 de la Constitución que establecen el derecho de acceso libre a los órganos jurisdiccionales, el derecho a la tutela judicial efectiva y el pleno control que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa sobre toda la actividad administrativa (principio de universalidad de control), debemos concluir que el agotamiento “íntegro” a que se refiere el 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, debe entenderse satisfecho con el ejercicio del recurso de reconsideración previsto en el 301.

Esta es la interpretación que consideramos adecuada, aunado al hecho de que exigir el agotamiento “íntegro” de la vía administrativa mediante el ejercicio del recurso jerárquico previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos vulneraría el principio de universalidad del control de la actividad administrativa que ejercen los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que se estaría excluyendo de control judicial la decisión del recurso de reconsideración con el pretexto del agotamiento “íntegro” de la vía administrativa, obligando al particular a acudir al recurso jerárquico, por demás no previsto en la ley especial que regula esta materia.

Por todo lo antes expuesto es por lo cual consideramos que el agotamiento “íntegro” a que se refiere el 300 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, debe entenderse satisfecho con el ejercicio del recurso de reconsideración previsto en el 301.

COMPRA-VENTA DE DIVISAS EN VENEZUELA. ASPECTOS HISTÓRICOS Y ESTRUCTURALES

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

He sido invitado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. José Ángel Castillo Moreno” del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, como ponente, en estas XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo intituladas: “Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación”. Antes de entrar en el desarrollo del tema propuesto queremos agradecer la gentileza que ha tenido para con nosotros el joven profesor Dr. Ramsis Ghazzaoui, Coordinador Académico de estas jornadas, que estamos seguros serán exitosas y cumplirán a cabalidad” con la importante misión de someter al debate de la comunidad jurídica del estado Carabobo, temas trascendentales para cualquier abogado.

Dicho esto, pasemos al desarrollo de tema propuesto y que hemos denominado “*La compra-venta de divisas en Venezuela, aspectos históricos y estructurales*”. Con la finalidad de cumplir a cabalidad con el tema haremos primero un pequeño recorrido histórico por el desarrollo del Estado Social de Derecho, y del régimen cambiario en Venezuela con la finalidad de resaltar el origen del régimen cambiario actual, para luego analizar las distintas limitaciones que en Venezuela se han impuesto a la libre convertibilidad de la moneda local (bolívares) en divisas, y cómo estos controles, administrativos e incluso penales, han distorsionado la economía de un país que importa gran parte de los bienes y servicios que su población consume.

I. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

1. Algunas consideraciones sobre el modelo económico previsto en la Constitución de 1999

La intervención del Estado en la economía es consecuencia directa de la crisis del Estado Liberal que surgió luego de las revoluciones americanas y francesa. En efecto, ambas revoluciones pueden calificarse

de burguesas, ya fueron fomentadas por quienes detentaban el poder económico en el siglo XVIII, que no obstante ello, eran obligados por el monarca a pagar cuantiosos impuestos y contribuciones patrimoniales para mantener a las casas reales europeas.

El Estado que surgió de esas revoluciones es el denominado Estado Liberal Burgués que surgió de la lucha de los sectores económicos de la sociedad contra el régimen absolutista, que los autores denominan el antiguo régimen. Como consecuencia de lo anterior, en la mayoría de los países europeos se le impusieron límites al Poder absoluto del monarca, pasando de monarquías absolutas a monarquías parlamentarias, en donde se ha dicho que el “Rey reina pero no gobierna”. Por otra parte, en Francia y en Estados Unidos de América, se dio un paso más en el desarrollo del Estado Moderno al establecerse por primera vez en el mundo un sistema Republicano de gobierno.

En conclusión podemos decir de manera apretada que las notas características de este sistema liberal son: *“la separación de los poderes, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos (libertad, igualdad, etc) y la primacía de la Ley sobre los ciudadanos y el Estado”*¹.

Este sistema, permitió dar paso a un proceso de transformaciones económicas, sociales y tecnológicas que se conocería universalmente como la *revolución industrial*, que se extendió desde mediados del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX, cuando las desigualdades sociales, la exclusión de los más pobres y de todo aquel que no tuviera fuerza para trabajar, desembocaron en un conjunto de protestas a principios del siglo XX que exigían mejores condiciones de vida para los ciudadanos².

Lo cierto es que, a partir de esa crisis del Estado Liberal, se *“provocó una evolución más radical que la transformación política: ella produjo un crecimiento considerable en las tareas públicas”*³.

¹ José Pena Solís, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen Primero*, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009. p. 93

² Para ilustrar estas extremas condiciones de vida que engendraba la sociedad del siglo XVII baste con recordar al célebre demógrafo inglés Tomas Malthus, quien en su obra “Ensayo sobre el principio de la población” de 1798, señalaba que el hombre que nace en un mundo ya ocupado, si sus padres no pueden alimentarlo y la sociedad no necesita de su trabajo, no tiene ningún derecho a reclamar ni la más pequeña porción de alimento de hecho, ese hombre sobra.

³ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 1984, p. 26

Tal posición, generalmente se identificó con la del Estado Social de Derecho, la cual está *“inspirada en la justicia social y, por tanto, en una más justa distribución de los bienes económicos y culturales, lo cual no deja de estar en una cierta correspondencia histórica con el sistema neocapitalista que, como es sabido, necesita del aumento del poder adquisitivo de las masas”*⁴.

En conclusión, el Estado Social de Derecho significó el paso del mercado auto-regulado al control social de la economía por parte del Estado, quien pasó a ser actor económico y garante de protección social generalizada.

Este desarrollo que de manera apretada se expone, produjo como consecuencia la inclusión de normas jurídicas referidas a la regulación económica y social en las Constituciones, desplazó la actividad económica y la cuestión social del ámbito del derecho privado al campo del interés público. Este constitucionalismo está recogido en las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1933), tutelando las relaciones económicas para evitar abusos, a través de derechos sociales, regulación de las actividades privadas y promoción de la participación ciudadana.

Todo este desarrollo se ha plasmado desde un punto de vista constitucional en lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, es decir, el conjunto de normas jurídicas previstas en la carta fundamental de un determinado país y que orientan la posición que el Estado, no solo el Poder Ejecutivo, debe seguir en materia económica.

En efecto, sobre este tema vale la pena recordar lo señalado por la extinta Sala Plena de la otrora Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de fecha 15 de diciembre de 1998, caso Pedro Antonio Pérez Alzurutt, en donde señaló:

“la constitución económica entendida como el conjunto de normas constitucionales destinada a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada –salvo el caso de las constituciones socialistas del modelo soviético- a garantizar la existencia de un determinado

⁴ Manuel García-Pelayo, “En un Estado Social la Constitución es solo parte del sistema político” en *Obras Completas*, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. p. 3267

orden económico, sino que actúan como garantes de la económica social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una base neutral que deja abiertas ciertas posibilidades al legislador, del cual solo se pretende que observe los límites constitucionales”

Ahora bien, la vigente constitución de Venezuela establece normas precisas que deben orientar la política económica del Estado y que conforman ese bloque constitucional que garantiza la libre iniciativa privada, por un lado, y las formas de intervención del Estado para garantizar los derechos sociales de la población y evitar distorsiones que perjudiquen a los más pobres, por otro. Ejemplo de lo que venimos comentando es la cláusula de Estado Social (artículo 2), derecho a la libertad económica (artículo 112), derecho a la propiedad (artículo 115) derecho a libre competencia (artículo 117), régimen de economía mixta (artículo 299), entre otras.

De todo lo antes expuesto, podemos concluir que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 está influida por las corrientes de pensamiento que postulan una economía social de mercado, donde el principal agente económico debería ser el particular con su libre iniciativa, y la acción del Estado esté limitada a aquellas áreas sensibles de la economía que requieran de estímulos y controles para garantizar el desarrollo integral de la nación, siendo la intervención directa del Estado en la economía limitada o restringida a aquellos campos o sectores donde sería imposible intervenir a los particulares (principio de subsidiariedad), o en aquellas actividades expresamente reservadas al Estado por norma constitucional o legal, tal como es el caso de la actividad de hidrocarburos (artículo 302).

II. EL CONTROL CAMBIARIO. UN MECANISMO DE CONTROL INDIRECTO DE LA ECONOMÍA.

Tal como señalamos al inicio de este trabajo, Venezuela ha sido mundialmente calificada como un país mono productor, cuya economía depende en gran medida de la comercialización y venta del petróleo venezolano; esta situación ha generado que históricamente en Venezuela

haya resultado más barato importar productos de otros países para satisfacer las necesidades de la población que producirlos acá, con todas las consecuencias negativas que ello ha generado.

Este marco introductorio nos permite apreciar que una economía con altos índices de importación, como la economía venezolana, requiere un importante flujo de divisas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas con los proveedores de dichos bienes y servicios, por lo tanto, en nuestro criterio, el establecimiento de un régimen de control de cambio, como el que se ha aplicado en Venezuela, desde hace ya casi quince años es una de las formas más intensas de intervención en la economía, más aún si tomamos en cuenta el establecimiento de sanciones administrativas y penales para quienes pretendan adquirir divisas a través de mecanismos distintos a los dispuestos en los instrumentos normativos que regulan el sistema cambiario.

1. El control cambiario en la década de los ochenta. Un antecedente importante

En efecto, el Estado venezolano ha acudido a esta técnica de intervención en la economía en distintas etapas de la historia venezolana. El antecedente más inmediato al actual control cambiario fue el que se implementó mediante Decreto número 2.484, del 19 de octubre de 1988.

Durante la vigencia de este régimen cambiario en el país, aquellos comerciantes que querían obtener divisas a un tipo de cambio preferencial debían tramitar y obtener una serie de permisos y documentos administrativos denominados “conformidad de importación”, y “Autorización para la Obtención de Divisas”, que eran otorgados por el extinto Ministerio de Hacienda y el “Certificado de Disponibilidad de Divisas”, otorgado por el Banco Central de Venezuela.

Este régimen cambiario fue derogado expresamente mediante Decreto N.º 76 del 12 de marzo de 1989 publicado en Gaceta Oficial N.º 34.177, del 13 de marzo de 1989. Algunas de las disposiciones del referido Decreto fueron impugnadas ante la Sala Político-Administrativa de la ex tinta Corte Suprema de Justicia, por el **CONSEJO VENEZOLANO DE LA INDUSTRIA (CONINDUSTRIA)**, quien consideraba que el mismo era contrario a la garantía constitucional de la irretroactividad

de los actos normativos, caso que fuera declarado Sin Lugar mediante sentencia de fecha cinco (05) de marzo de 1990, por considerar el mencionado alto tribunal que el Decreto en sí mismo no era retroactivo.

De esta manera se le puso fin, por vía judicial, al régimen de control cambiario que imperó en Venezuela durante los años ochenta, y cuya última operación, la compra por parte de Ministerio de la Defensa, con cargo a la denominada partida secreta, de diecisiete millones de dólares, quedará para la historia, por haber determinado, años más tarde, la ilegal destitución del presidente Carlos Andrés Pérez, quien paradójicamente mediante el Decreto N.º 76 del 12 de marzo de 1989, había ordenado la extinción del referido control cambiario.

2. Los orígenes del control cambiario vigente

Posteriormente, luego de la liberación cambiaria de 1989, este tipo de controles, que regulan la libre convertibilidad de la moneda, no se implementaron nuevamente hasta el año 1995, cuando se dictó la Ley sobre el Régimen Cambiario, de la cual varios de sus artículos (2, 6, 26 y 27)⁵ fueron declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2001, por considerar dicha Sala que las normas mencionadas contenían “normas en blanco” que permitían al Poder Ejecutivo Nacional crear regímenes cambiarios mediante “reglamentos delegados”, y la determinación de los elementos sustantivos del tipo penal establecido de forma genérica en la mencionada ley, lo cual en criterio de dicha Sala violaba el principio de jerarquía de las fuentes del derecho, y, en con-

⁵ “Artículo 2. El Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá establecer restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país. El Ejecutivo Nacional podrá crear o designar un organismo con el fin de coordinar la aplicación de esas restricciones o controles y los convenios cambiarios correspondientes”.

“Artículo 6. Quien exporte moneda metálica o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en moneda extranjera, o negocie, comercie, venda o compre divisas en contravención a las normas del sistema de Régimen Cambiario decretado de conformidad con el artículo 2º de esta Ley, será sancionado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a tres (3) veces el equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria”.

secuencia el principio de legalidad. Es importante señalar que la Sala Constitucional ordenó la publicación de dicha sentencia en la Gaceta Oficial, por considerarla vinculante.

No obstante lo anterior, el Presidente de la República, en franca violación a lo ordenado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia comentada, mediante Decreto número 2.278, de fecha 21 de enero de 2003, facultó al Ministerio de Finanzas para que estableciera conjuntamente con el Banco Central de Venezuela, las normas de carácter temporal que establecerían las limitaciones a la convertibilidad del bolívar (artículo 1). En ejecución del mencionado Decreto dichos órganos ordenaron la supresión absoluta del sistema cambiario por diez días hábiles bancarios (Gaceta Oficial número 37.614 del 21 de enero de 2003)⁶.

Terminados los diez días mencionados, entró en vigencia el régimen cambiario establecido en el Convenio Cambiario número 1 dictado por el Banco Central de Venezuela y el Ministerio de Finanzas, según el cual el Banco Central de Venezuela **centralizaría** la compra y venta de divisas. La principal consecuencia de este Decreto, fue la imposibilidad de adquirir divisas en transacciones entre particulares ya que sólo el Banco Central podía comprar y vender divisas.

En efecto, en dicho año se creó la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)⁷, órgano creado a través del Decreto N° 2.301 de fecha 5 de febrero de 2003 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.625 de la misma fecha), para conocer, decidir y ejecutar las atribuciones y actos que resulten del Convenio Cambiario N° 1, de fecha 5 de febrero de 2003 suscrito entre el Banco Central de Venezuela y el entonces Ministerio de Finanzas, en el que se establece el régimen de administración de divisas a ser implementado en el país como consecuencia de la política cambiaria acordada entre la referida Institución Financiera y el Ejecutivo Nacional, bajo los lineamientos

⁶ La aplicación mediante actos de rango sub legal del régimen de control de cambio en Venezuela fue avalado con posterioridad por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha 17 de agosto de 2004, caso: *Henry Pereira Gorrin*, mediante la cual de manera sorpresiva modificó el criterio sostenido en la comentada sentencia de fecha 21 de noviembre de 2001.

⁷ Ahora denominado Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX)

generales que este último apruebe para la distribución del monto de divisas a ser destinado al mercado cambiario.

Hasta este momento el régimen jurídico fue establecido principalmente mediante actos de rango sub legal. Luego, a partir del año 2005, la regulación estuvo contenida principalmente en actos de rango legal, lo cual pasamos a analizar de seguidas:

3. Ley contra los Ilícitos Cambiarios (2005)⁸

A través de esta Ley se establecieron una serie de ilícitos cambiarios, así como sus respectivas sanciones. Al igual que sucedió con su predecesora, durante esta época fue el Banco Central de Venezuela, a través de operadores cambiarios autorizados, quien centralizó la compra y venta de divisas.

En ese sentido, a partir de la entrada en vigencia de la Ley, la compraventa de divisas realizada a cualquier otra persona distinta al Banco Central era contraria a la Ley y por ello se sancionaba con multa del equivalente en bolívares al doble de la venta.

De la misma manera, en una o sucesivas operaciones dentro de un año, por un monto de diez mil un dólares (US\$ 10.001) hasta un monto de veinte mil dólares (US\$ 20.000) sería sancionado con multa del equivalente al doble en bolívares de la transacción o transacciones realizadas. Por otra parte, si la transacción era por un monto superior a veinte mil un dólares (US\$ 20.001), la sanción sería pena de prisión de dos a seis años y multa del equivalente al doble en bolívares de la venta realizada.

En todo caso, la Ley dejó abierta la posibilidad de que el Banco Central de Venezuela exigiera el reintegro de las divisas cuando el ordenamiento jurídico lo autorizara a exigirlo.

Asimismo, debe señalarse que la norma estableció como excepción la aplicación de las sanciones señaladas cuando las operaciones fuesen realizadas con títulos valores. En efecto, el artículo 6 de esta ley señalaba expresamente lo siguiente

⁸ Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Publicada en la Gaceta Oficial número 38.272 de fecha 14 de septiembre de 2005

*“Artículo 6 Quien en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, los convenios suscritos por la República, o cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiaria vigente a la fecha de la comisión del ilícito, en una o varias operaciones, ocurridas en un mismo año calendario, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera, reciba, exporte o importe divisas entre diez mil un dólar (US\$ 10.001,00) hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000,00), de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, será sancionado con multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. Quien cometa el mismo delito descrito anteriormente a partir de veinte mil un dólar (US\$ 20.001,00) inclusive, de los Estados Unidos de América, o su equivalente en otras divisas, será penado con prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. En todos los casos sin menoscabo de la obligación de reintegro o venta de las divisas que pudiera exigir el Banco Central de Venezuela, Según el ordenamiento jurídico aplicable. **Se exceptúan las operaciones en títulos valores”.***

Así, la norma citada declaraba lícitas y en consecuencia excluidas de las sanciones previstas en dicho artículo, las operaciones realizadas en títulos valores, razón por la cual era, durante la vigencia de este texto normativo, perfectamente legal la compra y venta de papeles denominados en moneda extranjera, lo cual fue conocido, a partir de allí, como el denominado “mercado permuta de divisas”.

4. Ley contra los Ilícitos Cambiarios (2007)⁹:

Esta norma mantuvo lo establecido en las normas que la precedieron, por lo que era competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela la compra y venta de divisas en el país.

De esa manera, se sancionaba con multa del equivalente al doble en bolívares de la operación la compra y venta de divisas en la cual una de las partes fuera el BCV cuando las operaciones fueran por un monto de hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000), y cuando el monto fuera

⁹ Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Publicada en la Gaceta Oficial número 5.867 Extraordinaria de fecha 28 de diciembre de 2007 y Publicada por reimpresión por error material en la Gaceta Oficial número 38.879 de fecha 27 de febrero de 2008

superior a veinte mil dólares (US\$ 20.000) la sanción sería pena de prisión de dos a seis años y multa del equivalente al doble en bolívares de la venta, sin perjuicio de la obligación de reintegro de las divisas al BCV, si correspondía, de acuerdo a las normas pertinentes.

Al igual que en la norma derogada, se excluía de las sanciones establecidas las compras y ventas de títulos valores valorados en moneda extranjera. En efecto, el artículo 9 de este texto legal señalaba que:

“Artículo 9. Es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, a través de los operadores cambiarios autorizados, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares.

Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas entre un monto de diez mil dólares (US\$ 10.000,00) hasta veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente en otra divisa, será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares.

Cuando en el caso señalado anteriormente, el monto de la operación sea superior a los veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente en otra divisa, la pena será de prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación.

Sin perjuicio de la obligación de reintegro o venta de las divisas ante el Banco Central de Venezuela, según el ordenamiento jurídico aplicable.

Se exceptúan las operaciones en títulos valores”.

Así, la norma citada, reiterando lo dispuesto en el artículo 6 de la ley del 2005, declaraba lícitas y en consecuencia excluidas de las sanciones previstas en dicho artículo las operaciones realizadas en títulos valores, razón por la cual era, durante la vigencia de este texto normativo, perfectamente legal la compra y venta de papeles denominados en moneda extranjera, lo cual fue conocido, como ya apuntamos, como el denominado “mercado permuta de divisas”.

5. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Ilícitos Cambiarios (2010)¹⁰:

En esta ley se introdujo una modificación al artículo donde se establecían las sanciones a la compra venta de divisas, agregando como supuesto de hecho la venta de títulos valores denominados en moneda extranjera, cuando la operación se realizaba para vender el título antes de la fecha de su vencimiento y obtener de esa forma moneda extranjera (artículo 9).

Como consecuencia de ello, para que una compraventa de divisas propiamente o de títulos valores denominados en moneda extranjera pudiera ser tomada como lícita, y en consecuencia no fueran aplicables las sanciones establecidas en la Ley, era necesario que una de las partes del contrato fuera el Banco Central de Venezuela.

De esa forma, todas las operaciones de compraventa de divisas realizadas entre personas distintas al BCV, ya fuere realizada en moneda metálica, billetes, cheques e incluso aquellas realizadas a través de títulos valores, cuando se realizaren por un monto inferior a veinte mil dólares (US\$ 20.000) sería sancionadas con multa del doble de la operación o su equivalente en bolívares, y si dichas operaciones eran por un monto superior a veinte mil dólares (US\$ 20.000), la sanción era de prisión de dos a seis años y multa del equivalente al doble en bolívares de la operación, sin perjuicio de la obligación de reintegro de las divisas al BCV, si correspondía de acuerdo a las normas correspondientes (ex artículo 9).

6. Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (2014)¹¹:

Mediante esta Ley se modificó de forma importante la regulación que se tenía para la compraventa de divisas en el país. Especialmente, en cuanto a la centralización de las operaciones de compra y venta de divisas que había monopolizado el Banco Central de Venezuela, y que luego se endureció en el 2010, haciéndolo extensivo incluso a las operaciones en papeles denominados en moneda extranjera.

¹⁰ Ley de Reforma Parcial de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Publicada en la Gaceta Oficial número 5.975 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 2010.

¹¹ Decreto con rango, fuerza y valor de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.126 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2014.

En efecto, la nueva ley en su artículo 2, reconoce la existencia de un mercado cambiario al definirlo de la siguiente manera:

“Mercado cambiario: Refiere al conjunto de espacios o mecanismos dispuestos por las autoridades competentes, donde concurren de forma ordenada oferentes y compradores de divisas al tipo de cambio aplicable en función de la regulación del mismo”.

Esta norma ha desencadenado una serie de debates en torno a la legalidad de las operaciones cambiarias que se realizan entre privados ¿son lícitas sólo las operaciones cambiarias que se realizan mediante los mecanismos dispuestos por las autoridades competentes? O ¿hay lugar a interpretar que la norma reconoce la existencia de un mercado cambiario, incluso distinto al previsto por las autoridades competentes? Ya la doctrina comienza a desarrollar el tema al señalar:

“Una primera lectura de esa definición podría dar a entender que la operación cambiaria solamente puede llevarse a cabo por medio de los mercados cambiarios admitidos por el Estado y, por ello, regulados por la Administración. Bajo esa interpretación, habría una prohibición general de realizar operaciones cambiarias, salvo las excepciones admitidas en la nueva Ley

Esta es una de las dudas fundamentales de la LRCI, especialmente, en cuanto a la admisión de la operación cambiaria entre privados. Dos posibles interpretaciones pueden hacerse. Una interpretación, rígida, postula que sólo podrá realizarse la operación cambiaria a través de los mercados reconocidos expresamente por la Administración, lo cual implicaría, como se dijo, una prohibición previa a realizar operaciones salvo las excepciones reguladas por la Administración. Si se acoge esta interpretación, entonces, las operaciones entre privados solo serían lícitas si se llevan a cabo por medio de los mercados regulados (por ejemplo el SICAD II).

Otra interpretación es considerar que el concepto de mercado cambiario no contiene una prohibición previa, y que por ello, la Ley reconoce cualquier mercado, o sea, cualquier modalidad de operación cambiaria, sin mas limitaciones que las establecidas en la nueva Ley.

Creemos que la interpretación rígida debe desecharse, pues ignora que, de acuerdo con la Constitución, toda limitación a la libertad

*contractual es de texto legal expreso y de interpretación restrictiva, en tanto con ello se restringen los derechos de libertad, de empresa y propiedad privada. Bajo esta perspectiva, cabe observar que no hay, en la nueva Ley, una prohibición general de realizar operaciones cambiarias, en tanto el objeto de la nueva Ley es **regular** esas operaciones a través de normas sub-legales, no **prohibirlas**”¹².*

En efecto, estas son las posturas que pueden sostenerse como consecuencia de la interpretación que del artículo 2 de la nueva Ley se haga. En primer lugar, la nueva Ley eliminó las sanciones establecidas para las compras o ventas que no fueran realizadas con el Banco Central de Venezuela, y por el contrario se estableció que las personas que pretendieran adquirir moneda extranjera, podrían realizarlo en transacciones con personas naturales o jurídicas del sector privado, así como también de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) o continuar adquiriéndolas al Banco Central de Venezuela. Sin embargo, dichas transacciones solo pueden ser realizadas a través de operadores autorizados, tal como lo señalan los artículos 9 y 10, que textualmente señalan:

“Artículo 9º—Operaciones de cambio. Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas a los que se refiere el artículo 6 del presente Decreto Ley, las personas naturales o jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por:

*Personas naturales y jurídicas del sector privado,
Petróleos de Venezuela, S.A., y,
Banco Central de Venezuela.*

Dichas transacciones se realizarán en los términos dispuestos en los Convenios Cambiarios que se dicten al efecto entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional, así como, conforme a las regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones que rigen la participación en dicho mercado, y la normativa prudencial que dicte la Superintendencia competente en materia bancaria y la de valores a tales fines.

¹² José Ignacio Hernández, *Comentarios a la nueva Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, en el contexto de la nueva Ley Orgánica de Precios Justos*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2014. pp. 38 y 39.

La participación como oferente por parte de entes públicos distintos a Petróleos de Venezuela, S.A., y el Banco Central de Venezuela, requerirá la previa autorización del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas”.

“Artículo 10. —Operadores autorizados. *Podrán participar como operadores cambiarios autorizados a los efectos de las operaciones a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto Ley, los bancos universales regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y demás leyes especiales, los operadores de valores autorizados regulados por la Ley de Mercado de Valores, así como los demás sujetos que realicen actividades afines a las transacciones respectivas, debidamente autorizados mediante el Convenio Cambiario correspondiente”.*

En efecto, de la mencionada norma se puede concluir que las personas naturales o jurídicas podrán adquirir bien por los mecanismos que a tal efecto establezca el Ejecutivo Nacional (para divisas a cambio preferencial), o bien de personas jurídica del sector privado. Sin embargo, en nuestro criterio, el análisis de las mencionadas normas no debe hacerse de manera aislada sino en conjunto con el resto de las disposiciones de la ley; y a tal efecto, es importante tener en consideración que el artículo 10, previamente citado, establece que los operadores cambiarios autorizados para la realización de las operaciones descritas en el artículo 9, los bancos universales, los operadores de valores autorizados, y los demás sujetos que realicen actividades afines a las transacciones respectivas, deben estar, según ese artículo 10, debidamente autorizados mediante el Convenio Cambiario correspondiente.

De lo antes dicho se puede concluir que, si bien están permitidas las operaciones de compra y venta de divisas entre particulares, lo cual es un incuestionable avance en comparación con la regulación anterior, no es menos cierto que esta actividad sigue estando fuertemente regulada por el Estado, en virtud de lo cual estas operaciones sólo serían lícitas en la medida en la que se respeten los cánones antes descritos, ya que de lo contrario podría ser aplicable el contenido del artículo 18 de la Ley, cuyo texto, es el siguiente:

“Artículo 18. —Obtención de divisas violando las normas. Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de las normas rectoras de los procedimientos dispuestos por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas, serán sancionados con penas de prisión de dos a cinco años y el reintegro de las mismas al Banco Central de Venezuela”.

En efecto, del artículo citado se observa que quienes adquieren divisas violando las normas dispuestas por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas, serán sancionados con penas de prisión de dos a cinco años. Ahora bien, en virtud de lo anterior es posible concluir, que quienes adquieran dólares en transacciones privadas de particular a particular, sin la debida intermediación de los sujetos autorizados en el artículo 10 eiusdem, podrían ser sancionados penalmente en los términos del artículo 18.

Con respecto a esta norma es importante señalar que la misma establece un tipo penal genérico al señalar que incurren en el supuesto de hecho regulado en ella quienes adquieran divisas mediante la violación de las normas rectoras de los procedimientos para la adquisición de divisas. En cuanto a este tema se debe recordar que el grueso de la normativa cambiaria ha venido estableciéndose mediante Convenios Cambiarios, actos de rango sub legal, suscritos entre el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, lo cual nos presenta la siguiente interrogante ¿será punible penalmente la violación a normas dispuestas mediante actos de rango sub legal?

En este sentido pareciera que estamos frente a un supuesto penal manifiestamente inconstitucional, por ambiguo y por contener “normas penales en blanco”, que para determinar su aplicación hacen necesario descender al análisis de actos de rango sub legal, lo cual resulta contrario al principio de la legalidad sancionatoria, aplicable tanto al derecho administrativo sancionatorio como al derecho penal, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que mediante sentencia de 08 de diciembre de 2011, recaída en el caso: **EDUAR ENRIQUE MORENO BLANCO**, señaló sobre los principios de legalidad y tipicidad en derecho penal, lo siguiente:

*“La tipicidad constituye una garantía jurídico-política y social de la propia libertad y seguridad individual, en el entendido que la ley debe definir previamente y de manera precisa, el acto, hecho u omisión que constituye el delito. **Entendiéndose que no es factible dejar al arbitrio de quien deba aplicar la ley como autoridad judicial, la calificación discrecional de aquellos que pudieren ser o no punibles y por ende ser objeto o no de castigo.** Esto es lo que se conoce doctrinariamente como el principio de legalidad, que no es mas que la prohibición que pesa sobre el juzgador de enjuiciar como ilícitos, aquellos comportamientos que no se adecúen al tipo legal, aun cuando los mismos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a las buenas costumbres o a la moral.*

*De manera que, el principio de legalidad (nullum crimen) y la tipicidad, se encuentran estrechamente vinculados, el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la **tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.***

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal.

Así, en el primero se establece que, “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”; y, en el segundo se señala que: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (...).”

Con respecto al principio de legalidad, ROXIN expresa que, “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.”

(ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 137).

De tal forma que, no solo corresponde al Estado ejercer su función punitiva, sino que, además, debe velar porque ese ejercicio, no se torne arbitrario y desproporcional, y, es justamente, a través del principio de legalidad que el mismo Estado regulará su ejercicio, evitando calificar como punibles conductas que no lo son e imponiendo sanciones que no son aplicables a la naturaleza de las acciones erróneamente consideradas como delictivas”.

De esta manera se puede apreciar cómo, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el principio de legalidad y la tipicidad, se encuentran estrechamente vinculados, de manera que el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, no en actos de rango sub legal, mientras que la tipicidad requiere la descripción “inequívoca” de tal conducta en el texto legal. Por argumento en contrario, de no estar presentes estos requisitos legalidad y tipicidad, podríamos afirmar que no estamos en presencia de una conducta legalmente definida como delito, y en consecuencia, no castigable penalmente. Adicionalmente, vale la pena señalar, que ya la propia Sala Constitucional, mediante la comentada sentencia del 21 de noviembre de 2001, había declarado inconstitucional los tipos penales contenidos en la Ley Sobre el Régimen Cambiario de 1995, cuya regulación era muy similar a la que se encuentra vigente.

CONCLUSIONES

En Venezuela la Constitución de 1999, establece un conjunto de normas que orientan la actuación del Estado en el manejo de los asuntos económicos (Constitución Económica). El referido régimen, se fundamenta en la economía social de mercado y su equivalente jurídico, el Estado Social, que establece el artículo 2 de la carta fundamental, el cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 299 eiusdem, según el cual el Estado puede participar conjuntamente con los particulares en el desarrollo de las actividades económicas.

Por otra parte, la participación del Estado en la economía debe realizarse con respeto a los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, por lo cual su intervención directa en asuntos económicos deberá limitarse a aquellas actividades en las cuales sea extremadamente oneroso o imposible la participación de particulares (principio de subsidiariedad) y en aquellas actividades especialmente reservadas al Estado por norma constitucional o legal.

En virtud de lo anterior, la aplicación de un régimen de control cambiario en una economía principalmente importadora de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la población, constituye una intervención indirecta, pero muy fuerte en la economía, sobre todo teniendo en consideración la imposición de sanciones administrativas y penales para quienes infrinjan los procedimientos dispuestos para tal fin.

El control cambiario impuesto en el País desde hace más de catorce años ha estado predominado por un fuerte principio centralizador según el cual sólo eran lícitas las operaciones de compra y venta de divisas, cuando estas fueran efectuadas con el Banco Central de Venezuela.

La nueva Ley del Régimen Cambiario y sus ilícitos flexibilizó la regulación cambiaria en el país al reconocer la existencia de un mercado cambiario donde los particulares ya no están obligados a comprar y vender divisas exclusivamente al Banco Central de Venezuela; sin embargo es posible interpretar, de acuerdo a las disposiciones de la propia ley, que esas operaciones entre privados sólo serán lícitas en tanto y en cuanto se hagan con intermediación de los operadores cambiarios autorizados y por medio de los mercados autorizados por las autoridades competentes.

El contenido del artículo 18 de la nueva ley podría estar viciado de inconstitucionalidad al establecer un tipo penal ambiguo e impreciso que para su cabal verificación en muchos casos será necesario descender al análisis de los Convenios Cambiarios (actos de rango sub legal), que contienen el grueso de la regulación cambiaria vigente, lo cual es contrario a los principios de legalidad y tipicidad que en materia penal debería ser de interpretación restrictiva, tomando en cuenta que lo que está en juego es el segundo bien jurídico más importante después de la vida, la libertad.

En base a lo antes expuesto, puede considerarse, en el contexto de esa tesis, que actualmente en Venezuela, no está penalizado para las personas naturales y jurídicas, el acceso a las divisas en el mercado no preferencial o no regulado.

LA PERENCIÓN DE LA INSTANCIA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

He sido invitado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. José Ángel Castillo Moreno” del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, como ponente, en estas XVIII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo intitulada: “Derecho Procesal: reforma, realidad y perspectivas”. Antes de entrar en el desarrollo del tema propuesto queremos agradecer la gentileza que ha tenido nuevamente para con nosotros el Dr. Ramsis Ghazzaoui, Coordinador Académico de estas emblemáticas jornadas, que estamos seguros serán, al igual que las anteriores, exitosas y servirán para profundizar la cultura jurídica en el estado Carabobo, y en el resto del País. Quiero agradecer especialmente la colaboración fundamental para la elaboración de estas notas del abogado Rosnell Carrasco.

Dicho esto, pasemos al desarrollo del tema propuesto y que hemos denominado: “*La perención de la instancia en el contencioso administrativo*”. Con la finalidad de cumplir a cabalidad con el tema, haremos primero una breve introducción donde abordaremos de manera general la institución y plantearemos el problema actual que genera la necesidad de este trabajo. De seguidas, nos proponemos exponer los criterios jurisprudenciales más recientes en esta materia, y luego unos breves comentarios, a modo de conclusión con nuestra opinión.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La perención de la instancia es una institución de derecho procesal que de ser interpretada y aplicada de manera “ligera” por los órganos de administración de justicia, puede lesionar el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, la conclusión anterior pone de relieve la importancia de esta institución, especialmente en procesos judiciales donde lo discutido va más allá de un asunto patrimonial *inter*

privatos, tal como sucede en el contencioso administrativo donde el objeto de la pretensión –cuando el demandante es el particular–, es la actividad o inactividad administrativa del Estado.

Ahora bien, el asunto cobra mayor relevancia, cuando, como sucede en el contencioso administrativo venezolano, los lapsos de caducidad para la interposición de algunas de las principales pretensiones son considerablemente más cortos que en el proceso civil, por cuanto en la mayoría de los casos, de ser decretada la perención, sería imposible presentar nuevamente la acción. Esta circunstancia pudo haber sido tomada en cuenta por el legislador al haber establecido en la legislación que ha regulado el contencioso administrativo en Venezuela, únicamente la perención anual, excluyendo la posibilidad de que los tribunales decreten la denominada “perención breve”.

En efecto, lo hasta aquí expuesto nos revela la necesidad de una interpretación sana y armónica de la institución, que permita garantizar el derecho de acceso a la justicia, por una parte, y por la otra evitar la sustanciación de procesos judiciales en donde los litigantes no han demostrado la debida diligencia en el impulso y continuación del proceso. Lo hasta aquí expuesto se traduce en el deber que tiene todo juez, -en su condición de director del proceso-, de garantizar el derecho a la igualdad procesal, derecho éste que es parte del denominado “núcleo duro” del derecho a la tutela judicial efectiva, y que únicamente puede ser matizado por expresa disposición legal.

No obstante lo anterior, en los últimos años se ha venido desarrollando una nueva doctrina jurisprudencial sobre la perención de la instancia en el contencioso administrativo, y que difiere de su interpretación y aplicación tradicional. Es esta doctrina jurisprudencial la que constituye el objeto de análisis de estas breves notas. En efecto, primero la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y luego, como es de suponer, las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo han empezado a sostener la inaplicabilidad de esta institución en aquellos casos donde el demandante es alguno de los órganos o entes del Estado, sin entrar a considerar si están dados los supuestos previstos en la legislación para su reconocimiento (inactividad procesal del demandante por más de un año) por cuanto consideran que ello podría acarrear graves daños al patrimonio público.

Dicho lo anterior, resulta pertinente detenernos, aunque sea brevemente, en el análisis de la perención como una de las formas de terminación del proceso. Esto nos permitirá tener un marco conceptual que luego nos permita exponer y analizar críticamente los nuevos criterios jurisprudenciales en esta materia.

II. LA PERENCIÓN COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

La perención de la instancia, es una de las formas de terminación del proceso judicial, que opera por la inactividad procesal de la parte actora, es decir, por la no realización de actos de procedimiento destinados a mantener en curso el proceso, en un período de un año, y opera contra las personas jurídicas de derecho público tales como la República, los Estados y los Municipios, tal como lo establecen los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Civil, los cuales prevén:

“Artículo 267.- Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá perención (...).

“Artículo 268.- La perención procede contra la Nación, los Estados y las Municipalidades, los establecimientos públicos, los menores y cualquiera otra persona que no tenga libre administración de sus bienes, salvo el recurso contra sus representantes”.

En similar sentido, la institución procesal de la perención de la instancia, fue establecida expresamente en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de fecha 16 de junio de 2010, el cual textualmente dispone:

“Artículo 41. —Perención. Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes, salvo que el acto procesal siguiente le corresponda al Juez o Jueza, tal como la admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas”.

De conformidad con las normas antes expuestas, debemos señalar que la perención consiste en la extinción del proceso por el transcurso del tiempo previsto en la ley, sin que se hubiese verificado acto de procedimiento de las partes capaz de impulsar el curso del juicio; en materia contencioso- administrativa dicho lapso es de exclusivamente de un año. Este instituto procesal encuentra justificación en el interés del Estado de impedir que los juicios se prolonguen indefinidamente, y de garantizar que se cumpla la finalidad de la función jurisdiccional, la cual radica en administrar justicia; y por otra parte, en la necesidad de sancionar la conducta negligente de la parte actora, por el abandono de la instancia y su desinterés en la continuación del proceso¹.

Además de lo antes expuesto, es importante recordar que la perención de la instancia tiene su origen en la máxima *dies interpellat pro homine* -el día interpela por el hombre-, por lo cual la perención se causa de pleno derecho, siendo la decisión del juez en este sentido meramente declarativa, y nunca constitutiva², ya que en este particular aspecto de la actividad jurisdiccional el juez ve sus facultades limitadas a la simple verificación objetiva de un hecho concreto, -el transcurso de un año sin actividad procesal de la parte actora que impulse el proceso-. En efecto, este ha sido el criterio reiterado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante sentencia número 1466 del 05 de agosto de 2004, recaída en el caso: Constitución del estado Aragua, señaló:

*“En efecto, es evidente que la norma obliga a las Salas que componen este Tribunal Supremo de Justicia a aplicar una consecuencia jurídica de manera indefectible, esto es, **declarar consumada la perención**, como consecuencia de la verificación del supuesto de hecho previamente establecido en el dispositivo normativo, cuál es la existencia de **causas que hayan estado paralizadas por más de un (1) año, antes de la presentación de los informes**”. De manera*

¹ Oscar Pierre Tapia. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, Tomo 2, Febrero de 2003, página 413.

² Estas afirmaciones tienen fundamento en lo establecido en el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala: “Artículo 269: **La perención se verifica de derecho y no es renunciable por las partes.** Puede declararse de oficio por el Tribunal y la sentencia que la declare, en cualquiera de los casos del artículo 267, es apelable libremente”.

que, pareciera que no existe ni otra opción ni otra actuación que logre desvirtuar el inminente acontecimiento del decreto de perención, como una decisión ineludible derivada de la falta de actuaciones procesales de las partes en el expediente (...)”.

Este criterio fue ratificado posteriormente mediante sentencia número 853 de fecha 05 de mayo de 2006, recaída en el caso: Gobernación del estado Anzoátegui, donde la misma Sala estableció lo siguiente:

*“Así las cosas, aprecia esta Sala Constitucional que **la declaratoria de perención opera de pleno derecho**, y puede ser dictada de oficio o a petición de parte, sin que se entienda en esta frase que existe en cabeza del juzgador un margen de discrecionalidad para el decreto de la misma, ya que la sanción debe ser dictada tan pronto se constate **la condición objetiva** caracterizada por el transcurso de más de un año sin actuación alguna de parte en el proceso, salvo que la causa se encuentre en estado de sentencia”*.

De los precedentes jurisprudenciales se puede observar que, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del país, incluyendo a los tribunales con competencia contencioso-administrativa, la perención opera de “pleno derecho”, ya que: *i)* no existe en cabeza del juzgador un margen de discrecionalidad en el decreto de la misma, *ii)* porque la función del juez se limita a la verificación de una “condición objetiva”, como lo es el transcurso de más de un año sin actuación alguna de parte en el proceso, y *iii)* por que el decreto de la perención es una “decisión ineludible”.

III. LA PERENCIÓN EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Podría sostenerse que lo hasta aquí expuesto es la concepción tradicional de la perención, tal y como esta es aplicada en los procesos judiciales de naturaleza civil o mercantil, contruidos principalmente sobre el principio dispositivo según el cual el proceso pertenece a las partes, ellas son las que con su actuación diligente lo impulsan hasta

obtener una sentencia definitiva que resuelva el conflicto sometido a la consideración del juez. Este modelo de justicia “rogada”, es algo distinto a los procesos judiciales constitucionales o contencioso administrativos donde dicho principio se encuentra matizado por el evidente interés público de los asuntos que constituyen el objeto de estos procesos, (verbi-gracia: la nulidad de un acto administrativo o de una ley). Es justamente la presencia de ese interés público lo que permite una aplicación diferenciada de ciertas instituciones del derecho procesal común o general en el contencioso administrativo, llegando incluso al establecimiento por vía legal de los denominados “privilegios o prerrogativas procesales”.

En efecto, estos privilegios, que se repite han sido introducidos por vía legal, son de la más variada índole y van desde el denominado “procedimiento previo a las demandas contra la República”, y la prohibición de declarar la confesión por no dar contestación a la demanda, hasta las formalidades para la validez de la citación o la no exigibilidad de la concurrencia en materia de requisitos de procedencia de medidas cautelares. No obstante, ninguna ley establece como prerrogativa procesal a favor de los entes públicos la improcedencia de la perención, sino que por el contrario, como hemos visto una de las características de la perención establecidas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 268), y en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 41) es que la misma procede contra la República, los Estados y los Municipios³. Es pertinente indicar que tal situación se mantiene en el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil que actualmente se discute en la Asamblea Nacional, cuyo artículo 268 mantiene la perención en contra de los entes públicos⁴.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia parece no haber tenido en cuenta hasta el momento las normas antes mencionadas. En efecto, el criterio sostenido recientemente por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se puede observar en la decisión número

3 Sobre la aplicación pacífica y reiterada de este criterio se puede consultar con provecho RENGEL ROMBERG, Aristides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, 2003, Tomo II, pp. 379-380.

4 “Artículo 268. Entidades Públicas. La perención procede contra la Nación, los Estados y las Municipalidades, los establecimientos públicos, los niños, niñas y adolescentes y cualquiera otra persona que no tenga libre administración de sus bienes, salvo el recurso contra sus representantes”.

0729 de fecha 20 de junio de 2012 (mediante la cual ratifica sentencias números 1453 de fecha 3 de noviembre de 2011 y 1482, del 9 de ese mismo mes y año⁵) es el siguiente:

“[...] No obstante, aprecia la Sala que el caso bajo análisis versa sobre una demanda interpuesta por el Distrito Metropolitano de Caracas, contra la sociedad mercantil CVG Internacional, C.A., por el presunto incumplimiento de la Orden de Compra N° 08009054 del 20 de noviembre de 2008, para la adquisición de siete (7) unidades de “Camiones Bomba Tipo Mini Bomba para Combate de Incendios del Cuerpo de Bomberos Metropolitanos de Caracas”, materia ésta en la cual está comprometido el patrimonio público, y vinculada con el derecho de la población a la protección y seguridad, consagrado en el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo tanto, al advertir la Sala que en la demanda bajo estudio no solo pudieran estar en juego intereses patrimoniales de los entes públicos involucrados, sino que además está vinculada con la consecución de un fin social como lo es la seguridad de la población, la cual incide directamente en su calidad de vida, no procede la declaratoria de perención toda vez que ésta resultaría violatoria del orden público y de los intereses generales protegidos por esta Máxima Instancia.”⁶

El criterio jurisprudencial expuesto se repite de manera idéntica en todos los casos que hemos podido revisar, y de él se desprende que para la Sala Político-Administrativa resultaría improcedente declarar la perención en aquellos casos en los que el demandante sea algún ente del Estado, y para ello invoca unos posibles daños al “orden público” y a los “intereses generales”, que podrían causarse en caso de que se decretase la perención de la instancia, razón por la cual en estos casos el tribunal a pesar de reconocer la inactividad de los apoderados judiciales

⁵ Este criterio está siendo aplicado por las Cortes de lo Contencioso Administrativo, tal como se observa de la sentencia número 2014-0091, dictada en fecha 30 de enero de 2014.

⁶ Las críticas a esta doctrina jurisprudencial ya han sido expuestas de manera contundente por un importante sector de la doctrina científica del derecho administrativo venezolano. Sobre este tema se puede consultar con provecho: Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano en la Actualidad*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2013. pp. 179-185.

de la Administración, por más de un año, ordena la continuidad del procedimiento, tal y como sucedería si el procedimiento en vez de judicial fuera administrativo, lo que parecería constituir una desnaturalización de la función jurisdiccional.

En primer lugar, es importante tomar en consideración que estos precedentes jurisprudenciales, los cuales parecieran constituir una verdadera tendencia en el contencioso administrativo, ponen en evidencia que estamos frente a una “prerrogativa procesal” creada por vía jurisprudencial a favor de la República, los Estados y los Municipios, en contra de las disposiciones legales y vigentes previstas en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previamente citados, y que en la práctica se traduce en la inaplicabilidad de la perención cuando ella obre en contra de la Administración Pública.

La postura jurisprudencial comentada debe ser objeto de crítica, en primer lugar, porque ninguna de las decisiones que se refieren a este tema repara en analizar las normas que regulan la perención de la instancia en el contencioso administrativo, ya que si bien citan el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ninguno de los casos siquiera mencionan el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil vigente, que expresamente señala que la perención opera contra entes públicos. En efecto, ni siquiera puede decirse que el criterio sea el resultado de una interpretación por cuanto la misma resultaría evidentemente *contra legem*.

En este sentido, pareciera que el legislador ha sido coherente en cuanto a la procedencia de la perención de la instancia en contra de la Administración Pública, lo cual quedó expresamente dispuesto en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previamente citado, el cual dispone que **toda instancia** se extingue por el transcurso de un año sin que hubiese distinguido el legislador aquellos casos donde el demandante es el Estado, de aquellos donde el demandante es un particular, por lo que forzosamente debe concluirse que la intención del legislador y de la norma era claramente que se decretara la perención en todas aquellas causas donde se materializara la condición objetiva de la inactividad procesal del actor por más de un año, fuere quien fuere el actor.

En efecto, esto atiende a un sano criterio de política judicial que persigue evitar la pérdida de tiempo y esfuerzo en la sustanciación y decisión de procesos judiciales que han sido abandonados por sus demandantes; ello en procura y beneficio de aquellas otras causas donde los litigantes han demostrado mayor interés, además de procurar la diligencia de los abogados que defienden al Estado, quienes sabiendo las posibles consecuencias de su inactividad probablemente tengan mayor cuidado en el impulso y seguimiento de los asuntos judiciales que interesan a los Entes Públicos.

En cuanto al argumento referido al posible daño patrimonial o la eventual afectación al interés público o colectivo que, en criterio de la Sala Político-Administrativa le corresponde tutelar, debe tenerse en cuenta primero que en caso de que dichos intereses estuvieran presentes le corresponde su tutela a los apoderados judiciales de los distintos órganos o entes de la Administración Pública, quienes precisamente como consecuencia de dicho interés, están en la obligación de impulsar con un grado máximo de diligencia las causas que tramitan por ante los tribunales del país, y quienes además son responsables civil, penal, y administrativamente, por su negligencia en el cumplimiento de sus funciones.

Adicionalmente, llama nuestra atención el hecho de que la primera sentencia que sostuvo este criterio; esto es la número 1453 de fecha 3 de noviembre de 2011, el argumento de la presencia de intereses públicos o generales como fundamento para declarar la improcedencia de la perención fue un argumento secundario, ya que el tribunal en dicha causa (la Sala Político-Administrativa) verificó que uno de los demandados se había dado por citado en el juicio, no obstante la falta de impulso procesal del demandante, lo que lo llevó a declarar que se había cumplido con el fin de la citación, por lo que resultaba improcedente declarar la perención. En efecto, el mencionado argumento es el fundamento principal y válido de dicha improcedencia. No obstante, las sentencias posteriores que la confirman no hacen el mencionado análisis, sino que se limitan a alegar la presencia de intereses públicos o generales como causal de improcedencia de la perención, lo que constituye una errónea aplicación del criterio original.

Como consecuencia de lo antes expuesto, en opinión de quien suscribe, este criterio debería ser abandonado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, por cuanto resulta manifiestamente contraria al derecho a la igualdad procesal que debe regir en todo proceso judicial y cuyas únicas excepciones válidas son las introducidas por virtud de la ley, tal como sucede con las prerrogativas procesales a favor de la República previstas en la Ley de la Procuraduría General de la República. Sobre este tema debemos recordar que el criterio pacífico es que los privilegios y prerrogativas procesales creados por ley a favor de la República son de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional, por lo que no admiten aplicaciones extensivas o analógicas.

IV. CONCLUSIONES

La perención opera de “pleno derecho”, ya que: *i*) no existe en cabeza del juzgador un margen de discrecionalidad en el decreto de la misma, *ii*) porque la función del juez se limita a la verificación de una “condición objetiva”, como lo es el transcurso de más de un año sin actuación alguna de parte en el proceso, y *iii*) por que el decreto de la perención es una “decisión ineludible”.

Lo antes expuesto tiene plena aplicación en el contencioso administrativo ya que la legislación vigente así lo establece. En efecto, el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que toda instancia se extingue por el transcurso de un año, sin actividad del demandante. Adicionalmente, el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, establece expresamente que la perención opera en contra de la República, los Estados y Los Municipios.

La posición del legislador en esta materia parece ser pacífica y reiterada por cuanto el contenido del artículo 268 se mantiene en el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil que actualmente se discute en la Asamblea Nacional, razón por la cual, no existe fundamento legal para la interpretación *contra legem* de la Sala Político-Administrativa. No obstante, en criterio de ese alto tribunal resultaría improcedente declarar la perención en aquellos casos en los que el demandante sea algún ente del Estado, y para ello invoca unos posibles daños al “orden público” y a los “intereses generales”, que podrían causarse en caso de

que se decretase la perención de la instancia, razón por la cual en estos casos el tribunal a pesar de reconocer la inactividad de los apoderados judiciales de la Administración, por más de un año antes de “vistos”, ordena la continuidad del procedimiento.

En opinión de quien suscribe, este criterio debería ser abandonado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, por cuanto resulta manifiestamente contrario al derecho a la igualdad procesal que debe regir en todo proceso judicial y cuyas únicas excepciones válidas son las introducidas por virtud de la ley, tal como sucede con las prerrogativas procesales a favor de la República previstas en la Ley de la Procuraduría General de la República, y en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública.

OPINIÓN PÚBLICA Y SOBERANÍA NACIONAL

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

INTRODUCCIÓN

La Soberanía Nacional reside en el Pueblo, y éste se va formando su propio criterio o pensamiento sobre los asuntos relativos a la conducción del Estado, tanto en períodos no electorales como en momentos específicos electorales, y particularmente con el ejercicio del derecho al sufragio, para elegir a las principales Autoridades Públicas. De allí, la íntima conexión entre la Opinión Pública y la Soberanía Nacional.

En el presente trabajo, luego de una introducción sobre aspectos históricos esenciales sobre la estructura del aparato público en Venezuela, veremos cómo debería, objetivamente, formarse aquí la Opinión Pública, para luego explicar, graves casos, en los cuales resulta trastocada, o, altamente interferida.

Dicho esto, pasemos a considerar cómo se estructuró a partir de la Revolución Francesa de 1789 el “Estado Moderno”, y sus componentes, para luego entrar en la cuestión de la noción de “Estado de Derecho”, marco teórico que nos permitirá exponer el papel fundamental que la “opinión pública” tiene hoy día, en los Estados Modernos, y así poder dar cuenta del funcionamiento de estas instituciones en la actualidad venezolana.

Según la Teoría más aceptada, modernamente, para que exista y tenga vigencia la noción de “Estado” es necesaria la existencia de tres elementos constitutivos: el Pueblo, el Territorio y el Poder Público¹.

Explica Carré de Malberg que el Estado es la “Unidad de asociación de un pueblo, sobre un territorio, dotada de Poder Político o Soberanía”.

¹ R. Carré de Malberg. *Contribution a la Théorie Général de l'Etat*, Tome I, Editions du CNRS, Paris 1962, Primera Edición, Sirey, 1920.

El mencionado autor desarrolla la idea expuesta de la siguiente manera: “Si se examinan los hechos, es decir las diversas formaciones políticas a las cuales el uso establecido ha dado el nombre de Estado, se constata que los elementos constitutivos de los cuales cada Estado está formado, se resumen esencialmente a tres:

Dentro de cada Estado se encuentra de entrada un número de hombres. Ese número puede ser más o menos considerable: es suficiente que esos hombres estén en la disposición de hecho de formar un cuerpo político autónomo, es decir distinto de los grupos estatales vecinos. Un Estado, es en consecuencia antes que nada una comunidad humana. El Estado es una forma de agrupación social. Lo que caracteriza esta suerte de comunidad, es que ella es una colectividad pública, que se superpone a todas las agrupaciones particulares, de orden doméstico o de interés privado, o aún de interés público local, que pueden existir entre sus miembros. Mientras que en el origen los individuos sólo han vivido en pequeños grupos sociales, familia, tribu, gentes, aisladas los unos de los otros aunque yuxtapuestos sobre el mismo suelo, y no conociendo cada uno sino su interés particular, las comunidades estatales se formaron englobando en ellas todos los individuos que pueblan un territorio determinado, en una corporación única, fundada sobre la base del interés general y común que une entre ellos, a pesar de todas las diferencias que los separan, los hombres que viven juntos en un mismo país: corporación superior y general que constituye desde entonces un pueblo, una nación. La nación es en consecuencia el conjunto de hombres y poblaciones que concurre a formar un Estado y que son la substancia humana del Estado... (Omissis)...

El segundo elemento constitutivo de los Estados, es el territorio. Acabamos de ver que una relación del vínculo nacional no puede ser consistente sino entre hombres que se encuentran en contacto por el hecho mismo de su cohabitación permanente sobre uno o varios territorios comunes: el territorio es por consiguiente uno de los elementos que permiten a la nación realizar su unidad. Pero además una comunidad nacional sólo es apta para formar un Estado que en la medida en que ella posee una superficie de suelo sobre la cual ella puede afirmarse como dueña de ella misma e independiente, es decir sobre la cual ella

pueda a la vez imponer su propio poder y rechazar la intervención de toda potencia extranjera... (Omissis)...

En fin y sobre todo, lo que hace a un Estado, es el establecimiento en el seno de la nación de un poder público que se ejerce superiormente sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional o que residen solamente sobre el suelo nacional. El examen de los Estados bajo esta cuestión revela que este poder público deriva su existencia precisamente de una cierta organización del cuerpo nacional: organización por la cual se encuentra definitivamente la unidad nacional, y de la cual también el fin esencial es crear dentro de la nación una voluntad capaz de crear por cuenta de ella todas las decisiones que necesita la gestión de sus intereses generales: en fin, organización de la cual resulta un poder coercitivo que permita a la voluntad así constituida imponerse a los individuos como una fuerza irresistible”².

Establecido lo anterior, pasamos a ver cómo trata la Procuraduría General de la República de Venezuela las categorías básicas y elementales sobre la forma en la cual se organizan algunos de los principales sistemas políticos, a la luz del ordenamiento contemporáneo.

Así, ha sostenido la Procuraduría General de la República, en dictamen dirigido al Presidente de la República lo siguiente: “Existe una distinción a menudo desconocida, entre los conceptos de Estado, Gobierno y Régimen Político. El Estado es una “unidad de asociación”, dotada de un poder político supremo y originario, de un pueblo que habita en un territorio determinado”. Sus formas son: El Estado Unitario (centralizado o descentralizado) y el Estado Federal (bajo sus diversas manifestaciones tales como la confederación). El Gobierno es “la manera política” en la cual está distribuido el poder entre los diversos órganos que lo ejercen. Se trata aquí del Poder en ejercicio, mientras que en el Estado el Poder es un elemento constitutivo. Las formas de gobierno son: El presidencialismo (puro o mixto) y el parlamentarismo. En fin, el Régimen Político es el sistema de legitimación o de justificación del ejercicio del Poder; siendo sus formas el Autoritarismo (donde el poder político es entendido como la expresión continua y arbitraria de la voluntad de algunas personas que lo conservan por la fuerza de

² *Ibid.*, pp. 1-7.

una situación de hecho) y la Democracia (donde el poder político está concebido como la expresión periódica, libre, soberana y directa de la voluntad popular).

Estas tres categorías distintas, son frecuentemente confundidas cuando se trata de la cuestión del “Poder”. Es en un intento de aclarar tal confusión que hemos distinguido estos tres tipos de estructuras que se presentan juntas como un sistema complejo, donde cada una es un subconjunto del gran conjunto que forma su reunión. Nosotros identificamos a los efectos de esta comunicación, al Poder en su más pura concepción: La de elemento constitutivo del Estado.

Entonces, ¿Qué es el Poder Político como elemento constitutivo del Estado? “El Poder es una “libre energía” que gracias a su superioridad asume la empresa del gobierno de un grupo humano, a través de la creación continua del orden y del derecho” (Hauriou, Maurice: “Droit Constitutionnel” Paris, Sirey, 1923, p. 743). Esa “libre energía” superior, en su real más elemental pureza, comporta tres manifestaciones irreductibles: la creación del derecho, la aplicación del derecho y la decisión del derecho”³.

Y, agrega la Procuraduría General de la República en ese dictamen: “Con la revolución francesa, después de 1789, y por inspiración de las ideas de Montesquieu, hubo una ruptura con los principios del Estado Absolutista, donde las tres manifestaciones irreductibles del Poder estaban concentradas en mano del soberano. A partir de la revolución se consideró que esas tres manifestaciones del Poder debían estar “completamente” separadas, de tal manera que, según la expresión del propio Montesquieu: “el poder detenga al poder”⁴... (Omissis)...

Según este principio, originalmente, corresponde al Poder Legislativo la creación del derecho, al Ejecutivo la aplicación del derecho y al Judicial la decisión del derecho⁵.

Siguiendo esta línea de pensamiento debemos de seguidas preguntarnos entonces ¿en qué consiste la noción de “Estado de Derecho”?

³ Dictamen de la Procuraduría General de la República de fecha 4 de marzo de 1985 dirigido al Presidente de la República, consultado en original, pp. 1 y 2

⁴ Charles Louis de Secondat Montesquieu, *De L'Esprit des lois*, tome I, Livre onzième, édition G. de trouc, Garnier Freres, Rue des Saints Peres, Paris, 1961.

⁵ Dictamen de la Procuraduría General de la República de fecha 4 de marzo de 1985 op cit; pp. 2 y 3

Según la comentarista Marie-Joëlle Redor, en su interesante obra “De L’Etat Legal a L’Etat de Droit”⁶, a pesar de que la primera obra de consideración del derecho administrativo fue la de A. Gautier (*Précis des matieres administratives dans leur rapports avec les matieres civil et judiciaires*”, Paris, Lahure, 1879) publicada ese año, “no se puede sobre todo sostener que la expresión <<Estado de Derecho>> haya sido empleada por primera vez en 1879. Su aparición es mucho más tardía y su utilización fue relativamente rara. Sin embargo, la idea está ya presente: Luchar contra la arbitrariedad, obligar al Estado a respetar el derecho que él dicta, esas son las tareas a las cuales se dedicó el Consejo de Estado desarrollando el recurso por exceso de poder, esos son también los objetivos que se fija la doctrina”⁷.

Termina explicando REDOR, que la expresión “Estado de Derecho”, es la traducción literal del alemán “Rechtsstaat”, palabra introducida desde 1864 por O. BÄHR, y por ella se designa: “un Estado donde el Poder Público está sometido al derecho y del cual todas sus manifestaciones están legitimadas y limitadas por el derecho”⁸.

Dicho esto pasamos entonces a un mayor nivel de profundidad: El “Estado de Derecho” como límite estructural del Poder Público en su condición de “elemento constitutivo” del Estado, supone necesariamente el juego armónico de tres principios fundamentales de Derecho Público: el Principio de la Separación de Poderes, el Principio de la Legalidad, y el Principio del Respeto a las Situaciones Jurídicas Subjetivas.

Estos tres principios actúan como bretes del Poder Público, y constituyen, por efecto de las decisiones de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción contencioso-administrativa, el núcleo esencial del “Estado de Derecho”. Y es así como funciona la vida común o colectiva de la sociedad.

⁶ Marie-Joëlle Redor, *De L’Etat Legal a L’Etat de Droit, Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Francaise 1879-1914*, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1992, pp. 7 y ss.

⁷ *Ibid.*, pp. 58 y 59. Debe referirse además que los principales textos de derecho público que constituyen la doctrina citada por Redor son: E. Laferriere, *Traité de la jurisdicción administrative et des recours contentieux*, 2 vol, 1887-1888; y M. Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit public*, Paris, Larose et Forcel, 1892.

⁸ Marie-Joëlle Redor, *De L’Etat Legal a L’Etat de Droit*, op. cit., pp. 10 y 11.

Todo esto que venimos exponiendo hasta aquí, es el desarrollo político-jurídico más avanzado del pensamiento racionalista inaugurado por Descartes a partir de 1637, y aplicado luego con el positivismo de Augusto Comte. Pero debe advertirse que una aproximación, entendimiento y lenguaje totalmente diferentes sobre todo esto se produce para algunos, si en lugar de ver las cosas desde la perspectiva racionalista y positivista, las aprecian y analizan desde el punto de vista del “materialismo dialéctico” de Hegel, y particularmente en su variante “materialismo histórico” de Marx y Engels, y con posterioridad de Lenin.

Bajo ese modo diferente de ver la organización del Poder Público, para estos últimos pensadores y políticos, el “Estado Moderno” es una superestructura de la clase burguesa dominante, que debe ser aniquilada, si es necesario por la fuerza y la violencia de la dictadura del proletariado, a través de la “Lucha de Clases” (aunque contemporáneamente se ha pretendido hacerlo por una vía simuladamente democrática)⁹.

Esta síntesis introductoria nos permite ver, dependiendo de si se tiene una óptica racionalista o libre pensadora, o, marxista, la cuestión de la “opinión pública” y su influencia sobre el ejercicio del “Poder Político” o “Soberanía”, en cada caso, de una forma distinta.

El tema es de evidente actualidad desde hace 15 años, en Venezuela.

Independientemente de la posición ideológica que se tome, el punto de partida de estas consideraciones está en el artículo 5 de la Constitución de 1999, que reza:

“Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

De modo que una primera conclusión parcial que puede sacarse de lo aquí dicho, es que existe una íntima relación de identidad entre las nociones de “Opinión Pública” y “Soberanía Nacional”, así:

⁹ Toda esta explicación se encuentra en nuestro trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, publicado por ese cuerpo en mayo de 2013. pp. 25-34.

- A. **En potencia:** por lo que piensen los ciudadanos sobre cómo debe ser la conducción del Estado; y
- B. **En los actos:** por el ejercicio del sufragio.

Ahora bien, una vez analizados los temas, corresponde ahora revisar dos interrogantes; la primera ¿cómo debería formarse la “opinión pública”, objetivamente en un Estado moderno?, y la segunda ¿cómo está interferida la formación y ejercicio de la opinión pública en el derecho venezolano de estos días?

I. FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA, OBJETIVAMENTE, EN VENEZUELA.

Como sabemos, la opinión pública es la tendencia que tiene una sociedad respecto a hechos que le son de interés. Ella va a formarse como consecuencia de la interacción de los individuos con la información que es difundida a través de distintos mecanismos de comunicación, oficiales y no oficiales.

En efecto, existen en Venezuela, y por ejemplo en Francia, distintos mecanismos que permiten la divulgación de información, entre los cuales realizaremos un breve análisis sobre los que comportan mayor relevancia para la formación de dicha Opinión Pública.

a. Instituto Nacional de Estadística (INE)

Hasta el año 1871 no existía en Venezuela un sistema que se encargase de desarrollar las actividades de análisis estadísticos; es a partir de dicho año que fueron tomadas distintas medidas que permitieron el nacimiento del Sistema Estadístico Venezolano.

En efecto, el día 9 de enero de 1871 fue creada la Dirección General de Estadística como dependencia del entonces Ministerio de Fomento, en razón de que existía desconocimiento de los aspectos de relevancia para el bienestar del país, como lo son la agricultura, la ganadería y el comercio¹⁰.

¹⁰ “INE. Filosofía de Gestión. Antecedentes” (s.f.). P. 1. Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&id=10&Itemid=25

Dicha Dirección, fue la encargada de la materia hasta 1977, año en que, el 21 de diciembre, fue creada la Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI), como órgano auxiliar del Presidente de la República y del Consejo de Ministros¹¹.

Ahora bien, el 22 de mayo del año 2001 el Decreto con fuerza de Ley de la Función Pública de Estadísticas¹², mediante la cual fue creado el Instituto Nacional de Estadística, como ente adscrito al entonces Ministerio de Planificación y Desarrollo, quien sería el encargado de ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Estadística y de establecer la normativa y condiciones en las cuales se realizaría todo lo relacionado con recolección y análisis de datos en los temas de especial importancia para el país.

Hoy en día, el Instituto Nacional de Estadística se encuentra adscrito al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno, y se dedica a establecer la normativa técnica aplicable a la actividad estadística realizada por la República, coordinar el Sistema Estadístico Nacional y en general de producir las estadísticas oficiales.

b. *Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE), en Francia :*

El INSEE es el instituto nacional de estadísticas y estudios económicos Francés, que se encarga de coleccionar y publicar la información estadística relativa a la economía y sociedad francesa, mediante la realización periódica de censos nacionales

El sistema estadístico francés tiene su origen en el año 1833, en el Ministerio de Comercio, con la creación de una Oficina General de Estadísticas, que en 1840 tomó el nombre que conservaría hasta 1941: *Statistique Générale de la France* (SGF). A finales de 1936, se convirtió en un departamento del Ministerio Nacional de Economía¹³.

¹¹ Ídem.

¹² “Decreto con fuerza de Ley de Función Pública Estadística”. Publicado en Gaceta Oficial N° 37.202 de fecha 21 de mayo de 2001.

¹³ “INSEE. Brief History” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://www.insee.fr/en/insee-statistique-publique/default.asp?page=connaître/histoire.htm>

En el año 1941, fue creado el Servicio Nacional de Estadísticas (Service National des Statistiques, SNS), el cual tomó mucho del personal que era parte de las antiguas oficinas de recluta militar, recuperando también distintos equipos de tabulación de varias oficinas regionales¹⁴.

Durante la época posterior a la segunda guerra mundial, mientras se realizaban labores de reconstrucción y reorganización, el INSEE fue creado con base en los términos establecidos en la Ley de presupuesto del 27 de abril de 1946, con el nombre de “*L’Institut national de la statistique et des études économiques pour la métropole et la Franc’ d’outre-”er*»¹⁵.

En la actualidad, el INSEE es un directorio general del Ministerio de Economía, Finanzas e Industria. Es una agencia del gobierno por lo que, opera bajo las normas de presupuesto público, y recibe sus recursos del presupuesto general del Estado.

Dicho Instituto, cumple con los parámetros que ha establecido la Unión Europea para la Independencia del personal que labora en las entidades encargadas de realizar labores estadísticas, por lo que sus autoridades están encargadas de asegurar que las estadísticas son producidas y diseminadas de manera independiente.

De igual manera, deben decidir los métodos, estándares y procesos, así como el contenido y tiempo en que se publicaran las estadísticas, labor que tienen que realizar de manera independiente¹⁶.

c. *Institut Français’ D’Opinion Publique (IFOP)*

El Instituto Francés de Opinión Pública es una organización internacional de marketing, creada en diciembre del año 1938, en el seno de las organizaciones gremiales empresariales francesas.

El IFOP, es una empresa dedicada a la investigación de mercados y realización de encuestas para la determinación de objetivos económicos, lo cual le permite desarrollar mediciones estadísticas¹⁷.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ “INSEE. Professional Independence” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://www.insee.fr/en/insee-statistique-publique/default.asp?page=qualite/principe1.htm>

¹⁷ “IFOP. Our Mission” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: http://www.ifop.com/?option=com_sector§or=1

Dicho Instituto, se dedica a la venta de encuestas a empresas y partidos políticos.

d. Principales medios de difusión de información, en Venezuela

• Televisión

La televisión es uno de los medios de difusión de información más importantes en Venezuela, en razón de que tiene amplísimo alcance entre la población venezolana.

Actualmente en nuestro país existen 6 canales en señal abierta que pueden ser vistos en todo el país y aproximadamente 10 canales que solo pueden ser vistos en zonas determinadas del país, por lo que existen en total 16 canales que se encuentran disponibles para su visualización de poseer los equipos adecuados¹⁸.

• Radio

Al igual que sucede con la televisión, la comunicación por radio es uno de los mecanismos de difusión de información que en Venezuela tiene amplio alcance entre la población.

Hasta el año 2010 existían 466 emisoras de radio y 243 emisoras de radio comunales, es decir, en manos del llamado “Poder Popular”¹⁹.

• Prensa escrita

La prensa escrita es el medio de comunicación por el que, mediante publicaciones impresas periódicas, se busca informar o entretener a la población.

Actualmente, en Venezuela existen 107 periódicos de circulación diaria, tanto nacionales como locales²⁰.

¹⁸ “Canales de TV abierta en Venezuela” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: http://venciclopedia.com/index.php?title=Anexo:Canales_de_TV_Abierta_de_Venezuela

¹⁹ Véase. “En más de 220% aumentó el número de emisoras de radio y televisión en Venezuela desde 1998” Publicado el 09 de febrero de 2011. Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://www.avn.info.ve/contenido/m%C3%A1s-220-aument%C3%B3-n%C3%BAmero-emisoras-radio-y-televisi%C3%B3n-venezuela-desde-1998>

²⁰ Véase. “Periódicos Diarios de Venezuela” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://www.prensaescrita.com/america/venezuela.php>

- **Internet**

Mediante las conexiones a la web se permite la vinculación entre usuarios lo que facilita la difusión de información.

En Venezuela, para el cierre del año 2011, existían 11.600.000 personas que tenían acceso a internet, cifra que representa un 40% de la población²¹.

En el año en curso esa cantidad alcanza el número de 14.548.421 personas con acceso a internet, lo que representa aproximadamente un 50% de la población²².

Ese grupo de personas utilizan el internet para acceder a las redes sociales, correo electrónico, chats, páginas web de noticias, búsqueda de información, etcétera.

- **Encuestadoras**

Las encuestadoras son las organizaciones privadas que se encargan de la recolección y publicación de datos sobre las preferencias de los miembros de un grupo poblacional determinado.

En la ciudad de Caracas, existen al menos 12 encuestadoras²³ que son:

- Datanálisis
- Interlaces
- Alfredo Keller y Asociados
- Datos Information Resources
- Easydata
- Hbp Soluciones Integrales
- IVP Instituto Venezolano Publicitario
- Mercahogarim
- Pg, Producciones Gedi Asesoría de Mercado C.A.

²¹ Véase. “La penetración del internet en Venezuela alcanza 40% de la población” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://tendenciasdigitales.com/1433/la-penetracion-de-internet-en-venezuela-alcanza-40-de-la-poblacion/>

²² Véase. “La penetración en internet y las redes sociales en Venezuela 2014” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://curioseandito.blogspot.com/2014/06/la-penetracion-en-internet-y-las-redes.html>

²³ Véase. “Encuestadoras, Estadísticas, Empresas Encuestadoras, Encuestas en Caracas – Distrito Capital” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: <http://paginasamarillas.infogua.net/PagAm/PagAm.asp?key=encuestadoras-estadisticas-encuestas-caracas&cat=1915&ciud=41>

- Sisterast S.A.
- Stat Mark Group
- Survey Fast
- Datos macroeconómicos publicados por el Banco Central de Venezuela

El Banco Central de Venezuela está encargado de realizar publicaciones mediante las cuales se difunde información sobre la economía venezolana, de evidente interés para la formación de la opinión pública.

En efecto, el artículo 31 de la Ley que regula dicha institución²⁴ establece lo siguiente:

“Artículo 31: La gestión del Banco Central de Venezuela se guiará por el principio de la transparencia. En tal sentido, y sin menoscabo de sus responsabilidades institucionales, deberá mantener informado, de manera oportuna y confiable al Ejecutivo Nacional y demás instancias del Estado, a los agentes económicos públicos y privados, nacionales y extranjeros y a la población acerca de la ejecución de sus políticas, las decisiones y acuerdos de su Directorio, los informes, publicaciones, investigaciones y estadísticas que permitan disponer de la mejor información sobre la evolución de la economía venezolana (...)”

Como se observa en el precepto legal citado, el Banco Central de Venezuela debe realizar publicaciones mediante las cuales informe a la población venezolana de la evolución de la economía venezolana.

Aquí, sin embargo, debe señalarse que han existido inconvenientes con la periodicidad de las publicaciones que realiza dicha entidad, en razón de que se presentan retrasos en la publicación de las cifras que indican la inflación, la escasez, los índices de precios o de producto interno bruto, entre otros.

Conclusión parcial

Con todos los medios de comunicación descritos, y, con estadísticamente elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística y el Banco Central de Venezuela, y correctamente tratadas por las encuestadoras,

²⁴ “Ley de reforma parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela”. Publicado en Gaceta Oficial N° 5.606 Extraordinario, de fecha 18 de octubre de 2002.

la opinión pública, tanto en potencia como en ejercicio debería estar correctamente formada en los ciudadanos de Venezuela.

No obstante, en el presente hay varios mecanismos que han sido utilizados por distintos órganos del Poder Público para interferir en la formación de dicha opinión pública.

II. FORMAS DE INTERFERENCIA EN LA FORMACIÓN Y EJERCICIO DE LA OPINIÓN PÚBLICA EN LA VENEZUELA ACTUAL.

a. Reforma Constitucional, Estado Socialista y Poder Popular:

En el año 2007, el entonces Presidente de la República, Hugo Chávez, propuso la reforma del texto constitucional (propuesta que posteriormente fue ampliada por la Asamblea Nacional), con el objeto de modificar 69 artículos de dicho texto, para conformar así a Venezuela como “Estado Socialista”.

En ese sentido, se convocaron unas elecciones en las cuales se separaron dos bloques de artículos a modificar, en los que la ciudadanía debía votar con las opciones “Sí” o “No”, para expresar su aceptación o rechazo de la reforma propuesta.

El día 02 de diciembre de 2007 se llevaron a cabo las elecciones, y los resultados²⁵ fueron los siguientes:

Bloque A

Opción	Votos	Porcentaje
SI	4379392	49,29%
NO	4504354	50,7%

Bloque B

Opción	Votos	Porcentaje
SI	4335136	48,94%
NO	4522332	51,05%

²⁵ Véase. “Referendo de la Reforma Constitucional” (s.f.). Consultado el 09 de septiembre de 2014. de: http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma/

Como se observa, la mayoría de la población que participó en dicho referendo escogió la opción negativa, rechazándose así la modificación constitucional mediante la cual se pretendía establecer la existencia, con base constitucional, del Poder Popular y del Estado Socialista.

No obstante, y en contrario a la decisión reflejada en las mencionadas elecciones, la Asamblea Nacional dictó un grupo de leyes cuyo contenido es muy similar al rechazado por el pueblo en el año 2007, que establecen y regulan el llamado “Poder Popular”, las cuales son:

- Ley Orgánica del Poder Popular²⁶.
- Ley Orgánica de los Consejos Comunales²⁷.
- Ley Orgánica de las Comunas²⁸.
- Ley Orgánica de Contraloría Social²⁹.
- Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal³⁰.

Como se observa, al dictar esa serie de leyes se desconoció “por la vía de los hechos”, la opinión pública mayoritaria expresada en el citado referéndum constitucional.

b. Modificación de las circunscripciones electorales:

El sufragio es fundamentalmente el derecho político, que tienen los ciudadanos, de elegir mediante el voto a las autoridades públicas. En el caso venezolano, nuestro texto constitucional establece el derecho al sufragio en los siguientes términos:

“Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.”

²⁶ “Ley Orgánica del Poder Popular”. Publicada en Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario, de fecha 21 de diciembre de 2010.

²⁷ “Ley Orgánica de los Consejos Comunales”. Publicada en Gaceta Oficial N° 39.335 de fecha 28 de diciembre de 2009.

²⁸ “Ley Orgánica de las Comunas”. Publicada en Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario, de fecha 21 de diciembre de 2010.

²⁹ “Ley Orgánica de Contraloría Social”. Publicada en Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario, de fecha 21 de diciembre de 2010.

³⁰ “Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal”. Publicada en Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario, de fecha 21 de diciembre de 2010.

Ahora bien, previo a la realización de las elecciones legislativas del 26 de septiembre del año 2010, fue modificada la Ley Orgánica de Procesos Electorales³¹, en cuyos artículos 14 y 15 fue establecido lo siguiente:

“Artículo 14: Cuando el número de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, legisladores y legisladoras de los estados y concejales y concejalas de municipios y demás cuerpos colegiados de elección popular, a elegir, sea igual o mayor a diez, se elegirán tres cargos por lista, según el principio de representación proporcional. El número restante de cargos se elegirá en circunscripciones nominales según el principio de personalización.”

“Artículo 15: Cuando el número de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, legisladores y legisladoras de los estados y concejales y concejalas de municipios y demás cuerpos colegiados de elección popular, a elegir, sea igual o menor a nueve, se elegirán dos cargos por lista, según el principio de representación proporcional. El número restante de cargos se elegirá en circunscripciones nominales según el principio de personalización.”

De las normas parcialmente transcritas se puede observar cómo el número de diputados a la Asamblea Nacional elegibles mediante lista (método que garantiza el principio de representación proporcional de las minorías) es relevantemente bajo (2 y 3) respectivamente, en comparación con los cargos elegibles mediante el voto uninominal (7 en ambos casos).

Ahora bien, el CNE modificó las circunscripciones electorales de Distrito Capital, Amazonas, Barinas, Carabobo, Miranda, Táchira y Zulia, distorsionando la representación de la población en el cuerpo legislativo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha desarrollado estos principios electorales en los siguientes términos:

“Claro está que hay distorsiones estudiadas por el derecho comparado, algunas de las cuales generan una sobre-representación; en este sentido, existe la situación electoral llamada Gerrymandering,

³¹ “Ley Orgánica de Procesos Electorales”. Publicada en Gaceta Oficial N° 5.982 Extraordinario de fecha 12 de agosto de 2009.

que es el trazado de circunscripciones electorales que, en forma sesgada, busca favorecer la representación de un partido o grupo político concentrando los votos favorables y esparciendo los de los oponentes; ello ocurre en los sistemas uninominales con límites modificables y su consecuencia es la sobre-representación. La otra distorsión electoral es la llamada Malapportionment, cuando la asignación de los escaños no coincide con las proporciones poblacionales, configurando en alguna circunscripción una marcada sobre-representación”³².

La modificación de circunscripciones electorales en 8 Estados del país, constituyó una ilegal distorsión del principio de representación proporcional de las minorías, lo que genera una sobre-representación de la tendencia política que resulta finalmente beneficiada, es decir, un fraude a la voluntad popular expresada paradójicamente mediante el ejercicio democrático del sufragio, y que generó como consecuencia que la tendencia política que obtuvo la preferencia del electorado no pudo transformar proporcionalmente los votos en curules en la Asamblea Nacional.

En efecto, con base en esa práctica del Consejo Nacional Electoral en la actual composición de la Asamblea Nacional quien sacó más votos populares, tiene menos diputados, desconociéndose así la opinión pública mayoritaria.

c. Derecho a Manifestar y Reunirse Públicamente:

Para analizar la regulación que han tenido los derechos a manifestar y a reunirse públicamente en Venezuela debe observarse, en primer lugar, lo previsto en la Constitución de 1999 la cual, en términos casi idénticos a los establecidos por su predecesora, la Constitución de 1961, consagra los mencionados derechos de la forma siguiente:

“Artículo 53. Toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas. Las reuniones en lugares públicos se regirán por la ley.”

³² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 74 de fecha 26 de enero de 2006.

“Artículo 68. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley.

Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.”

Debe notarse que las precitadas normas establecen un derecho civil, la primera, y un derecho político, la segunda, de acuerdo a la distribución del mismo texto constitucional. Sin embargo, se trata de derechos que no tienen carácter absoluto, debido a que es posible su delimitación a través de una Ley.

En efecto, esa delimitación que autoriza el texto constitucional se encuentra actualmente establecida en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones³³.

Dicha ley, establece que para realizar una reunión pública o manifestación es necesario realizar una participación a la primera autoridad civil de la localidad donde pretenda efectuarse. En ese sentido, el artículo 43 de la mencionada Ley dispone:

“Artículo 43: Los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones, deberán participarlo con veinticuatro horas de anticipación cuando menos, por escritos duplicado, en horas hábiles, a la primera autoridad civil de la jurisdicción con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga.

*Las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.”*³⁴

Ahora bien, visto lo establecido en el precitado artículo, es importante saber que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “participación” significa “*Aviso, parte o noticia que se da a uno*”³⁵.

³³ Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones. Publicada en la Gaceta Oficial número 6.013 Extraordinario, de fecha 23 de diciembre de 2010.

³⁴ Ídem.

³⁵ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima Primera Edición. Madrid. 1992. p. 1089.

En ese sentido, y haciendo una interpretación literal de la norma precitada, debe necesariamente concluirse que la Ley establece la obligación de “dar aviso” a los Alcaldes, como primeras autoridades civiles, cuando se decida realizar una reunión pública o manifestación.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció la necesidad de que la primera autoridad civil de la localidad otorgue una autorización para que puedan realizarse reuniones públicas o manifestaciones, sin la cual queda prohibido ejercer el derecho a manifestar; el texto de la sentencia expresa lo siguiente:

*“Esta Sala Constitucional estima que, en acatamiento al contenido regulatorio previsto en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, resulta obligatorio para los partidos y/o organizaciones políticas, así como para todos los ciudadanos, -cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones- agotar el procedimiento administrativo de **autorización** ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, para de esta manera poder ejercer cabalmente su derecho constitucional a la manifestación pacífica”³⁶.*

Como se observa, se mediatiza la formación de la Opinión Pública, expresada en manifestaciones de protesta pacífica, que ahora, según esta interpretación, tienen que estar previamente autorizadas, contrariamente a su formulación constitucional y legal.

d. Fuerza Armada Nacional y su carácter independiente y apolítico:

La Constitución de 1999 establece que las fuerzas castrenses deben estar al servicio de los intereses del país, y no sometidos a parcialidad o politización alguna. En efecto, los artículos 328 y 330 establecen lo siguiente:

*“**Artículo 328.** La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada*

³⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 276 de fecha 24 de abril de 2014, negritas nuestras.

por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica.”

“Artículo 330. Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular; ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.”

Como se observa, los precitados preceptos constitucionales establecen que los integrantes de las Fuerza Armada Nacional no estarán al servicio de persona o parcialidad política alguna, y que no les está permitido optar a cargos de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Sin embargo, no obstante lo dispuesto en dichos artículos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dijo sobre estos particulares. lo siguiente:

*“la participación de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en actos con fines políticos no constituye un menoscabo a su profesionalidad, sino un baluarte de participación democrática y protagónica que, para los efectos de la República Bolivariana de Venezuela, sin discriminación alguna, representa el derecho que tiene todo ciudadano, en el cual un miembro militar en situación de actividad no está excluido de ello por concentrar su ciudadanía, de **participar libremente en los asuntos políticos** y en la formación, ejecución y control de la gestión pública –siguiendo lo consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República*

*Bolivariana de Venezuela-, así como también, el ejercicio de este derecho se erige como un acto progresivo de consolidación de la **unión cívico-militar**, máxime cuando su participación se encuentra debidamente autorizada por la superioridad orgánica de la institución que de ellos se apresta”³⁷.*

Dicho criterio fue asumido por el jefe del Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional (CEOFANB), General Vladimir Padrino López, en su discurso en la conmemoración de los 203 años de la firma del Acta de Independencia, el 05 de julio del presente año en la Asamblea Nacional, y con amplia difusión de los medios de comunicación. En este acto el mencionado funcionario señaló:

“Me permito hacer un introito de esta naturaleza recordando a nuestro Comandante Supremo Hugo Chávez, quien desde este mismo escenario, desde esta misma Tribuna hizo llamados constantes a entender y practicar la política como ciencia, a asumirla, a entenderla como tal. Decía mi Comandante Hugo Chávez, que en el mundo de hoy unas de las cosas más grandes que ha venido ocurriendo es el retorno de la política.

En este caso me refiero –como él mismo lo mencionaba– a la gran política donde nosotros, los hombres y mujeres del pueblo uniformado, estamos sumidos. Bajo esta premisa nuestro Comandante Supremo decía, en muchas ocasiones, y exigía también que un general, un almirante, una generala, una almiranta, debía ser un hombre o una mujer de Estado.

Nosotros interpretamos a un hombre o una mujer de Estado como aquel ciudadano o ciudadana que se sabe y se siente heredero de la cultura, de las tradiciones, de los valores, de los aciertos y desaciertos, de las victorias y derrotas de su nación, heredero del pasado y del presente, responsable del futuro de una historia hecha y escrita al calor del pueblo al cual nos pertenecemos.

Un hombre o una mujer de Estado es aquel que forma parte de la polis, que entiende y visualiza el estado final deseado de una nación; en definitiva, somos nosotros, generales y generalas, almirantes y almirantas, hombres y mujeres de Estado que se sienten miembros

³⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 651 de fecha 11 de junio de 2014, negritas nuestras.

de una nación con su misión de destino. Quizás aquí está la respuesta de ver a este humilde soldado, representante de nuestra Fuerza Armada Nacional Bolivariana, aquí entre ustedes, producto del retorno de la verdadera política que el Estado revolucionario le ha impreso a la dinámica nacional”³⁸.

Ahora bien, si quienes tienen el monopolio de la Fuerza Pública Armada pueden participar activamente en la vida política pública, más allá del derecho al voto, su opinión tendrá mayor peso y definición, que la del resto de los ciudadanos, en razón de que los militares están armados legítimamente.

CONCLUSIONES

Si la reforma constitucional votada por el pueblo en sentido negativo ha tratado de ser implantada a través de las llamadas “Leyes del Poder Popular”; si se modifican las circunscripciones electorales para que con menos votos se obtengan más diputados a la Asamblea Nacional; si las manifestaciones pacíficas tienen que ser autorizadas; y, si la Fuerza Armada Nacional no es apolítica, entonces en esos casos descritos, al menos, la “Opinión Pública” actual en Venezuela está “interferida” en desmedro de la “Soberanía Nacional”, que en definitiva resulta seriamente afectada.

Esta situación puede ser consecuencia de la actual incapacidad de comunicarnos que tenemos los venezolanos, que hablamos distintos lenguajes ideológicos. ¿Podremos algún día entendernos?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARRÉ DE MALBERG, R. “Contribution a la Théorie Général de l’Etat”, Tome I, Editions do CNRS, Paris 1962.
 DE LAUBADÉRE, André: “Traité de Droit Aministratif”, Tome, L.6.D.J; 1984.

³⁸ Véase. “Discurso completo pronunciado por el General en Jefe Vladimir Padrino López, Comandante Estratégico Operacional de la FANB”. Consultado el 01 de noviembre de 2014. de: <http://www.psu.org.ve/temas/noticias/discurso-completo-pronunciado-por-general-jefe-vladimir-padrino-lopez-comandante-estrategico-operacional-fanb/>

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secon dat: “De L'Esprit des lois”, édition G. de trouc, Garnier Freres, Rue des Saints Peres, Paris, 1961, tome I, Livre onzième

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen de fecha 4 de marzo de 1985 dirigido al Presidente de la República, consultado en original.

REDOR, Marie-Joëlle: “De L'Etat Legal a L'Etat de Droit”: op cit. Debe referirse además que los principales textos de derecho público que constituyen la doctrina citada por REDOR son: E. LAFERRIERE: “Traité de la juridicción administrative et des recours contenteux, 2 vol, 1887-1888; y M Hauriou: “Precis de droit administratif et de droit public”, Paris, Larose et Forcel, 1892.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima Primera Edición. Madrid. 1992. Pág. 1089

Paginas web

AVN.INFO.VE. “En más de 220% aumentó el número de emisoras de radio y televisión en Venezuela desde 1998” Publicado el 09 de febrero de 2011. Disponible en: <http://www.avn.info.ve/contenido/m%C3%A1s-220-aument%C3%B3-n%C3%BAmero-emisoras-radio-y-televisi%C3%B3n-venezuela-desde-1998>. Acceso: 09 de septiembre de 2014.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. “Referendo de la Reforma Constitucional” (s.f.). Disponible en: http://www.cne.gov.ve/divulgacion_referendo_reforma/. Acceso: 09 de septiembre de 2014.

INFOGUIA.COM. “Encuestadoras, Estadísticas, Empresas Encuestadoras, Encuestas en Caracas – Distrito Capital” (s.f.). Disponible en: <http://paginasamarillas.infoguia.net/PagAm/PagAm.asp?key=encuestadoras-estadisticas-encuestas-caracas&cat=1915&ciud=41>. Acceso: 09 de septiembre de 2014.

INSTITUO NACIONAL DE ESTADISTICAS. “INE. Filosofía de Gestión. Antecedentes” (s.f.). Pág. 1. Disponible en: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&id=10&Itemid=25. Acceso: 09 de septiembre de 2014.

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES. “INSEE. Brief History” (s.f.). Disponible en: <http://www.insee.fr/en/insee-statistique-publique/default.asp?page=connaitre/histoire.htm>. Acceso: 09 de septiembre de 2014.

- INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES. “INSEE. Professional Independence” (s.f.). Disponible en: <http://www.insee.fr/en/insee-statistique-publique/default.asp?page=qualite/principe1.htm>. Acceso: 09 de septiembre de 2014.
- INSTITUT FRANÇAIS D’OPINION PUBLIQUE (IFOP). “IFOP. Our Mission” (s.f.). Disponible en: http://www.ifop.com/?option=com_sector§or=1 Acceso: 09 de septiembre de 2014.
- PARTIDO SOCIALISTA UNIDO DE VENEZUELA (PSUV). “Discurso completo pronunciado por el General en Jefe Vladimir Padrino López, Comandante Estratégico Operacional de la FANB”. Disponible en: <http://www.psuw.org.ve/temas/noticias/discurso-completo-pronunciado-por-general-jefe-vladimir-padrino-lopez-comandante-estrategico-operacional-fanb/> Acceso: 01 de Noviembre de 2014.
- PRENSA ESCRITA. “Periódicos Diarios de Venezuela” (s.f.). Disponible en: <http://www.prensaescrita.com/america/venezuela.php> : Acceso: 09 de septiembre de 2014.
- TENDENCIAS DIGITALES. “La penetración del internet en Venezuela alcanza 40% de la población” (s.f.). Disponible en: <http://tendenciasdigitales.com/1433/la-penetracion-de-internet-en-venezuela-alcanza-40-de-la-poblacion/>. Acceso: 09 de Septiembre de 2014.
- TENDENCIAS DIGITALES. “La penetración en internet y las redes sociales en Venezuela 2014” (s.f.). Disponible en: <http://curioseandito.blogspot.com/2014/06/la-penetracion-en-internet-y-las-redes.html> Acceso: 09 de septiembre de 2014.
- VENCICLOPEDIA.COM. “Canales de TV abierta en Venezuela” (s.f.). Disponible en: http://venciclopedia.com/index.php?title=Anexo:Canales_de_TV_Abierta_de_Venezuela. Acceso: 09 de septiembre de 2014

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA:
"MEMORIA BIBLIOGRÁFICA
DEL DERECHO MARÍTIMO, PESQUERO
Y PORTUARIO VENEZOLANO 1980 A 2015"**

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

Hemos sido cordialmente invitados por nuestro antiguo alumno, colega, y amigo el Dr. Gustavo Adolfo Omaña Pares, destacado abogado y profesor venezolano, para presentar su libro digital titulado: **“MEMORIA BIBLIOGRÁFICA DEL DERECHO MARÍTIMO, PESQUERO Y PORTUARIO VENEZOLANO 1980 A 2015”**. En este sentido, quisiera cumplir con el mandato que me ha sido otorgado de la mejor manera posible, y con la esperanza de que ustedes, los presentes, sepan disculpar, cualquier imprecisión involuntaria de nuestra parte. A los fines de cumplir con el objetivo planteado, quisiera destacar un poco la vida profesional del autor del libro digital que hoy presentamos, para luego entrar en las cualidades propias del texto. Esta metodología, consideramos, nos permitirá entender en su verdadera profundidad y dimensión al autor y su obra.

En primer lugar, no podemos dejar de señalar que el autor es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), especialista en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho Marítimo, por la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante (EESMM), actualmente profesor de la Universidad Marítima del Caribe (UMC). Ex presidente del Comité Marítimo Administrativo de la Comisión Relatora de la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos y de Adecuación de la legislación marítima a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ha publicado numerosos artículos en revistas nacionales y extranjeras sobre los temas de su especialidad y es un habitual y reconocido conferencista en estos mismos temas, tanto en Venezuela como en el extranjero. Actualmente desempeña su profesión con mucho éxito como socio del escritorio jurídico Giran Abogados & Asociados.

La muy breve y apretada descripción que hemos hecho de la vida académica y profesional del Dr. Gustavo Adolfo Omaña Pares, resulta

clave para entender que es un dedicado estudioso de los temas relacionados con el derecho marítimo y el comercio marítimo internacional, y que lejos de dedicarse a la acumulación de conocimientos y al ejercicio privado de su profesión, lo cual no tendría nada de reprochable, ha adelantado esfuerzos por contribuir con el desarrollo de su ciencia, la divulgación de conocimiento y la formación de nuevas generaciones de abogados. Todo ello hace de nuestro autor, no sólo un extraordinario abogado, sino un verdadero jurista, comprometido con el desarrollo del país y de su legislación.

Toda esa experiencia académica y profesional nos permite asegurar que la obra que hoy se presenta a la comunidad jurídica es de una calidad extraordinaria y que sobre todo viene a satisfacer una necesidad de la comunidad jurídica nacional e internacional, y especialmente de aquellos abogados, que como nuestro autor, han hecho del derecho marítimo, y del comercio marítimo internacional, parte fundamental de su vida y quehacer diario.

En efecto, y ahora hablando sobre la obra presentada, es necesario reconocer que su esencia, lo que la distingue de las demás, y le confiere su importancia, es que es la primera de su tipo en Venezuela, ya que se trata de una obra de compilación, no de artículos o monografías propiamente dichos, sino de referencias bibliográficas sobre derecho marítimo, portuario, pesquero y costero. Esta obra recoge los trabajos publicados sobre las materias que se indican en el título por autores venezolanos, tanto en Venezuela como en el extranjero, y por extranjeros en Venezuela desde el año 1980 hasta el año 2015.

En este sentido, lo primero que nos llama la atención es el extraordinario manejo de la información y la capacidad de establecer un orden sistemático que hace que la obra sea de fácil consulta. Este último elemento resulta importantísimo, ya que ella pretende ser una vitrina en la que se puedan exhibir todos los aportes del derecho marítimo venezolano. Por sus características, y en palabras del autor, este libro servirá para todas aquellas personas que necesiten consultar la bibliografía existente sobre temas jurídicos relacionados con los sectores marítimos, pesqueros y portuarios, por lo cual muy seguramente será considerada como una herramienta indispensable para los estudiantes, profesores,

abogados, investigadores y, en general, para todos los operadores jurídicos que hacen vida en nuestra sociedad.

Por otra parte, con este aporte, que estará disponible en formato digital, el autor da un paso firme, en beneficio de la difusión del conocimiento científico en esta rama del derecho, ya que permitirá, sin limitación alguna, y sólo con la ayuda de una computadora, tener acceso a lo más destacado de la literatura escrita en Venezuela y por venezolanos en una materia de tanta importancia y trascendencia en la cotidianidad, como lo es el derecho marítimo.

En efecto, el mundo está globalizado, los productos y servicios que consumimos a diario se producen y fabrican en todas partes del mundo, esto pone en relieve la importancia que el transporte marítimo de personas y mercancías tiene hoy en nuestras vidas, lo que nos lleva a decir que sin un conjunto de principios y reglas claras que gobiernen esta actividad, la vida tal como hoy la conocemos no sería posible. El trabajo que hoy tenemos el placer de presentar, se ocupa de la difusión de esta rama del derecho y de los valiosos aportes de muchos hombres y mujeres que se han preocupado por cultivarla.

Finalmente, de esta manera, quiero darle las gracias al autor Dr. Gustavo Adolfo Omaña Pares, por darme la oportunidad de presentar esta importante contribución, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, por permitirnos realizar este importante acto en sus instalaciones, y a todos los presentes por haber tenido la amabilidad y gentileza de acompañar esta obra, que estamos seguros tendrá un merecido éxito en el foro venezolano e internacional, y se convertirá en referencia obligada para los abogados que cultiven esta ciencia, y en ejemplo para otras áreas del derecho, tan necesitadas de una visión sistemática y periódicamente actualizada.

Caracas, 02 de marzo de 2016

**LA "TEORÍA DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO" EN EL PENSAMIENTO
DE LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA**

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

El Doctor Luis Enrique Farías Mata, profesor, Procurador General y Magistrado de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, así como miembro de esta Corporación falleció el 2 de agosto de 2018, en Porlamar, estado Nueva Esparta, fue un eximio Maestro del Derecho Público venezolano y comunitario. El dolor que nos causó su partida física de este plano terrenal, es compensado por las enseñanzas y el disfrute de su compañía durante sus longevos 89 años de fructífera vida, y las huellas imborrables con las que marcó la existencia de sus muchos discípulos y amigos.

Como tuve oportunidad de expresar en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 07 de agosto de 2018, con motivo de su fallecimiento, fue un hombre público investido de “sacralidad republicana”, de aquellos que constituyeron los pilares estructurales sobre los que se levantó el templo de la Democracia y el Estado de Derecho en Venezuela de 1958 a 1998. Además, su poderoso intelecto irradió sus luces a nivel regional, en los predios de la integración andina.

Fue un cultor del diálogo de derecho positivo entre la Procuraduría General de la República y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Su paso por la primera lo consolidó cuando ocupó el cargo de Magistrado en la segunda.

Como sostuve en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo que se realizó en su homenaje en Margarita en el año 2006, bajo la coordinación de su dilecto alumno Rafael Badell Madrid, el profesor Luis Enrique Farías Mata fue más que un sabio, fue un “hombre de conocimiento” que ha trascendido su mera existencia física, porque venció sus miedos; hizo lo correcto con lucidez; no ejerció el poder con arbitrariedad, autolimitándose; y hasta sus últimos momentos terrenales en sus libros, sus dictámenes, sus sentencias, los muchísimos alumnos que formó y sus profundas enseñanzas de vida, superó a la vejez misma.

Como sostuve entonces, y, mantengo ahora, los hijos que tal vez la consanguinidad no le dio, la vida misma se los ha ofrecido sobradamente, a Luis Henrique Farías Mata, que todos le estamos profundamente agradecidos por sus enseñanzas y ejecutorias, y que la muerte no lo ha vencido porque todos sus hijos somos portadores permanentes y sucesivos de los valores humanos y republicanos que tan generosamente nos transmitió.

En esta oportunidad, hemos sido requeridos por esta Corporación con la finalidad de exponer el pensamiento jurídico de Luis Henrique Farías Mata, sobre la teoría de los contratos administrativos, en la cual, como veremos, sus aportes, colaboraron en la consolidación de una de las más importantes instituciones del derecho administrativo.

Para tratar el tema propuesto, como he hecho en anteriores oportunidades, primero, me referiré a la génesis de la teoría del Contrato Administrativo en el Derecho Administrativo venezolano, tal y como fue recibida, prácticamente a imagen y semejanza de cómo se fraguó en el Derecho Administrativo Francés; para luego exponer, en sus líneas generales, cómo vio este asunto en su obra y ejecutorias, el profesor Luis Henrique Farías Mata.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos (artículo 141 CRBV). Esta característica servicial, se traduce en la obligación de satisfacer las necesidades de la sociedad y en la procura del interés público, para lo cual tiene a su disposición distintas técnicas jurídicas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, lo cual ha sido conceptualizado por la doctrina, como el principio de *intercambiabilidad de las técnicas de actuación de la Administración* que según MARTIN-RETORTILLO¹ consiste en la satisfacción de las necesidades de la sociedad a través de la alternancia entre procedimientos jurídico-públicos y procedimientos jurídico-privados, recordando que con independencia de las formas, los fines siempre serán públicos por lo que tal actividad debe estar siempre sometida al principio de legalidad.

¹ Sebastián Martín Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1991. p. 62

Una de las técnicas jurídico-privadas más empleadas por la Administración Pública, para la satisfacción de los intereses de la colectividad es el contrato, una de las instituciones jurídicas fundamentales en todo ordenamiento jurídico, lo cual se justifica, por la *función económico-social* que éste cumple. El contrato como todo acto jurídico, no es un fin en sí mismo, sino que obedece a una razón instrumental. En este sentido, resulta ilustrativa la afirmación de MELICH-ORSINI², referente a que la gran utilidad de los contratos como fuente de obligaciones radica en la variedad de intereses económicos que ellos pueden tutelar, garantizando así su realización.

Esta afirmación, indiscutible en el mundo de las relaciones jurídico-privadas, cobra sustancial relevancia cuando uno de los sujetos de la relación es una persona jurídica de Derecho Público que actúa, no en procura de un interés privado, sino del interés público, ya no imponiendo unilateralmente su voluntad mediante actos administrativos, sino de manera conjunta con otros sujetos de derecho, fenómeno que GARCÍA DE ENTERRÍA³ reconoce como *administración concertada*, donde ésta renuncia a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes mediante la negociación con los particulares de su aplicación concreta y recibiendo como contraprestación la colaboración activa de éstos, mucho más beneficiosa que la pasiva y resignada sumisión.

Ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁴ que la Administración Pública para el mejor manejo y dirección de los asuntos públicos en procura de satisfacer el interés general al que está obligada por la Constitución, y la ley⁵, no siempre actúa por vía unilateral, mediante Actos Administrativos, sino que con frecuencia requiere celebrar convenciones o negocios jurídicos que requieren de la manifestación de voluntad, de otra persona jurídica, bien de derecho público (contratos inter-administraciones públicas) o de derecho privado.

² José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009. p. 14

³ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1989, p. 647.

⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de junio de 1983, caso: Acción Comercial C. A.,

⁵ Se entiende por ley en el cuerpo del presente trabajo, a la ley material, como todo acto de efectos generales, que establece preceptos abstractos y cuya vigencia no se agota con su cumplimiento, sino que sigue generando efectos en el tiempo.

La posibilidad que tiene la Administración Pública, para recurrir a formas contractuales, también ha sido reconocida por la Doctrina nacional. En este sentido ARAUJO-JUAREZ⁶, señala que la función administrativa no siempre se materializa por vía unilateral mediante actos administrativos, sino que en virtud de los múltiples y complejos fines de la Administración Pública con mucha frecuencia se requiere de actos bilaterales de muy distinta naturaleza.

En igual sentido el profesor BADELL MADRID⁷ sostiene que "Para el cumplimiento de los fines que el Estado está llamado a satisfacer la Administración puede servirse de la colaboración de los administrados para la prestación de servicios o el suministro de bienes patrimoniales".

II. LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

En derecho público venezolano se reconoce la existencia de los "contratos administrativos" cuando menos desde 1944, por los preceptos contenidos en el célebre fallo "La Nación Vs. La Compañía Anónima N.V. Aanemersbedrijf"⁸; según el cual, no es necesariamente en los textos de derecho positivo que ha de buscarse el fundamento de la existencia y régimen jurídico propio y particular de estos negocios jurídicos, sino en la doctrina, y jurisprudencia, de los grandes autores del Derecho Público Moderno, como expresamente lo estableció esta sentencia.

Como fue dicho en ese fallo, parte esencial de ese régimen jurídico propio, consiste en que, en la ejecución de este tipo especial de contratos, el contratante de la Administración Pública no le puede oponer a ésta la "exceptio non adimpleti", en razón del servicio público involucrado.

La particularidad de este especial tipo de convenciones se concreta en que ellos tienen (a) un régimen jurídico propio (distinto, aunque no

⁶ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Paredes Editores, Caracas, 2007. p. 586.

⁷ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001. Introducción

⁸ Corte Federal y de la Casación, en Sala Federal, del 5 de diciembre de 1944, Memoria de la Corte Federal y de Casación 1945, Tomo I. p.237

excluyente de los preceptos del derecho civil y comercial); y, (b) una jurisdicción propia para ser juzgados (que es la jurisdicción contencioso-administrativa).

Esta sentencia venezolana ha sido la base de toda una sólida y tradicional jurisprudencia que abarca desde entonces hasta nuestros días, la cual comenzó a ser tratada por la propia Procuraduría General de la República, a comienzos de los años sesenta⁹.

Bajo la vigencia del artículo 126 de la Constitución de 1961, el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, expresamente se refería a los "contratos administrativos", como criterio atributivo de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, actualmente, bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010)¹⁰ y de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010)¹¹ se obvió cualquier referencia expresa a los contratos administrativos, tales normas son de contenido adjetivo, sólo regulan los procedimientos judiciales mediante los cuales operan la Justicia Constitucional y Contencioso-Administrativa, respectivamente, por lo cual y teniendo en cuenta la naturaleza sustantiva de la teoría de los contratos administrativos, como desarrollaremos más adelante, consideramos que, sus postulados siguen teniendo aplicación en Venezuela.

A) Criterios reveladores de la naturaleza administrativa de un contrato

En este sentido, podemos afirmar que, tanto en derecho administrativo francés, como en derecho administrativo venezolano, deben presentarse tres condiciones –la primera casi necesaria y las otras dos alternativas- para poder concluir, en un determinado caso concreto, que se está en presencia de un "contrato administrativo".

⁹ Al respecto ver: Doctrina de la Procuraduría General de la República, año 1962 p.137, año 1963 p.89, y año 1964 p.72

¹⁰ Publicada en Gaceta Oficial N.º 39.451 del 22 de Junio de 2010

¹¹ Publicada en Gaceta Oficial N.º 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reformada en fecha 26 de junio de 2010, publicada en Gaceta Oficial N.º 39.451.

En efecto, tales condiciones son las siguientes:

- a) Primera condición (necesaria): Que al menos una de las partes contratantes sea una persona moral de derecho público,
- b) Segunda condición (alternativa con la tercera): es relativa al objeto del contrato: es administrativo todo contrato cuyo objeto esté vinculado a la "ejecución misma del servicio público"; y
- c) Tercera condición (alternativa con la segunda): se refiere a las cláusulas del contrato: cuando un contrato no tiene por objeto la ejecución misma del servicio, sólo es administrativo cuando contiene una "cláusula exorbitante del derecho común", en el entendido de que esta cláusula exorbitante puede ser tácita o implícita en el contrato de que se trate.

B) Consecuencias jurídicas de esa calificación

Como ya mencionamos antes, si por aplicación de las condiciones o criterios arriba señalados, se determina que un negocio jurídico en concreto es un "contrato administrativo", entonces su principal consecuencia (aparte de la jurisdicción propia para juzgarlo) es que tiene también un régimen jurídico propio, distinto, aunque no excluyente del derecho civil y mercantil, el cual, en resumen, comporta las siguientes características:

"En el proceso de formación de la voluntad contractual intervienen textos de derecho público, que forman parte del llamado "Bloque De La Legalidad" (artículo 259 de la Constitución venezolana de 1999) (Vg. Ley de Contratación Pública y los diversos textos que históricamente han regulado en derecho venezolano las "Condiciones Generales de Contratación"; Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; antigua Ley Orgánica de Régimen Presupuestario; antigua Ley orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público);

a) La Administración Pública contratante, expresa o implícitamente, tiene las "prerrogativas o potestades de imperio", en razón de las cuales puede modificar o terminar unilateralmente el contrato aun sin falta del contratante; y

b) Si el ejercicio de ese poder unilateral de modificación por parte de la Administración Pública contratante, ocurre sin que medie un "falta contractual" del co-contratante o concesionario, entonces éste ve protegida la ecuación económica del contrato, por aplicación de la "Teoría de las Sujeciones Imprevistas", que implica, dependiendo del caso, distintos tipos y formas de indemnizaciones"¹².

Quedan así expuestos, de manera general, los criterios, que, a nuestro juicio, son claves para calificar a un contrato como administrativo. Pasemos ahora, a analizar estos mismos conceptos en el pensamiento jurídico del Dr. Luis Henrique Farías Mata.

III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA OBRA DEL MAESTRO DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA

A) Aporte doctrinal

El principal aporte, de doctrina, del maestro Dr. Luis Henrique Farías Mata, a la consolidación de la Teoría del Contrato Administrativo en Venezuela, está contenido en un importante trabajo de investigación realizado a finales de 1965 y publicado, primero, por la Gobernación del Distrito Federal en 1968, y posteriormente, por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en 1981, en la obra intitulada: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet.

En este texto el maestro expone la realidad de la institución al sostener que la Administración recurra a la técnica contractual es una cuestión *"teóricamente admitida por la doctrina, acogida sin reservas por la jurisprudencia, corroborada por la práctica administrativa y, en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, consagrada por la Constitución y por las leyes"*.

¹² Sobre esto puede consultarse Henrique Iribarren M., "El equilibrio económico en los contratos administrativos y la Teoría de la Imprevisión", en VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carías, *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, FUNEDA, Caracas 2005, Tomo I. pp. 115 a 139.

Posteriormente resume magistralmente el contenido de la teoría, al afirmar que, en la figura del contrato, *“la Administración echa mano de una técnica francamente inspirada en el Derecho privado, y lo hace, acudiendo a dos vías: bien obligándose en forma casi –ciertas reglas de competencia y procedimiento son extrañas a los contratos entre particulares- idéntica a la que contractualmente utilizan las personas particulares en el Derecho privado; o bien, derogando en gran medida las reglas que constituyen el fundamento de los contratos en el Derecho Civil o Mercantil: la igualdad de las partes y la libertad contractual”*.

Finalmente, el maestro deja ver todo su pensamiento, al concluir que la *“peculiar”* teoría del contrato administrativo *“encuentra su adecuado y paradójico juego”* entre dos extremos, *“sujeción a las normas del derecho civil y violación de algunos de los principios de derecho privado justificada por razones de interés público”*.

En cuanto a los criterios determinantes para calificar a un contrato como administrativo o no el profesor Farías Mata, luego de analizar una copiosa jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera más calificada, concluye que *“la intervención de la Administración Pública, actuando como tal, es requisito esencial del contrato administrativo”*.

Para el maestro, el criterio de las cláusulas exorbitantes desempeña un papel secundario en la definición, que realmente se identifica *“fundamentalmente por el servicio público que entraña, entendido el concepto de servicio público en su sentido amplio: como una prestación corrientemente continua y regular; es decir, como una actividad prestadora, encaminada a satisfacer directamente una necesidad de carácter público y que descansa por tanto en razones de interés general”*.

Este constituye, en líneas generales, el aporte más destacado, como doctrinario, del profesor Luis Enrique Farías Mata. Estas ideas serían fundamentales posteriormente cuando luego de asumir el cargo de Magistrado en la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, le tocara decidir algunos temas complejos, que como veremos, resolvió magistralmente, al punto que tales decisiones, constituyen incluso hasta nuestros días, el contenido dogmático, de la opinión que sobre estos asuntos expone la actual Sala.

B) Aporte jurisprudencial

Luego de los comentarios anteriores, es necesario destacar los aportes al desarrollo y consolidación de la teoría del contrato administrativo en la jurisprudencia venezolana.

En este sentido, debemos destacar que el aporte del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, fue determinante, ya que sus decisiones se consideran, no solo en esta materia, sino en muchas del Derecho Administrativo, y Contencioso Administrativo, verdaderas sentencias de principios sobre los puntos que abordaron, y su estadía en la referida Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, junto a otros grandes juristas venezolanos, coincide con lo que se han denominado la era dorada del Contencioso Administrativo en Venezuela.

La sentencia clásica o de principios que recoge la Teoría de los "contratos administrativos" en Derecho Público Venezolano, más allá de una variable y fluctuante casuística jurisprudencial (donde se reconocieron situaciones peculiares a veces encontradas pero que ceden ante el valor trascendental del fallo que vamos a citar) es la sentencia recaída en el célebre caso "Acción Comercial", dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de junio de 1983, con ponencia del emérito Magistrado Luis Henrique Farías Mata, y que transcrita en sus partes más relevantes reza:

“Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –individualmente considerados- que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento

por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: "hecho del príncipe", circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos –sujeción a las normas del derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios del derecho privado, motivada en razones de interés público – encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar Teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídicos-privados”.

El impacto de esta decisión en el Derecho Público Venezolano, se puede medir por la influencia que tuvo en otras Instituciones, como la Procuraduría General de la República, con las que la Corte, continuó un verdadero diálogo jurisprudencial. Así, en su dictamen jurídico de fecha 23 de mayo de 1985, ese órgano consultivo de la Administración Pública Nacional, señaló que:

“En derecho administrativo venezolano, la existencia de la categoría que ahora comentamos es incontrovertible tanto en el ámbito del derecho positivo, como en lo relativo a la doctrina.

El problema que quedaría por resolver es el relativo a la determinación de los criterios que permitan reconocer la calidad especial de “administrativo” a un contrato suscrito por la Administración. Este es el problema de los criterios de l-s - “contratos administrativos por naturaleza”, que son distintos a los “contratos administrativos por determinación de la Ley”.

Hoy en día, en derecho administrativo es aceptado pacíficamente que son tres las condiciones que permiten concluir en la existencia de un contrato administrativo. La primera es absoluta y las otras dos alternativas:

En efecto la primera condición – que es absoluta, dijimos – es que al menos una de las partes sea una persona moral de derecho público: Así un contrato concluido entre dos personas privadas no puede ser un contrato administrativo (Conseil D’Etat, 13-12-63, syndicat des praticiens de L`art dentaire, Dalloz 1964, p.55,

conclutions Braibant; 9-6-1967, société des eaux de Marseille, Recueil 1967 p. 241; Tribunal des Conflits 3-3-1969, société interlait, A. J. D. A., 1969 p. 307).

La segunda condición --- que es alternativa en combinación con la tercera ----, es relativa al objeto del contrato: "es administrativo todo contrato cuyo objeto esté vinculado a la ejecución misma del servicio público" (Conseil D'Etat, 20 avril 1956, Epoux Bertin et Ministre de L'Agriculture contre consorts Grimouard, Recueil 1956 p. 167 et 168).

La tercera condición ---- que es alternativa---, se refiere a las cláusulas del contrato: "cuando un contrato no tiene por objeto la ejecución del servicio, él solo es administrativo cuando contiene Una cláusula exorbitante de Derecho Común" (Conseil D'Etat, 31 juillet 1912, société des Granits Porphyroides des Vosges --- ya citada---,y, 10 mai 1963 société la Prosperité Fermiér, R.D.P., 1963 p. 597).

Cabe destacar que tales principios han sido plenamente acogidos por nuestro ordenamiento jurídico, como lo demuestra ampliamente el profesor Luis Henrique Farías Mata en su citado trabajo sobre la "Teoría de los Contratos Administrativos", donde pone de relieve especialmente un hecho de singular importancia, cual es que nuestra jurisprudencia patria dos años antes de la sentencia del Consejo de Estado Francés Epoux Bertin --- de 1956---- ya en 1954 había dado la importancia debida ---- hoy incuestionable --- al criterio de la ejecución misma del servicio público como identificador de los contratos administrativos"¹³.

Tal como hemos venido reiterando, el aporte del magistrado Farías Mata, y de su obra y jurisprudencia ha trascendido el tiempo, consolidándose como un verdadero maestro del Derecho Administrativo en Venezuela, al punto que sus ideas siguen presentes hoy, incluso bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que como advertimos ya no hace expresa referencia a los contratos administrativos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa ha ratificado estos criterios en

¹³ *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, numero 1, año 1, Caracas, 1986. p. 174.

su sentencia, de fecha 13 de Julio del 2000, en el caso: Inversiones Luixu, en donde la Sala señaló que:

“Ha sido establecido en múltiples oportunidades por esta Sala y por la doctrina patria, las características esenciales de los contratos administrativos, a saber: 1.- Que por lo menos una de las partes sea un ente público; 2.- Que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público y; 3.- Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos.

En el presente caso, el contrato que dio origen a la demanda, efectivamente cumple las características arriba señaladas, toda vez que, una de las partes es un ente Público, como lo es la República, por intermedio del entonces Ministerio de Desarrollo Urbano, hoy Ministerio de Infraestructura y el contrato tenía por objeto la realización de trabajos de alumbrados del Estadium “San Rafael” de la ciudad de Tucupita, Estado Delta Amacuro, lo cual tiene una evidente finalidad de utilidad pública; motivo por el cual considera esta Sala, que efectivamente resulta aplicable al caso de autos, la norma atributiva de competencia contenida en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual otorga competencia a esta Sala para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que se interpongan, con ocasión de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez, o resolución, de los contratos administrativos celebrados por la República, los Estados o los Municipios. Así se declara”.

En otro caso, la Sala señaló lo siguiente:

“Siendo la oportunidad para pronunciarse, esta Sala observa que, el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece:

“Artículo 42: Es de la competencia de la Corte como más Alto Tribunal de la República:

14.- Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los

cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades". En este sentido, ha establecido esta Sala que los contratos celebrados por las Municipalidades, mediante los cuales se otorgan a particulares terrenos ejidos, sin importar bajo qué figura jurídica son otorgados (compraventa, arrendamiento, comodato, etc.), son verdaderos contratos administrativos, toda vez que los mismos poseen las tres características básicas de todo contrato administrativo, a saber: 1.- Una de las partes es un ente público, 2.- el contrato tiene una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público, y 3.- como consecuencia de lo anterior, se entiende la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto del mismo"¹⁴.

Estos razonamientos, coinciden plenamente con el criterio que fue expuesto recientemente por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 01105 del 02 de octubre de 2013, recaída en el caso **CONSTRUCCIONES BILANTAR, C.A.**¹⁵, en donde la mencionada Sala señaló:

"Por lo tanto, a los fines de establecer si el ente contratante tenía la potestad para rescindir el contrato y la manera como ello debió efectuarse, es menester conocer cuál es su naturaleza, siendo indispensable acudir a la jurisprudencia pacífica de la Sala conforme a la cual constituyen características esenciales de los contratos administrativos las que siguen: i) Que una de las partes en el contrato sea un ente público; ii) Que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública vinculada a la prestación de un servicio público; y (iii) La presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dicho contrato consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto de la convención".

¹⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso: **Dioselina Rivero de Oropesa**, de fecha 31 de enero del año 2002.

¹⁵ Idéntico criterio sostuvo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias Nro. 00200, 00603 y 00070, de fechas 03 de marzo de 2010, 10 de mayo de 2011 y 07 de febrero de 2011, respectivamente. Las últimas dos posteriores a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en junio de 2010.

De la sentencia parcialmente transcrita se puede apreciar cómo el juez analiza la naturaleza "administrativa" del contrato a los fines de determinar si en ese contrato en particular resultaba lícito o válido por parte de la Administración ejercer las prerrogativas de Poder Público. En otras palabras, vemos cómo por obra de la jurisprudencia la sustantividad que hemos pregonado de la teoría de los contratos administrativos, a momento presente se concreta en el hecho de que si el contrato no califica como administrativo entonces la Administración no podrá rescindir, interpretar o modificar unilateralmente dicho negocio jurídico, sino que por el contrario deberá, como cualquier particular, acudir ante el juez, que en el caso venezolano será como hemos visto el contencioso administrativo, con la finalidad de resolver las controversias que se susciten.

Como consecuencia de lo anterior, la Teoría del Contrato Administrativo y las consecuencias jurídicas que tal calificación implican siguen teniendo aplicación en Venezuela, a pesar de su exclusión en las normas reguladoras del contencioso administrativo, en Venezuela, tal como lo ha afirmado la doctrina más autorizada y reciente en el país, al señalar que la teoría del contrato administrativo revela que no se trata de un mero ejercicio de sistematización teórica o didáctica, sino una categoría autónoma en el plano sustantivo con elementos que no sólo le otorgan utilidad práctica sino que lo individualizan en su régimen jurídico (Araujo-Juárez José. *El Contencioso de los Contratos Administrativos en XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar "Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela"*. Editorial Horizonte C. A., Barquisimeto, 2013, p. 239 a la 276. En igual sentido puede consultarse con provecho la obra del maestro José Mélich-Orsini "Doctrina General del Contrato", Caracas, 2009 5 Edición. p. 55).

IV. CONCLUSIONES

La doctrina y la jurisprudencia, incluyendo al profesor Luis Enrique Farías Mata, son contestes en considerar que la Administración puede recurrir a la figura del contrato para la satisfacción de las necesidades e intereses públicos que constitucionalmente está obligada a ejecutar.

La teoría del contrato administrativo, tiene sólidas bases en el derecho público venezolano, cuya construcción, en gran parte, se debe al pensamiento y a las ejecutorias del profesor y Magistrado Dr. Luis Henrique Farías Mata, cuyo aporte al Derecho Público, en general y a la teoría de los contratos administrativos en particular, ha sido contundente, habiendo trascendido incluso a los cambios legislativos y constitucionales que ha vivido nuestro país en los últimos veinte años.

En nuestra opinión, la teoría del contrato administrativo, de fuerte raigambre jurisprudencial, sigue vigente en nuestro Derecho, independientemente de que la legislación nacional no haga expresa referencia a ella, por ser una noción de derecho sustantivo.

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN
DE LA OBRA:
“LA INCONSTITUCIONAL ACTIVIDAD
EMPRESARIAL DEL ESTADO EN VENEZUELA”
DE LA DRA. MARÍA AMPARO GRAU,
A CARGO DEL
PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE***

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

Es por todos conocida la deplorable condición en que se encuentra el Estado de Derecho en Venezuela, y es precisamente tal circunstancia, la que nos obliga a los venezolanos de hoy a repensar a nuestra sociedad toda. En todos los ámbitos y sectores debe haber una revisión profunda que nos permita entender las causas del desastre, y lo más importante evitar su repetición.

Uno de los ámbitos que deben ser abarcados con más profundidad es precisamente el tema económico, y los venezolanos estamos llamados a promover todas las iniciativas que nos permitan reencontrarnos en forma armónica con ese particular aspecto de nuestra sociedad.

La economía venezolana, y sus parcelas, referidas principalmente al rol del Estado en ella, la relación de nuestra sociedad con los empresarios, y los derechos de propiedad y libre empresa, y el sistema económico establecido en nuestra Constitución, todos influenciados sin lugar a dudas por ser Venezuela un petro estado, deberán ser objeto de constantes reflexiones; y es en ese sentido que recibimos con beneplácito la obra de una insigne jurista como la profesora María Amparo Grau, que consciente de los tiempos vividos, y de los que podemos estar por vivir, se ha colocado a la vanguardia con el acucioso estudio que hoy nos presenta sobre la inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela.

Conozco a la profesora Grau hace casi cuarenta (40) años, desde los tiempos en que ambos cursábamos estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Por ello puedo dar fe de su excepcional competencia en las materias atinentes al Derecho Público en general, y al Derecho Administrativo en particular.

Ella se graduó de abogado en 1982, con mención *cum laude*; luego cursó un master en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, y es Doctora en Derecho por la Universidad CEU-San

Pablo de Madrid, España. Como lo revela la página web del destacado despacho Badell Grau, del cual es socia fundadora, ha sido profesora desde 1983 en los niveles de pre y postgrado, principalmente en el área de Derecho Administrativo en las Universidades Católica Andrés Bello, Central de Venezuela y Monteávila. El año académico 2006-2007 ocupó la cátedra Andrés Bello en el St Anthony's College de la Universidad de Oxford.

Además, antes de graduarse fue pasante jurídico en la Procuraduría General de la República, donde, ya graduada, fue Directora General, llegando a estar encargada, temporalmente, de ese ilustre Despacho. También fue abogada relatora de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de la cual también fue Magistrada, y Presidenta, desde 1994 hasta 1998.

Toda esta apretada síntesis curricular, pone en evidencia la excepcional vocación docente y de investigación de la Doctora Grau, y nos la revela como una jurista eminente que ha dejado una honda huella en el Derecho Público Venezolano; y el libro que hoy nos presenta es prueba de ello. Vale destacar finalmente que ha formado un hogar feliz y muy querido con nuestro compañero académico numerario, Rafael Badell Madrid. Mucha inteligencia se mueve en esa familia.

La obra de nuestra gran amiga y condiscípula nos permite ver en su justa dimensión las relaciones reales existentes entre el modelo o sistema económico establecido en la Constitución, y la manera en que se ha llevado a cabo en la práctica jurídica diaria esta relación, además de precisar la importancia de la validez de la actividad empresarial del Estado, pero sometida a las reglas del mercado, en palabras de la autora, sin falsear la competencia.

Y es que, no se trata de negar la intervención del Estado en la economía, ni mucho menos proscribir la actividad empresarial del Estado, que es perfectamente lícita y posible, no solo en el marco de nuestra realidad constitucional como perfectamente se analiza en esta obra, sino aceptada incluso por el ordenamiento jurídico español, y comunitario europeo, eso que con tanta destreza la autora desarrolla a lo largo de su texto.

Aquí nos detendremos unos instantes, para recordar las palabras de quien puede ser válidamente considerado como uno de los grandes

pensadores venezolanos del siglo XX, tristemente desaparecido de forma bastante prematura, el periodista Carlos Rangel, quien además es considerado uno de los más prestigiosos exponentes del pensamiento liberal en Latinoamérica, lo cual es quizá el dato más revelador de las siguientes palabras:

“En los EE.UU existe un debate económico vigoroso y contradictorio, pero ese debate gira esencialmente en torno a cuáles pueden ser los mejores medios, los mejores resortes, para estimular la inversión, el crecimiento, la capacidad de empleo, y la productividad del sector empresarial de la economía; hay controversia sobre la mejor manera de lograr esto, pero no sobre el hecho de que el sector empresarial es el que debe crecer, crear empleo, ser más productivo.

*El hecho mismo de que ese debe ser el fin de cualquier conjunto de políticas económicas no está en controversia, nadie sostiene que el gobierno deba quedarse cruzado de brazos. Aquí, con frecuencia, escuchamos, como respuesta fácil al tipo de planteamientos que estoy haciendo, que es imposible volver a una economía del *laissez-faire*. Esto es doblemente insuficiente como respuesta. Tal economía nunca ha existido en Venezuela, y nadie que tenga dos dedos de frente está proponiendo eso. En aquel país, cuya economía está, en este mismo momento, dando señales de una vitalidad renovada, nadie sostiene que el gobierno deba quedarse cruzado de brazos y dejar que la economía marche sin reglas, sin regulaciones, sin estímulos, sin propiedades, sin arbitrajes, pero tampoco a nadie se le pasa por la cabeza que el gobierno pueda o deba ser el protagonista de la economía o deba dictar lo que los empresarios deban hacer para que sus empresas crezcan y produzcan riqueza y empleo”.* (Socialismo y Libre Empresa, en *Marx y los Socialismos Reales y Otros Ensayos*. Monte Ávila Editores, Caracas, 1988, p. 123).

Esta extensa cita, es reveladora, porque permite entender que ni siquiera en los Estados Unidos, la economía capitalista por excelencia, hay ausencia de controles, normas, regulaciones, que están orientados a estimular el crecimiento económico, es decir, existe presencia, intervención del Estado en la economía; y, por otro lado, permite poner en su justo contexto al empresario, quien es el llamado a producir riqueza

y crecimiento económico, acompañado de los incentivos correctos, por parte del Estado, para entre ambos lograr el desarrollo.

Es en este contexto, que la profesora Grau nos presenta un minucioso estudio del sistema o modelo económico previsto en nuestra Constitución, el cual indudablemente se refiere al de una economía social de mercado, en el que la participación del Estado, no se rige por el principio de la subsidiariedad, sino que se apoya en el de concurrencia entre la actividad privada y la del Estado, como claramente se desprende de los artículos 299, 301, 302 de nuestra Constitución, los cuales expresamente señalan:

“Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

Artículo 301. El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.

Artículo 302. 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”.

En el trabajo que hoy comentamos se sostiene *en primer lugar* la inconstitucional implantación de un modelo económico distinto al previsto en la Constitución. Como ya mencionamos, la autora concluye, luego del análisis de las normas constitucionales antes transcritas, que el modelo económico previsto en la Constitución es el de economía social de mercado, pero que ha sido sustituido por el llamado modelo económico socialista que persigue el desconocimiento de la libertad de empresa, la libre competencia y el derecho de propiedad individual, analizado magistralmente a la luz del fallido intento de reforma Constitucional del año 2007, y su posterior implementación inconstitucional mediante el denominado "Plan de la Patria", en sus distintas versiones, que expresamente reconocen como uno de sus objetivos la implantación de un modelo económico de producción socialista, y mediante actos de rango legal en los que expresamente se hace mención al modelo de economía "socialista".

Solamente a título ilustrativo, podemos observar las siguientes expresiones el "Plan de la Patria" "Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019" (Gaceta Oficial número 6.118 Extraordinario de fecha 04 de diciembre de 2013):

"GRAN OBJETIVO HISTÓRICO N.º 2

Continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI, en Venezuela, como alternativa al sistema destructivo y salvaje del capitalismo... (omissis)...

OBJETIVO NACION

1. Propulsar la transformación del sistema económico, en función de la transición al socialismo bolivariano, trascendiendo el modelo rentista petrolero capitalista hacia un modelo económico productivo socialista... (omissis)...

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS Y GENERALES

2.1.1 Impulsar nuevas formas de organización que pongan al servicio de la sociedad los medios de producción, y estimulen la generación de un tejido productivo sustentable enmarcado en el nuevo metabolismo para la transición al socialismo... (omissis)...

2.1.1.2 Insertar nuevos esquemas productivos que irradien en su entorno relaciones de producción e intercambio complementario y solidario, al tiempo que constituyan tejidos productivos de sostén

de un nuevo metabolismo socialista. Estos injertos productivos tendrán políticas de asociación entre sí bajo formas de conglomerados para multiplicar su escala... (omissis)...

OBJETIVO NACIONAL

2.3 Consolidar y expandir el poder popular y la democracia socialista (sic)... (omissis)...

3.2.2.2. Generar una estructura de sostén productivo, redes regionales, infraestructura de apoyo a la producción, logística, y distribución que tiendan a construir economía de escala en una nueva cultura organizativa. Desarrollar la estrategia de conglomerados y alianzas estratégicas a efectos de canalizar los insumos industriales, así como la distribución de los mismos, en una dinámica de ruptura del metabolismo del capital... (omissis)...

En este aspecto la profesora María Amparo Grau es particularmente enfática al afirmar la inconstitucionalidad en la aplicación sobrevenida de un modelo económico socialista, *“A pesar del rechazo a la reforma constitucional, el Estado venezolano ha venido imponiendo por medio de leyes esa economía de modelo socialista”*.

Como manifiesta el prologuista de la obra que hoy presentamos Doctor José Luis Piñar Mañas: la autora advierte que... *“casi 300 actos con rango y fuerza de ley dictados por el Presidente venezolano han incidido en numerosos ámbitos de la actividad económica con incidencia en la actividad empresarial privada (banca, seguros, libre competencia, y el monopolio, precios justos, sector inmobiliario, marítimo, aeronáutico, hidrocarburos, sector eléctrico, turismo, tributos, desarrollo agrario, y un largo etc.). Por otra parte, mediante la denominada Ley de Precios Justos y los programas de planificación económica presentados (en su momento) por el Presidente de la Asamblea Nacional se pretende imponer un sistema de economía socialista, en el que el Estado controla de forma absoluta los precios, costos y ganancias de la empresa privada”*.

Sobre las consecuencias de la aplicación mediante actos de rango legal o sublegal, de los contenidos de la reforma constitucional rechazada por el pueblo en referendo, nosotros hemos llegado a las mismas conclusiones, incluso, parafraseando a la antigua Sala de la Corte Suprema de Justicia, mediante el argumento de sostener que dichas

normas son “suprainconstitucionales”, por desconocer la soberanía popular que reside intransferiblemente en el pueblo (artículo 5 de la Constitución).

Es evidente entonces que compartimos plenamente las conclusiones que en esta materia expone magistralmente la doctora María Amparo Grau.

También debemos destacar cómo con gran tino, en esta investigación se diferencia con claridad los conceptos “sistema económico socialista”, de un “sistema económico de visión socialista”, pues se admite en la actualidad *“una visión socialista del mercado, ésta presupone que se trate de una economía de mercado y aunque la planificación central y el mercado pueden concebirse ambos como reguladores complementarios del orden económico”*.

En cuanto al sistema económico socialista, y su relación con el orden jurídico, nos vamos a tomar la libertad de recordar nuevamente las palabras de Carlos Rangel, quien sobre estos temas decía:

“El orden jurídico correspondiente a la utopía marxista, en la medida en que tiene vigencia efectiva, es, por antinatural, imposible de cumplir, de manera que todo el mundo vive más o menos de subterfugios y pequeñas transgresiones. Y, de todos modos, el Estado ejerce en la práctica poderes discrecionales, ignora sus propias leyes y mantiene a los ciudadanos comunes en una situación de permanente culpabilidad potencial”. (ob. cit., p. 16).

Consideramos que estas reflexiones, hoy están más vigentes que nunca y lamentablemente la dura realidad de nuestro país, así lo demuestra. En nuestra opinión, el orden jurídico socialista o marxista, que no el de “visión socialista”, como aclara perfectamente la autora, es imposible de cumplir, y destruye la economía.

En sentido contrario, debemos definitivamente entender que la libre empresa, y en general la actividad de los empresarios es la base del sistema económico, el medio más eficiente en la producción de riqueza, para el desarrollo económico nacional, como nos indicaba Carlos Rangel, cuya obra no es nueva, y justamente por eso, debe invitarnos a la reflexión.

Esto nos lo ha recordado en varias oportunidades el padre Luis Ugalde S. J., académico numerario de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, al advertir que *"para poder distribuir justamente la riqueza, primero hay que crearla"*.

Por su parte, el otro gran aporte del trabajo, es precisamente destacar que la actividad empresarial del Estado a los fines de ser compatible con el modelo de economía social de mercado, prevista como modelo económico en nuestra Constitución, debe estar sometida a las reglas de la libre competencia; y, en consecuencia, en aquellas actividades económicas en las que el Estado decida participar directamente como proveedor de bienes o prestador de servicios, en régimen de concurrencia con los particulares, y dejando de lado las actividades reservadas, entonces esa actividad empresarial del Estado debe someterse a los principios de la libre competencia.

De este modo, en los casos en los que el Estado válidamente y a los fines de dar cumplimiento a los cometidos que constitucionalmente tiene asignados resguardar, decida participar del mercado, debe hacerlo como uno más, despojado de prerrogativas de poder público, respetando las reglas de la oferta y la demanda, y dejando de lado todas aquellas prácticas que atendiendo a la naturaleza pública de la personalidad jurídica, puedan calificarse como abuso de la posición de dominio, circunstancia que no es constitucionalmente tolerada.

Sin embargo, la Doctora María Amparo Grau demuestra a lo largo de esta investigación cómo la realidad venezolana es justamente la contraria.

En efecto, si bien las normas legales antimonopolio vigentes en Venezuela, formalmente reconocen su aplicación a los entes públicos, no es menos cierto que las mismas normas consagran la posibilidad de decretar excepciones a su aplicación; además de existir en Venezuela prácticas muy reñidas con el sistema de la libre competencia, como abuso del poder regulador del Estado, el abuso mediante el otorgamiento de ayudas y rescates públicos, expropiaciones, controles de precio y de cambio, que no solo devienen en inconstitucionales prácticas que la autora califica de falseamiento de la competencia, sino que han tenido un terrible impacto en la realidad nacional.

Luego de analizar los supuestos anteriores, en la investigación se concluye contundentemente, lo siguiente:

“Estos límites a la actividad empresarial pública, que derivan precisamente de la contradicción entre la naturaleza privada de la actividad y el carácter público de quien la ejecuta, conducen a su consideración sino subsidiaria sí excepcional, y por ello supeditada a un interés general concreto justificante, y con respeto al sistema económico de mercado, la garantía de la libre empresa privada y la libre competencia. En Venezuela contrariamente al ordenamiento jurídico constitucional que propugna todos estos principios, la empresa pública se ha expandido de forma tal que limita e incluso, excluye la libre iniciativa privada”.

Por otra parte, el trabajo de la profesora Grau, realiza unas interesantes consideraciones sobre la contratación pública, como medio del Estado para intervenir en la economía del país; y cómo se organiza la Administración Pública Descentralizada Funcionalmente para desarrollar tal cometido.

En conclusión, el trabajo de nuestra colega y amiga la Doctora María Amparo Grau, es una verdadera radiografía que permite al abogado, y al público en general, y esa es otra de sus virtudes, entender cómo la actividad empresarial del Estado venezolano, durante los últimos veinte años ha devenido, por ser contraria al modelo económico previsto en la Constitución, y por todas las circunstancias anómalas descritas y brillantemente tratadas en la investigación, en una actividad manifiestamente inconstitucional, siendo la principal causa del desastre económico más grave, que como Nación, nos ha tocado vivir.

No obstante, el trabajo analizado, también es un incentivo y un dejo de esperanza de que la ciencia está hoy más que nunca al servicio de los intereses nacionales y del país, y que, de la mano de brillantes juristas como la Doctora María Amparo Grau, será posible restablecer el Estado de Derecho, en Venezuela.

EL DOCUMENTO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

SUMARIO

I. Planteamiento del problema. II. Los documentos en el sistema probatorio venezolano
III. Concepto de documento administrativo. IV. Origen jurisprudencial del documento ad-
ministrativo. V. Consecuencias de la calificación de un documento como administrativo.
VI. A modo de colofón.

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

Para nosotros es un honor preparar un artículo jurídico en homenaje a la muy eminente jurista, Dra. Cecilia Sosa Gómez, por cuanto ella es en sus vivencias y trayectoria un ejemplo a seguir en Venezuela, y por lo tanto este libro homenaje, promovido para reconocerle sus grandes méritos está plenamente justificado; esto especialmente por haber sido la primera mujer que ocupó la presidencia de la entonces Corte Suprema de Justicia.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Administración Pública, en el marco del Estado Social, tiene una muy importante presencia en la vida cotidiana de los ciudadanos. Los servicios públicos y demás actividades administrativas, procuran la satisfacción de las necesidades e intereses públicos. Además, en los Estados modernos, la Administración Pública, cumple cada día más funciones, desde la prestación de servicios públicos, la actividad de regulación, el fomento de actividades o la clásica actividad de policía administrativa.

En todas estas actividades, por criterios de seguridad jurídica, los distintos ordenamientos jurídicos, suelen imponer a la Administración la obligación de la forma escrita para todos sus actos. Esta inclinación por lo escrito obedece en principio a la posibilidad de ejercer control sobre las actuaciones de los funcionarios públicos, quienes con cada actuación van formando un cuerpo documental, que luego puede servir como prueba de los hechos que en ellos están contenidos.

En esta oportunidad, nos hemos propuesto hacer unos breves comentarios al estado actual del régimen legal de los documentos administrativos en el derecho positivo venezolano, principalmente a la luz de la jurisprudencia que ha desarrollado el tema, para posteriormente exponer la opinión que nos hemos formado de este especial asunto.

II. LOS DOCUMENTOS EN EL SISTEMA PROBATORIO VENEZOLANO

Lo primero que debemos destacar es que el ordenamiento jurídico venezolano, sistemáticamente ha reconocido dentro de los tipos de pruebas instrumentales; los instrumentos o documentos públicos, y los instrumentos o documentos privados. En efecto, cuanto venimos diciendo se desprende del contenido de los artículos 1.356, 1.357 y 1.363, del Código Civil, normas que señalan lo siguiente:

Artículo 1.356.- La prueba por escrito resulta de un instrumento público o de un instrumento privado.

Artículo 1.357.- Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.

Artículo 1.363.- El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones.

De la lectura de estas normas llama la atención, que el legislador no utiliza la palabra “documento”, sino que se refiere a “instrumento”. Sobre este tema, la doctrina del derecho procesal civil, ha debatido y sostenido distintas posiciones, como la del profesor y magistrado emérito Dr. Jesús Eduardo Cabrera¹, quien luego de revisar varias normas del Código Civil, del Código de Procedimiento Civil, y de algunas leyes especiales, concluye que “una serie de disposiciones regadas en diversas leyes hablan de los documentos o instrumentos, ya que las palabras son utilizadas por dichas leyes como sinónimas”.

Ahora, otro sector de la doctrina científica del derecho probatorio, representada por el profesor Rivera Morales, luego de analizar el concepto de documento de importantes nombres del derecho procesal

¹ Jesús Eduardo Cabrera Romero, *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre*, Tomo I, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1989. p. 316.

universal, como Carnelutti, Chioventa, Couture, y Devis Echandia, entre otros, concluye que si bien es cierto que en lenguaje cotidiano fòrense se habla indistintamente de documento e instrumento, tomándolo incluso como sinónimos, considera que son distintos².

El mencionado autor considera que el documento es una noción más amplia ya que es *“todo aquello que pueda expresar el pensamiento del hombre”*, mientras que el instrumento es una especie de documento en el cual *“la representación de la idea se hace en forma escrita”*.

No obstante, a los efectos de este trabajo, y tomando en consideración que en el campo jurídico, lo relevante es incorporar las pruebas a los autos, mediante su anexión al expediente, con la finalidad de trasladar los hechos y que el juez los pueda apreciar, en nuestra opinión, procesalmente hablando, debe considerarse que la forma escrita es consustancial a la prueba documental o instrumental, siendo estos términos sinónimos.

El profesor Jesús Eduardo Cabrera, muy bien lo describe al exponer que la característica básica del documento es su reproductibilidad, lo que se logra por cualquier sistema de copia. No obstante, dice el autor, que cuando lo fundamental ya no es solo el texto, sino el material en el que el texto está incorporado, (verbigracia, botellas, cajas, latas, entre otros) su reproducción es imposible, y mucho menos su anexión a los autos, lo que se lograría mediante otra prueba, como por ejemplo la experticia.

Expuestas las reflexiones anteriores, pasamos a exponer el origen jurisprudencial del documento administrativo, y las consecuencias que esa clasificación implica.

III. CONCEPTO DE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

Tal como señalamos en el punto anterior, nuestro ordenamiento jurídico, especialmente las normas contenidas en los artículos 1.356, 1.357 y 1.363, del Código Civil, sólo contemplan los instrumentos o documentos públicos; contentivos de aquellos que han sido autorizados con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro

² Rodrigo Rivera Morales, *Las Pruebas en el Derecho Venezolano*, 7ma Edición, Librería J. Rincón G., San Cristóbal, 2013. p. 771.

funcionario que tenga la facultad de dar fe pública cuyo contenido, en el caso del documento público negocial sólo puede ser impugnado por tacha (artículo 1.380 del Código Civil) ; y, los instrumentos o documentos privados, contentivos de aquellos reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, que tienen entre las partes la misma fuerza probatoria que un instrumento público en lo que se refiera al hecho material de las declaraciones, los cuales hacen fe de esas declaraciones, salvo prueba en contrario.

Quisiéramos hacer referencia brevemente a lo que ocurre en el derecho español, en el cual, el artículo 319.2 de la Ley 1/2000, del 07 de enero, de Enjuiciamiento Civil, expresamente menciona a los documentos administrativos, como un tipo de documento público, que en defecto de ley especial “*se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado*”.

De manera distinta, nuestra legislación procesal, incluidas las disposiciones del Código Civil sobre la prueba instrumental, no cuenta con una referencia expresa a los documentos administrativos, siendo la única mención a ellos la contenida en el artículo 32 de la Ley de Procedimientos Administrativos, según la cual “*Los documentos y expedientes administrativos deberán ser uniformes de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características*”.

Esta omisión ha llevado a la doctrina a tratar de establecer, una definición de lo que se puede entender por documento administrativo. En efecto, para el profesor Rafael Badell³, los documentos administrativos son aquellos que emanan de los funcionarios del Poder Público, en el ejercicio de las funciones que la ley les atribuye. Constituyen, por ende, una categoría de documentos de naturaleza distinta al documento privado y al documento público. Para el profesor Rodrigo Rivera Morales⁴, los documentos administrativos son los autorizados por funcionarios de la administración pública, de cualquier entidad, siempre en el marco de su competencia y con las solemnidades legales.

³ Rafael Badell Madrid, *Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela*. Consultado en: <http://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=910>.

⁴ Rodrigo Rivera Morales, ob. cit., p. 796.

Podemos entonces destacar, dos elementos centrales del concepto de documento público negocial, que a los fines de ordenar ideas, podemos denominar el elemento subjetivo y el elemento material. El primero de los elementos viene dado por la persona de quien emana, que debe ser un funcionario, en nuestra opinión distinta del Registrador, Notario, Juez o Secretario; y el segundo, que actúe en el ejercicio las competencias o funciones que establece la ley.

De esta manera, documento público administrativo o documento administrativo, será aquel emanado de un funcionario público, que no cuenta con la facultad expresa de dar fe pública respecto a su contenido, pero que emite el documento en ejercicio de las potestades, competencias y atribuciones que le establece el ordenamiento jurídico.

La definición tiene sobrada relevancia, en la medida que si el documento emana de una persona que usurpa autoridad pública, o de un funcionario que se extralimita en sus funciones, resultando incompetente para emitir el acto que dictó, entonces el Tribunal al momento de dictar la sentencia correspondiente, podría válidamente desechar el documento, o en su defecto valorarlo de manera distinta.

IV. ORIGEN JURISPRUDENCIAL DEL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

El desarrollo de la categoría del documento administrativo, fue lento y progresivo, pasando de una etapa de incertidumbre, a una de asentamiento y posteriormente de consolidación. Pasemos entonces a analizar de la mano de la jurisprudencia, estas etapas.

1. La etapa de incertidumbre (1967-1998)

Resulta entonces evidente que la categoría de documento público administrativo, no está prevista en la ley, lo cual generó un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, sobre la naturaleza jurídica de los documentos administrativos, sin que hubiera un tratamiento uniforme, lo que era contrario a la seguridad jurídica. En efecto, como señala María Gabriela Pimentel Henríquez, en algunas ocasiones se consideran como documentos públicos y en otras, como una categoría intermedia entre éstos y los documentos privados.

La jurisprudencia no había sido uniforme en cuanto a su posición, respecto de este tipo de documentos.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en algunas decisiones reconocía el carácter de documento público a los documentos administrativos, y en consecuencia se admitía como medio de impugnación el procedimiento de falsedad o tacha previsto en el Código Civil⁵.

No obstante, la hoy desaparecida Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁶, reconocía que estos documentos eran distintos de los documentos públicos, en virtud de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, equiparándolos a los documentos auténticos que hacen o dan fe pública hasta prueba en contrario.

Vemos pues, que en esta primera etapa estuvo marcada por un constate ir y venir, que en nada otorgaba seguridad jurídica a las partes que pretendieran servirse de este tipo de documento.

2. El asentamiento (1998)

No sería sino hasta el año 1998, que la discusión quedó finalmente resuelta, como consecuencia de la sentencia N.º 300 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Caso: Consorcio Hidroeléctrico Caroní), con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, cuyos aportes al derecho administrativo, fueron superlativos, en la que se reconoce por primera vez la especialidad de los documentos administrativos, definiéndolos de la siguiente manera:

⁵ María Gabriela Pimentel Henríquez, “El documento Administrativo. Medio probatorio y forma de redargüirlo”. Consultado en el siguiente enlace: <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/homenaje-02-12.pdf>. En este trabajo se citan como ejemplos de decisiones que consideran a los documentos administrativos como documentos públicos, las sentencias de la Sala Político-Administrativa de fechas 4-7-67 y 27-7-70 y como ejemplos de las que los calificaban como documentos distintos a los documentos públicos, menciona a las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha: 14-04-83, 25-01-83, 20-06-83, 31-01-84, 9-9-84, 14-03-85, 17-01-85, 7-11-85, 3-05-90, 14-06-90.

⁶ Tribunal que tuvo una capital importancia en el desarrollo del derecho administrativo en Venezuela, y que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambio su denominación por la de Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo.

“(…) Esta especie de documentos –los administrativos- conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Se distinguen así esta especie de documentos de los instrumentos públicos, que sólo pueden ser impugnados mediante la tacha de falsedad; y de los meros documentos privados, que pueden ser, incluso, desconocidos en contenido y firma por el adversario.

Siendo los documentos administrativos –como los promovidos como la empresa apelante- un medio de prueba distinto de los documentos privados, resulta claro para esta Sala que no pueden aquellos quedar sometidos a la disposición consagrada en el aparte único del artículo 434 del Código Procedimiento Civil, pues dicho precepto regula, única y exclusivamente, la oportunidad en que deben producirse los documentos privados.

Observa la Sala, finalmente, que no existiendo una disposición procesal especial que regule la oportunidad en que deben producirse en juicio los documentos administrativos, razón por la cual resulta plenamente aplicable, en esta materia, el principio general consagrado en los artículos 396 y 400 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, las partes que quieran servirse de un documento de esta especie pueden anunciarlo o promoverlo en el lapso de promoción y producirlos o evacuarlos en la etapa de evacuación de pruebas (…)”.

De acuerdo con este importante precedente, que va a constituir la piedra angular sobre la que se va a consolidar definitivamente el criterio hoy imperante, los documentos administrativos constituyen una tercera categoría de documentos que por contener una declaración administrativa emanada de un funcionario del poder público, en el ejercicio de sus funciones, están revestidos de la presunción de veracidad, legitimidad y autenticidad, que es consecuencia del principio de legalidad de la actividad administrativa, y en particular del principio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos dictados por la Administración Pública.

3. Etapa de consolidación (1998-2021)

Debemos recordar que con la aprobación de la Constitución de 1999, la antigua Corte Suprema de Justicia, fue sustituida en el diseño constitucional de los Poderes Públicos del Estado, por el Tribunal Supremo de Justicia, el cual, en sus distintas Salas, inmediatamente asumió como propio el criterio contenido en la sentencia del caso: *Consortio Hidroeléctrico Caroní*. En efecto, algunas sentencias que han venido recogiendo el criterio antes expuesto, son las siguientes:

En cuanto a la forma y oportunidad en que deben ser introducidos al proceso, la Sala De Casación Civil en sentencia N° 209 de fecha 16 de mayo de 2003, caso: *Constructora Basso C.A.*, ratificada en decisión N° 1207 de fecha 14 de octubre de 2004, caso: *Inversiones Patricelli, C.A* estableció lo siguiente:

“...Los instrumentos públicos que pueden producirse en todo tiempo hasta los últimos informes, se refiere al documento público negocial y no a los documentos públicos administrativos, pues de lo contrario, se crearía una desigualdad extrema para la contraparte del promovente del documento público administrativo, producido luego de precluido el lapso probatorio ordinario. En efecto, al contener el documento público administrativo una presunción de certeza desvirtuable por cualquier prueba en contrario, si el mismo es consignado en cualquier tiempo y no en el lapso probatorio, en caso de ser impugnado, el Juez estaría obligado a abrir una articulación probatoria, a fin de que la contraparte del promovente pueda desvirtuar la presunción de veracidad mediante la producción de la prueba en contrario; articulación que tiene lapsos más reducidos que los ordinarios concedidos por la Ley. Desde luego que tal problema no se presenta en el caso del documento público negocial, pues ellos sólo pueden ser destruidos por tacha o a través de la acción de simulación...”

Posteriormente, la Sala Político-Administrativa, en su sentencia N.º 503 de fecha 29 de abril de 2008, con ponencia de la Magistrada Evelyn Marrero Ortiz, indicó que las comunicaciones emanadas de la Administración y firmadas por un funcionario autorizado por la ley en el marco de la prestación de un servicio público, que formen parte del

expediente administrativo, *deben considerarse como un documento administrativo que goza de presunción de legalidad, legitimidad y veracidad.*

Lo anterior se precisó conforme al criterio jurisprudencial imperante sobre la materia, según el cual el documento administrativo es el que emana de un funcionario competente con arreglo a las formalidades de ley, que contiene una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos.

De acuerdo con esta decisión, dichos documentos, se asimilan, por lo que atañe a su valor probatorio, a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en los términos establecidos en el artículo 1.363 del Código Civil, toda vez que hacen fe del hecho material de las declaraciones en ellos contenidas, salvo que se realice prueba en contrario (Vid. Sentencias números 01257 y 00117 del 12 de julio de 2007 y 29 de enero de 2008, respectivamente, de la misma Sala).

Recientemente la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 102 del 16 de diciembre de 2020, reiteró que los documentos públicos administrativos tienen el mismo efecto probatorio de los documentos públicos, en razón de que emanan de funcionarios que cumplen atribuciones que le han sido conferidas por la Ley.

Sin embargo, la prueba que se deriva de tales instrumentos administrativos no es absoluta o plena, porque el interesado puede impugnarla, y en consecuencia, desvirtuarla en el proceso, mediante la utilización de las pruebas legales que estime pertinentes, es decir, están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, y por tanto, deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario.

Todavía más recientemente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N.º 3, de fecha 11 de febrero de 2021⁷, determinó que las constancias de residencia emitidas por los consejos comunales, tienen el valor probatorio de documento administrativo.

⁷ Sentencia consultada en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/311303-00003-11221-2021-2017-0750.HTML>.

En dicha decisión, con ponencia de la magistrada María Carolina Ameliach Villarroel, se indicó que:

“(...) los consejos comunales se constituyen como organizaciones mediante las cuales los ciudadanos y ciudadanas se integran y bajo esta modalidad ejercen el derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos, en los términos precedentemente referidos, dichas entidades se encuentran sujetas al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando actúan en función administrativa, siendo una de las formas en que esta se materializa la emisión de los llamados actos administrativos”.

...omissis...

“los consejos comunales tienen atribuida legalmente la competencia para expedir constancias de residencia, es decir, emitir declaraciones de conocimiento que acrediten la dirección habitual y permanente de sus habitantes en los límites del ámbito geográfico de cada comunidad, y como tales deben reputarse como actos administrativos”.

En consecuencia, y con vista a las competencias atribuidas por la Ley en esta materia, concluyó la Sala, lo siguiente:

“resulta forzoso para esta Máxima Instancia conceder valor probatorio de documento administrativo a las referidas constancias de residencia cursantes en autos y, por tanto, se establece como ciertas las direcciones de residencia tanto del demandante como de su apoderado judicial señaladas en dichos documentales, y que las mismas se encuentran ubicadas a una distancia considerable de la sede principal de este Tribunal Supremo de Justicia”.

V. CONSECUENCIAS DE LA VALORACIÓN DE UN DOCUMENTO COMO ADMINISTRATIVO

Es importante tener en consideración, que tal calificación, no resulta baladí, o un simple ejercicio académico o teórico. Sino que por el contrario, tiene un importante sentido práctico, con consecuencias jurídicas en el proceso judicial.

- i) La presunción de legitimidad y autenticidad, propia de los documentos administrativos, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. De allí, su diferencia con los documentos públicos, que sólo pueden ser impugnados por la vía de la tacha de falsedad, y con los documentos privados que pueden ser desconocidos por la parte contra quien se opongan, y,
- ii) al no ser documentos públicos ni privados, constituyen una categoría aparte respecto de la cual resultan aplicables las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil en materia probatoria, esto es, que los mismos deben anunciarse en la fase de promoción y producirse en la fase de evacuación, y no como los documentos públicos que de acuerdo con las reglas del Código de Procedimiento Civil, pueden ser incorporados a los autos, hasta informes en segunda instancia.

VI. A MODO DE COLOFÓN

En la legislación procesal venezolana, no existe la categoría de documento administrativo, más allá de una limitada norma prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Fue la jurisprudencia, luego de un intenso diálogo jurisdiccional, la que determinó la existencia y valor del documento administrativo, como una categoría distinta a la clásica distinción entre documentos públicos y privados.

La jurisprudencia se ha consolidado, más allá de los tribunales del orden contencioso administrativo, en el cual tuvo su origen, por aplicación de conceptos sustantivos propios del derecho administrativo, como lo son la presunción de legalidad que caracteriza a los actos administrativos, y sus cualidades de ejecutividad y ejecutoriedad.

Lo anterior nos pone de manifiesto que el derecho administrativo, y el procesal administrativo o contencioso administrativo, son categorías indisolublemente unidas, por lo que cada categoría jurídica sustantiva, tiene su contraparte procesal, con lo cual nos afiliamos a las teorías que ubican al contencioso administrativo, mucho más cerca al derecho administrativo, que al procesal.

Sería deseable *de lege ferenda* la inclusión de esta categoría documental o instrumental, en una eventual reforma del Código de Procedimiento Civil, de manera similar a como se encuentra regulado en el actual artículo 319.2 de la Ley 1/2000, del 07 de enero, de Enjuiciamiento Civil española.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADELL, RAFAEL. Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela. Consultado en: <http://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=910>.
- BAUDIN, PATRICK. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Ediciones Paredes, Caracas, 2010.
- CABRERA, JESUS EDUARDO. Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre. Editorial Jurídica Alva. Caracas, Venezuela, 1989.
- GONZALEZ BETANCOURT, GINA. La Prueba En El Procedimiento Administrativo: Énfasis En La Distinción De Los Principios Rectores Que La Diferencian De La Prueba Judicial, publicado en: Revista Electrónica de Derecho Administrativo. Consultado en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/14/REDAV_2018_14_93-142.pdf
- PIMENTEL HENRÍQUEZ, MARÍA GABRIELA. El documento Administrativo. Medio probatorio y forma de redargüirlo. Consultado en: <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/homenaje-02-12.pdf>.
- RIVERA MORALES, RODRIGO. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. Universidad Católica del Táchira. Librería J. Rincón G. 7ma Edición, 2013.

**¿EXISTEN ACTOS ADMINISTRATIVOS
EXCLUIDOS DEL CONTROL
DE LA LEGALIDAD EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO VENEZOLANO?**

PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

Para nosotros, es un honor poder contribuir con estas notas para el libro homenaje al muy distinguido jurista, profesor y académico, Dr. Pedro Nikken, quien falleció recientemente dejando un vacío muy difícil de llenar. En su honor va dirigido este ensayo.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Según este artículo resulta claro a nuestros ojos, que es un derecho humano fundamental, que se desprende directamente de la norma antes citada, el que todos los actos administrativos estén sometidos al Derecho, y que ninguno esté excluido del control contencioso administrativo o constitucional.

En efecto, entendido como el “bloque de la legalidad”, en el pensamiento de Maurice Hauriou, el principio de la legalidad administrativa está previsto en los artículos 137 y 259 de la Constitución de 1999, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en todas las demás leyes y reglamentos que regulen las distintas actividades administrativas.

Esas normas constitucionales disponen:

Artículo 137. La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

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.

Esa necesaria conformidad de los actos administrativos con el Derecho, en sentido amplio, ha sido recogida, incluso, en varias sentencias de nuestro alto Tribunal. Así, encontramos sentencias de la Corte Federal del alto Tribunal de fechas 09 de abril de 1959 y 16 de junio de 1953, donde se estableció lo siguiente: “El principio de la legalidad, en virtud de la jerarquía administrativa, comprende también, las órdenes y normas que den los funcionarios superiores a los inferiores”. Y sentencia de la Corte Federal del 7 de diciembre de 1937, en la cual se dispuso que: “Cuando el funcionario no encuentre un procedimiento tenido en la ley, el mismo debe atenerse a la costumbre o práctica administrativa. Y si no hay procedimiento legal, ni costumbre, el funcionario creará el procedimiento”.

En un texto canónico de nuestra doctrina en derecho público, el eminente profesor Antonio Moles Caubet, describe todo lo antes dicho, de la siguiente forma: “El principio de la legalidad administrativa ha de enunciarse diciendo que todos y cada uno de los actos administrativos han de estar condicionados por una regla legal que se convierte en medida de su licitud o de su ilicitud”.

Según esto, aparte de concebir al procedimiento administrativo como una garantía o derecho humano de todos los administrados, resulta claro, por lo dicho, que no deberían existir en el ordenamiento jurídico venezolano, exclusiones o excepciones al principio de la legalidad. Sin embargo, a lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico, se han ido presentando casos en los cuales, en un momento dado, ciertos actos administrativos han quedado excluidos del control jurisdiccional. Esto, que puede ser una aberración, ha ocurrido, pero al mismo

tiempo el propio ordenamiento jurídico ha ido descartando o limitando tales pretendidas exclusiones. A ello nos vamos a referir de seguidas.

II. DESARROLLO

Este estudio lo expondremos conforme al siguiente esquema: 1) El poder discrecional de la Administración Pública; 2) La teoría de las circunstancias excepcionales; 3) Análisis de la opinión especializada del profesor Luis Henrique Farías Mata, que comprende, A) los actos de gobierno; B) Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales; y C) Los actos administrativos de efectos jurídico privados (categoría que a su vez incluye) a los actos de registro público y b) a los actos inquilinarios); D) Los actos del en su época denominado Consejo de la Judicatura; E) El eje jurisprudencial actos de gestión-actos de autoridad; y, por último, F) los actos de destitución del Presidente de la República.

1) El poder discrecional de la Administración Pública

Hubo un tiempo, en el derecho comparado, en que se consideró que los actos administrativos dictados sobre la base de la potestad discrecional de la Administración Pública, estaban excluidos del control jurisdiccional. En Francia se decía entonces, a finales del siglo XIX, que el acto administrativo discrecional estaba excluido del control contencioso administrativo.

Recordemos que el acto discrecional es aquel que deja a la libre apreciación del funcionario que lo dicte, los hechos y el derecho aplicables al caso concreto que se decida. Esto está recogido, hoy en día, en derecho venezolano, en el artículo 12 de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos de 1982, que dispone:

Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Pero volviendo al derecho comparado histórico, en derecho francés, esta ecuación entre acto discrecional igual a acto excluido, desapareció con el célebre fallo del Consejo de Estado recaído en el caso Grazzietti de 1902, en el cual se estableció que cuando el juez de lo contencioso administrativo, conociese de la impugnación de un acto discrecional, siempre podría recaer su juzgamiento sobre el vicio de incompetencia (elemento sujeto); el vicio de forma (elemento forma o procedimiento del acto); y el vicio de desviación de poder (elemento fin del acto dictado); con lo cual desde 1902, cuando la Administración dictaba un acto discrecional, sólo quedaban excluidos de control, los elementos objeto y causa del acto recurrido. Sin embargo, sobre estos dos elementos excluidos de control jurisdiccional en los actos discrecionales, el Consejo de Estado fue creando en el tiempo, la llamada “teoría del control mínimo sobre los actos discrecionales”. Esta teoría se desarrolló de la siguiente forma, para ir limitando la discrecionalidad administrativa, en los elementos objeto y causa de los actos administrativos discrecionales: 1) Sentencia Camino del Consejo de Estado de 1916 en virtud de la cual en tales casos, siempre se comprobará la exactitud material de los hechos invocados en el fundamento del acto recurrido; 2) Sentencia Barel del Consejo de Estado de 1954, por la cual en tales casos siempre se controla el fundamento de derecho invocado en el acto recurrido; y, 3) Sentencia Societé Maison Genestal de 1968, por virtud de la cual en los casos bajo análisis, siempre se controla el “error manifiesto de apreciación”. Esta última hipótesis, dió lugar a que el profesor André de Laubadere sostuviese que se pasó de un “control mínimo” sobre la potestad discrecional de la Administración a un “control jurisprudencialmente reglado o vinculado”.

Con esto podemos concluir parcialmente, que los actos discrecionales no son una excepción al principio de la legalidad en derecho comparado. En derecho venezolano, esto está recogido en el citado artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo.

2) La teoría de las circunstancias excepcionales

En el derecho francés, en épocas de crisis económica o política o de guerra con terceros países, el Consejo de Estado, creó la llamada “teoría de las circunstancias excepcionales”, según la cual, dados es-

tos graves casos, no aplicaría a determinados actos administrativos su control por el principio de la legalidad, en vista precisamente de estas circunstancias excepcionales. Esto llevó a pensar, que en tales casos estábamos ante un supuesto de excepción al principio de la legalidad y por consiguiente de un conjunto de actos excluidos del control de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, el propio Consejo de Estado en la sentencia Hyeries de 1918, claramente estableció que en los casos de aplicación de la teoría de las circunstancias excepcionales, no es que se crease un hueco en el principio de la legalidad, sino que lo que existía era una legalidad de excepción, vigente mientras durasen las circunstancias excepcionales, y que si tales actos dictados en tan especiales circunstancias causasen un daño a los particulares, entonces lo que procedía era una indemnización por tales daños.

Esto pone en evidencia, que tampoco la teoría de las circunstancias excepcionales sea una excepción al principio de la legalidad, ni una exclusión del control jurisdiccional sobre los actos administrativos dictados en tales circunstancias.

3) Análisis de la opinión especializada del profesor Luis Henrique Farías Mata

El eminente maestro del derecho público venezolano, Luis Henrique Farías Mata analizó en 1971, en un artículo publicado en el Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración de la UCV, algunos de los actos administrativos que para ese entonces se presentaban como excluidos del control jurisdiccional de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre el particular, manifestaba el maestro que la doctrina de los actos excluidos permitía medir el grado de desarrollo de un sistema contencioso administrativo, porque mientras menos actos estuvieran excluidos de control, más elevado sería el grado de desarrollo del sistema contencioso administrativo. En su lista original, el Dr. Farías Mata incluyó como categorías de actos excluidos: A) Los actos de gobierno; B) Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales; y C) Los actos administrativos de efectos jurídico privados (categoría que comprende a) a los actos de registro público; y, b) a los actos inquil-

narios). Y luego, del trabajo del Dr. Farías Mata, se fueron agregando otras categorías como veremos más adelante.

A) Los actos de gobierno

Hubo un tiempo en el derecho comparado en el cual se pensó que los actos de gobierno y los actos discrecionales eran lo mismo, por tener ambos como sustrato común su irrecurribilidad. Sin embargo, desde la sentencia del Consejo de Estado de 1902, recaída en el caso Grazzietti, hemos visto que se dejó a un lado la irrecurribilidad de los elementos sujeto, forma y fin del acto administrativo discrecional, con lo cual a partir de allí estaba claro que acto discrecional y acto de gobierno son dos cosas distintas.

Lo fundamental a retener en la formación histórica de esta parte de lo que estamos tratando, es que la teoría del acto de gobierno fue definitivamente consagrada en el ordenamiento jurídico francés con la sentencia Príncipe Napoleón de 1875, en la cual el Consejo de Estado determinó, para ese momento, que los actos de gobierno, y por tanto excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa, eran los actos dictados con un móvil político. Luego, ante la dificultad de determinar cuándo un acto administrativo era dictado por un móvil político, se llegó a la salomónica conclusión, de que tal cuestión sería dilucidada mediante el sistema de una lista casuística que determinaría el propio Consejo de Estado en sus fallos sin mencionar en ellos expresamente la expresión “actos de gobierno”; esto fue lo establecido en el célebre caso Rubin de Servens de 1962.

En derecho público venezolano, la teoría del acto de gobierno fue tratada en el conocido caso Tito Gutiérrez Alfaro, de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en 1965, que se originó sobre una demanda de nulidad del tratado de extradición entre los Estados Unidos y Venezuela de 1922, y de la Ley de Responsabilidad de Empleados del 07 de junio de 1912, todo a propósito del proceso de extradición del ex presidente Marcos Pérez Jiménez a Venezuela. En el fallo adoptado por la mayoría de la Corte, se afirma “es evidente que la Constitución (de 1961) acogió el principio de que los actos del Poder Público deben estar sometidos jurisdiccionalmente al control constitucional...”. Pero “es de observar

que el control jurisdiccional de la Constitucionalidad intrínseca de los actos estatales no ha sido consagrado en forma absoluta”, porque del estudio de la Constitución, de la Ley de la Corte, y de la jurisprudencia “surgen y se justifican situaciones excepcionales en que los actos del Poder Público en sus tres ramas no están sometidos al control de la jurisdicción constitucional”. Pasando de seguidas a enumerar una lista de actos de gobierno sin mencionarlos expresamente, del Presidente de la República que quedan excluidos de control jurisdiccional, como, por ejemplo: fijar el contingente las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar al Congreso a reuniones extraordinarias; y, reunir en convención a algunos o a todos los gobernadores de las entidades federales. Debe destacarse como un dato relevante en este caso, que el control que se dice excluido, es el de la Constitucionalidad intrínseca, es decir, el de los elementos objeto y causa del acto recurrido, quedando en todo caso sujetos a control, los elementos: sujeto, forma y fin.

Esta teoría de los actos de gobierno como ha quedado explicada en derecho venezolano, fue seguida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso Jorge Olavarría, contra el Consejo Supremo Electoral de 1988, en la que se inadmitió un recurso de nulidad contra un acto con móvil político, emanado del Consejo Supremo Electoral; y además, fue definitivamente sepultada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en el caso Gruber Odremán de 1993, en donde se estableció que el acto del Presidente de la República, por el cual se creaba un Consejo de Guerra extraordinario para juzgar a militares golpistas, era un acto de gobierno –lo dice expresamente-, pero que estaba sometido a control jurisdiccional. Con esto se demuestra que en derecho público venezolano los actos de gobierno, no son una excepción al principio de legalidad.

B) Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales

Para el momento en que el Dr. Fariás Mata escribió su trabajo tenía vigor la sentencia de la Sala Político-Administrativa, recaída en 1963 en el caso Negrón y otros, contra un acto emanado de un Inspector del Trabajo, en la cual se sostenía la irrecurribilidad del acto dictado por tal

funcionario, por considerarse emanado de una jurisdicción administrativa especial.

Esta tendencia cambió con la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, recaída en 1980, en el caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, en la cual se admitió, tramitó y sentenció un recurso de nulidad por ilegalidad contra un acto emanado de la Comisión Tripartita del Trabajo, que en ese momento era competente para calificar de justificado o injustificado un despido, con lo cual esta categoría dejó de ser un acto excluido de control jurisdiccional.

En la actualidad los actos administrativos de contenido laboral tienen control judicial, por ante los Tribunales laborales, de conformidad con la interpretación que se hiciera luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el año 2010. En consecuencia, estos actos tampoco están excluidos del control de la legalidad, y no se los puede considerar como actos excluidos de control judicial.

C) Los actos administrativos de efectos jurídico privados

En esta categoría comprende el Dr. Farías Mata, a los actos de registro público (a); y a los actos inquilinarios (b); del modo que sigue a continuación.

a) Los actos de registro público

En lo referido a los actos de registro público, existen varias sentencias del año 1967 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de las cuales la negativa a registrar documentos en los correspondientes registros públicos, no tenía ningún tipo de recurso; por consiguiente, en ese momento se consideraban actos excluidos de control.

Esta situación cambió con la Ley de Registro Público de 1978, en cuyo artículo 11 se consagró para tales casos una “apelación”, ante el Ministro de Justicia, y el acto del mismo tenía recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual la negativa a registrar documentos por parte de los registradores públicos, dejaron de ser actos excluidos de control.

b) Los actos inquilinarios

A lo largo de la historia del derecho público venezolano, las distintas leyes que ha regulado la materia especial inquilinaria, han otorgado potestades administrativas a diferentes entes públicos para dictar actos administrativos que intervienen en contratos de arrendamiento, es decir, en principio de meros efectos jurídico privados, en materia de fijación del canon de arrendamiento, derecho de preferencia y desalojo.

En tal sentido, en su momento se consideró en jurisprudencia reiterada de 1961, que los actos emanados del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, por ser entendido este como un órgano administrativo y no judicial, morían allí. Estas sentencias, emanaban de la Sala Político-Administrativa de Corte Suprema de Justicia en 1961. Es de resaltar, que al recurso que se ejercía ante el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, la doctrina de la época (Brewer-Carías), lo llamaba recurso jerárquico impropio y sostenía, además, que ese Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, en las referidas materias no dictaba sentencias, sino verdaderos actos administrativos, que a la postre quedaban sin control jurisdiccional. Esta situación cambió, con sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 1977, en la cual desvirtuando la anterior explicación y considerando al Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, como un verdadero Tribunal, se entendía que dictaba sentencias que a su vez tenían apelación ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Posteriormente, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en 1981 en el caso Panamerican World Airways, estableció que las “apelaciones”, contenidas en diversas leyes especiales, en materias administrativas especiales, eran el recurso contencioso administrativo de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad consagrado en el artículo 206 de la Constitución de 1961. En todo caso, lo que queda claro después de este viraje jurisprudencial, en tan delicada materia, es que los actos inquilinarios, hoy en día, no son actos excluidos del control jurisdiccional, sino que son actos plenamente sometidos al principio de la legalidad y controlables en vía judicial.

Ahora, vamos a referirnos a otros actos administrativos que fueron considerados excluidos del control jurisdiccional en un momento dado, no tratados en el trabajo del maestro Farías Mata.

D) Los actos del en su época denominado Consejo de la Judicatura

Para 1985 existía y funcionaba para la administración y control del Poder Judicial en Venezuela el Consejo de la Judicatura, quien tenía competencia para todo lo relativo a la administración del presupuesto del Poder Judicial y el nombramiento y remoción de los jueces de la República. En ese contexto, un conocido Juez penal, Francisco Ruiz Becerra, fue destituido de su cargo y contra tal acto él decidió introducir un recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En tal virtud, la Sala Político-Administrativa con ponencia de su Magistrado Presidente Dr. René De Sola y con los votos salvados de los Magistrados Luis Henrique Farías Mata y Josefina Calcaño de Temeltas, consideró que tal Consejo de la Judicatura era un “organismo tridimensional”, que dictaba actos administrativos, normativos y jurisdiccionales; en este último caso cuando ejercía el poder disciplinario que había sido expresamente conferido por el texto constitucional. Con la consideración, además, de que el artículo 62 de la entonces vigente Ley de Carrera Judicial negaba todo recurso contra las “sentencias” de tal Consejo de la Judicatura en el procedimiento disciplinario referido a los jueces. Al término de esta breve explicación, resulta claro, en ese momento, que los actos de destitución de jueces, tenidos como sentencias, no tenían recurso alguno y quedaban sin control de la jurisdicción contencioso-administrativa, contrariamente a lo afirmado en los dos votos salvados mencionados.

Para solucionar este entuerto, la Procuraduría General de la República en informes presentados ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso Martiza Josefina Alvarado Mendoza de enero de 1986, propuso a ese alto Tribunal que si las decisiones de destitución de jueces no eran consideradas actos administrativos sino sentencias, en virtud de la supuesta tridimensionalidad del Consejo de la Judicatura, decisiones contra las cuales “no cabría recurso alguno”, entonces, que se concediera recurso de casación ante la propia Sala Político-Administrativa. Esta propuesta fue recogida, a su vez, en el voto salvado del magistrado Luis Henrique Farías Mata, en la sentencia

de julio de 1986, recaída en el caso Hilario Pujol Quintero, en cuyo fallo el magistrado disidente sostuvo lo siguiente: “Acordes como se ha dicho sentencia y votos salvados en reconocer la naturaleza jurisdiccional de la medida, si la Corte desea, con plausible propósito, de reforzar la autoridad del Consejo –mas no a costa del Estado de Derecho-, dar a los actos “disciplinarios”, un tratamiento judicial acorde con su peculiar naturaleza, pudo la Sala atenerse a la propuesta que, por vía de opinión, ha formulado la Procuraduría General de la República en casos como el presente: acoger para los actos administrativos de índole disciplinaria, en lugar del tradicional recurso de anulación, el de casación en vía contencioso-administrativa...”.

Este tema quedó definitivamente zanjado en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de octubre de 1988, cuyo artículo 79 dispuso “contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura, podrá interponerse recurso de nulidad por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la sanción impuesta sea de destitución”. Esta norma fue posteriormente declarada nula, por la Sala Político-Administrativa en sentencia de julio de 1991, en el caso Ivan Hernández Gutiérrez, en la cual incluye también en el régimen de recurribilidad de los actos administrativos sancionatorios del Consejo de la Judicatura a la “suspensión del cargo” de los jueces.

A momento presente el gobierno y administración del Poder Judicial corresponde por disposición constitucional al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena (artículo 267 de la Constitución de 1999). De igual manera, el régimen de estabilidad de los jueces y su control judicial fue definido en el Código de Ética del Juez, que formalmente es una Ley, de 2015, y en la sentencia de la Sala Constitucional recaída en el caso Nancy Castro de mayo de 2013, en la cual se dispuso que los actos de destitución de los jueces de carrera tienen recurso ante el Tribunal Disciplinario Judicial, en primera instancia y, ante la Corte Disciplinaria Judicial, en segunda instancia; y en el caso de los jueces provisorios ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Con lo cual no son actos excluidos del control judicial, independientemente de su naturaleza.

E) Eje jurisprudencial actos de gestión-actos de autoridad

En la historia del derecho administrativo venezolano, se ha echado mano a la teoría del acto de gestión-acto de autoridad para excluir o incluir determinados actos de la Administración Pública del control jurisdiccional. En tal sentido, se presenta una línea jurisprudencial oscilante y variable para tales fines, como se indica a continuación.

Estas sentencias son las dictadas en los fallos de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, recaídos en los casos Leopoldo Díaz Bruzual, de julio de 1985; Fetraeducación de junio de 1986; Banco República de noviembre de 1986, y Asociación Nacional de Supermercados y Afines (ANSA) de marzo de 1987.

Al respecto, y siguiendo esa línea jurisprudencial, en el caso Díaz Bruzual de julio de 1985, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, consideró que el Presidente de la República podía destituir al Presidente del Banco Central de Venezuela porque tal destitución era un acto de gestión privada de los derechos patrimoniales de la República, por cuanto en tal destitución el Presidente de la República, a pesar de haber actuado formalmente mediante un Decreto, en realidad actuó, como representante de las acciones de la República en el capital del Banco Central de Venezuela, y por consiguiente de manera plenipotenciaria, quedando tal Decreto sin control jurisdiccional contencioso administrativo.

En el caso Fetraeducación de junio de 1986, se confirmó esta tendencia, por cuanto que la decisión operativa del Ministro de Educación de descontar de los días de salario de los maestros que habían ido a una huelga, no fue un acto de autoridad administrativa, sino un acto de gestión de naturaleza distinta a la administrativa, de tal funcionario. Así lo dispuso el fallo: “por todo lo expuesto, concluye la Sala que su competencia y la de los otros órganos de la jurisdicción-administrativa en lo atinente a los recursos contencioso administrativos de anulación ha de quedar circunscrita al conocimiento de las pretensiones que se dirijan a impugnar los actos emitidos por los órganos de la Administración Pública en ejecución de normas de Derecho Administrativo, y, por consiguiente, se encuentran excluidos del control de esa misma jurisdicción los actos de la Administración Pública emitidos con arreglo a

otras ramas del ordenamiento jurídico positivo (civil, mercantil, laboral, etc.).”.

Esta tendencia, a considerar excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos de gestión de la Administración Pública comenzó a ser revertida con el voto salvado del Magistrado Luis Enrique Farías Mata, en el caso Banco República de noviembre de 1986, fallo en el cual la mayoría ratificó lo decidido en el caso Fetraeducación, pero en el mencionado voto salvado se indicó sobre el tema debatido (la competencia del Ministerio del Trabajo, como organismo ejecutor de la legislación laboral), que tal materia debía ser conocida por el recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa.

Como claramente quedó dicho en el mencionado voto salvado: “Finalmente, aparte del natural deber de dejar expuesta su opinión disidente, aspira el Magistrado autor del presente voto salvado a que para el futuro se produzca la necesaria rectificación del criterio, hoy sustentado por la Sala, pero que debería ser enmendado de aquí en adelante so pena de seguir alterando reglas de competencia de ineludible cumplimiento tanto para los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, como laboral, esta última ahora obligada a pronunciarse por efecto de la presente declinatoria, sobre un acto administrativo emanado del Ministro del Trabajo, impugnado por motivos que sólo descansan en razones atinentes al contencioso: la inmotivación; la desviación de poder; y la violación del procedimiento administrativo establecido por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para que los respectivos funcionarios administrativos produzcan y revisen dicho acto en la vía administrativa interna, antesala ordinaria del contencioso administrativo judicial que compete a esta Corte.”.

Y finalmente, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de marzo de 1987, recaída en el caso Asociación Nacional de Supermercados y Afines (ANSA), en la cual a propósito de un acto emanado del Ministerio del Trabajo se varió de tendencia y expresamente se dispuso “Del modo aquí descrito y señalado el caso de autos propuesto a este Tribunal es de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral. En efecto, no existe hasta ahora planteado un asunto que concreta y específicamente esté vinculado al fondo o contenido mismo de una contratación colectiva, sino a la obligación

genérica, a la orden o mandato impuestas por el Estado a un particular para que emprenda una negociación destinada a suscribir un Contrato Colectivo. Como en el caso de autos se han llenado los requisitos reguladores de competencia exigidos por el citado fallo de esta Corte antes comentado, la tramitación y conocimiento de este recurso contencioso administrativo de anulación dirigido a impugnar un acto emitido por un órgano de la Administración Pública, en ejecución de una norma de Derecho Administrativo, como lo es el Decreto-Ley 440, corresponde a esta jurisdicción y así se declara”.

Como consecuencia de todo lo expuesto se puede concluir que aunque la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, comenzó una tendencia a dejar fuera del control de la jurisdicción contencioso-administrativa determinados actos de la Administración Pública, como consecuencia de la aplicación de la teoría de los actos de gestión, ya desde marzo de 1987 dejó de hacerlo, y por consiguiente tales actos no están excluidos en el control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

F) Los actos de destitución del Presidente de la República

Como es sabido, en el año 1993, en el contexto jurídico del juicio penal iniciado por el Fiscal General de la República para determinar un supuesto peculado y malversación genérica de fondos imputados al Presidente Constitucional de la República de Venezuela ciudadano Carlos Andrés Pérez, al ser declarado con lugar el antejuicio de mérito correspondiente por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por mandato de ley se produjo la suspensión senatorial por falta temporal en el ejercicio del cargo, mas no la pérdida de la titularidad del mismo. Sin embargo, por acuerdo del Congreso dictado el 31 de agosto de 1993, sin ningún fundamento jurídico este órgano declaró que “debe considerarse como falta absoluta” la del Presidente de la República suspendido, ciudadano Carlos Andrés Pérez, sin que hubiese existido para el momento una sentencia condenatoria de fondo, definitivamente firme, que determinase su culpabilidad, y quedó entonces el Presidente destituido de la Primera Magistratura.

Contra el referido acto individual o sustancialmente administrativo del 31 de agosto de 1993, el ciudadano Carlos Andrés Pérez, con toda

humildad, en fecha 02 de septiembre de ese mismo año, interpuso de conformidad con los artículos 1º, 2º, 5º y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales: “acción de amparo conjuntamente con el recurso de nulidad previstos en los artículos 121 y 42 ordinal 11 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contra el acto emanado del Congreso de la República de Venezuela de fecha 31 de agosto de 1993, en el cual se declaró, de manera inconstitucional, que la falta temporal en el ejercicio de la Presidencia de la República por la suspensión senatorial, de la cual fui objeto pasara a ser una falta absoluta”. La conversión de esta falta temporal en falta absoluta, hecha inconstitucionalmente, produjo como se señaló la destitución del Presidente de la República y él como un ciudadano respetuoso de las leyes, introdujo el mencionado recurso de nulidad, conjuntamente con amparo constitucional, ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, contra el referido acto administrativo emanado del Congreso, es decir de la Cámara del Senado y de la Cámara de Diputados, reunidas en sesión conjunta. Hasta ese momento la jurisprudencia pacífica sobre la recurribilidad en el contencioso administrativo de los actos administrativos individuales del Congreso, iba en el sentido de que la competencia para conocer de los mismos era de la Sala Político-Administrativa del alto Tribunal. Sin embargo, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, cambió radicalmente de criterio y pasó los autos a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, quien no decidió sobre el recurso antes de que culminara el período presencial para el cual había sido electo el Presidente Pérez; con lo cual ese específico y concreto acto de destitución quedó sin control jurisdiccional.

En palabras del mismo fallo de septiembre de 1993, quedó escrito para la historia y para la teoría de los actos excluidos del control contencioso administrativo en Venezuela, lo siguiente “Así mismo, nuestra doctrina ha sido más bien proclive a la aceptación de la tesis del proyectista, mas no unánime al respecto; pero, querámoslo o no, esa tesis ha venido inspirando a la jurisprudencia Suprema, emitida en Pleno o en Salas. No obstante, con ocasión del caso de autos, la Sala Político-Administrativa disintiendo del criterio del recurrente y accionante y de la tesis de los proyectistas; observa: ... omissis” (y

sigue una argumentación contraria a la jurisprudencia dominante hasta entonces, en la cual se da un gran viraje y se sostiene por criterios formales, mas no sustanciales o materiales, que el acto administrativo por el cual se destituyó al Presidente Pérez, no era recurrible ante la Sala Político-Administrativa, sino ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, quien no decidió en tiempo hábil sobre el recurso propuesto, y tal acto, quedó excluido del control de lo contencioso administrativo).

III. CONCLUSIONES

1. Todos los actos administrativos en un momento dado fueron considerados, en derecho venezolano, como excluidos de la jurisdicción contencioso administrativa, fueron posteriormente incluidos en ella.
2. El único acto excluido del control de lo contencioso administrativo en Venezuela fue el acto de destitución del Presidente Carlos Andrés Pérez dictado por el Congreso de la República, quien por lo demás vio violado su derecho humano fundamental consagrado en el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a que el recurso que introdujo contra su acto de destitución fuese conocido por el Tribunal competente y fuese decidido en tiempo hábil.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL DR. RAFAEL BADELL MADRID
EN LA SESIÓN ORDINARIA DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EL DÍA 03 DE MAYO DE 2022, CON MOTIVO
DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO DEL
PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE**

El 2 de mayo de 2022 falleció, a los sesenta y dos años de vida, nuestro querido amigo el académico Henrique Iribarren Monteverde. Apenas en la tarde de ayer, horas después de su fallecimiento, en la reunión de Junta Directiva de esta Corporación, el presidente, la secretaria y demás miembros de la Junta Directiva me pidieron tomar la palabra en la sesión de hoy, martes 3 de mayo, para rendir homenaje al valioso numerario hoy ausente.

Henrique Iribarren Monteverde nos dejó repentinamente, inesperadamente. La noticia de su fallecimiento hace menos de veinticuatro horas todavía nos conmueve, aturde y estremece. No ha pasado tiempo suficiente desde el muy lamentable fallecimiento de nuestro querido Henrique Iribarren para poder articular, pensar y escribir unas palabras desde la razón, desde el pensamiento sereno y justo; de forma que sólo desde el corazón tomo la palabra el día de hoy para manifestar nuestro aprecio, respeto y admiración profunda a nuestro querido amigo numerario Henrique Iribarren Monteverde.

Espero con vehemencia que mis muy modestas palabras representen el pensamiento de todos los académicos.

Henrique Iribarren Monteverde era querido y admirado por todos los miembros de esta Corporación. Sus extraordinarias condiciones personales e intelectuales nos hacía todos muy cercanos a él. Entre sus compañeros de academia su partida repentina deja un enorme estela de dolor, asombro, lamento y tristeza. Estoy seguro que ese el sentir de toda la academia.

Henrique Iribarren Monteverde era, principalmente un hombre brillante, con una particular sensibilidad, humildad, generosidad y cortesía con todos.

Un grupo de académicos fueron sus profesores, desde donde conocieron su excepcional talento y, luego a través del tiempo se hicieron

sus amigos cercanos: James Otis Rodner, Enrique Urdaneta Fontiveros, Salvador Yannuzzi, Julio Rodríguez y León Henrique Cottin.

Henrique Iribarren Monteverde fue discípulo dilecto del maestro de maestros, flamante miembro de esta Corporación: Dr. Luis Henrique Farías Mata. A sus veintitrés años, Henrique encontró en Farías Mata a su mentor. Solía decir, en privado, en público y por escrito, que era para él su padre. Así lo dijo y dejó escrito en su discurso de incorporación y de nuevo, en la sesión del 7 de agosto de 2018, cuando despedimos al Maestro Farías Mata, quien había muerto en Porlamar cinco días antes.

Asimismo, dijo del Maestro Farías Mata que *“fue más que un sabio, es un “hombre de conocimiento” que ha trascendido su mera existencia física, porque venció sus miedos; hizo lo correcto con lucidez; no ejerció el poder con arbitrariedad, autolimitándose; y hasta sus últimos momentos terrenales en sus libros, sus dictámenes, sus sentencias, los muchísimos alumnos que formó y sus profundas enseñanzas de vida, superó a la vejez misma”*¹.

Otro grupo de académicos, yo estoy felizmente allí, fuimos sus amigos desde los estudios en la Universidad Católica Andrés Bello. El destino me puso cerca de Henrique Iribarren Monteverde. Hace cuarenta y cinco años, el primer día de clases en la Universidad Católica Andrés Bello, encontré que el único pupitre para zurdos en el aula donde tendríamos clases de Introducción al Derecho con el Padre Olaso, estaba justo al lado de donde él estaba sentado. Lo ocupé y allí se originó nuestra primera conversación. Desde ese día y hasta ayer nos unió una amistad muy especial.

Henrique Iribarren Monteverde fue, desde muy joven, un hombre comprometido con la excelencia en todo. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, fue el número uno de nuestra promoción en 1982. Apenas con seis meses de graduados de abogados coincidimos Henrique y yo en las Jornadas de Barquisimeto Domínguez

¹ Véase Henrique Iribarren Monteverde, “Palabras pronunciadas por el Prof. Henrique Iribarren Monteverde en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 07 de agosto de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Dr. Luis Henrique Farías Mata”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 157, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. pp. 2016-2020. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2018/BolACPS_2018_157_2016-2020.pdf

Escobar, dedicadas ese año, 1983 por primera vez, al Contencioso-Administrativo y coordinadas por Farías Mata.

Eran tiempos en los que la jurisprudencia tenía un valor fundamental. En efecto, a partir de la Constitución de 1961 y a falta de una ley formal que regulara y desarrollara el contencioso administrativo, a través de la jurisprudencia se fue construyendo este método de control del ejercicio del poder. Luego, el 1° de enero de 1977 entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, redactada bajo la coordinación del Magistrado Martín Pérez Guevara, y cuyas disposiciones referidas al contencioso fueron influenciadas por el Maestro Farías Mata. Esta ley, significó una contribución enorme a la justicia administrativa en Venezuela.

Es necesario también resaltar la importancia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que a partir de enero de 1982 comenzó a regular, por primera vez en Venezuela, los principios del procedimiento administrativo; el acto administrativo, sus elementos y régimen de nulidades; el procedimiento general y especial de formación del acto administrativo; el régimen de impugnación y revisión de las decisiones de la administración, sus efectos y consecuencias. A tener en cuenta que esta no es sólo una ley de procedimiento desde que se refiere, también, a principios y conceptos de la actuación administrativa.

De modo que las Jornadas Domínguez Escobar tenían una importancia fundamental; comprobar en la jurisprudencia la aplicación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la de Procedimientos Administrativos.

Volvimos juntos, a los diez años, en 1993, de nuevo a estudiar los avances del contencioso administrativo; luego a los veinte años, en 2003; también a los 30 años, en el 2013, siempre con Farías Mata cerca, pero esta vez a estudiar la involución de esta jurisdicción administrativa, encargada de controlar la legalidad del ejercicio del poder.

En las últimas dos semanas tuve tres reuniones con mi querido amigo Henrique. Los dos últimos miércoles nos reunimos para trabajar en el Boletín de la Academia abril-junio, que estamos preparando en homenaje a Farías Mata y el jueves pasado, hace apenas unos días, nos reunimos para empezar a organizar los cuarenta años de estas Jornadas Domínguez Escobar, el próximo año 2023; de nuevo dedicadas al

contencioso administrativo, todavía en franca involución y esta vez, no coordinadas por Farías Mata, sino en su homenaje.

Queríamos continuar el legado de Farías Mata de hacer que cada diez, 1983, 1993, 2003, 2013 y 2023, las Jornadas Domínguez Escobar fueran dedicadas al contencioso administrativo.

La búsqueda constante de la excelencia llevó a Henrique Iribarren a ser brillante en sus estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en Francia en la Universidad de París II donde obtuvo con mención honorífica el Diploma Superior de la Universidad y el Diploma de Estudios Profundos Especialización en Ciencias Administrativas. Fue alumno de Roland Drago, Claude Goyard y Jean Luis De Corail.

De allí en adelante cultivó con disciplina el método racional o cartesiano. A su regreso de Francia, muy joven fue designado Abogado jefe y luego Director de Asesoría del Estado de la Procuraduría General de la República, donde tuvo una brillantísima y muy destacada actuación en defensa de los intereses de la República. Allí nos reencontramos. Yo ocupaba el cargo de asistente del Procurador General de la República y luego fui designado Director de Contencioso Administrativo.

Henrique cultivó con pasión y entrega el derecho administrativo y allí tuvimos otro punto de coincidencia que nos mantendría siempre unidos.

En su vida personal, durante sus cuarenta años de ejercicio profesional, como abogado en ejercicio, árbitro, en sus escritos y en su obra jurídica y como profesor, Henrique Iribarren cultivó la amistad, el respeto personal e intelectual de todos los miembros de esta Corporación. De los que están presentes hoy y de quienes no están.

Henrique Iribarren Monteverde manifestaba siempre un gran respeto por todos sus colegas, amigos y los numerarios de esta Corporación y era especialmente cuidadoso y detallista en las relaciones personales.

Henrique Iribarren Monteverde fue un brillante, reconocido y muy querido profesor de derecho administrativo II en la Universidad Católica Andrés Bello. En mi condición de profesor de derecho administrativo I y de derecho procesal administrativo y, luego, constitucional hicimos muchos eventos juntos en nuestra alma Mater. Realizamos clases compartidas, llevamos a nuestras aulas a invitados especiales y llevamos adelante trabajos de grupo.

Henrique Iribarren Monteverde se incorporó a esta Academia, hace nueve años, el 7 de mayo de 2013, para ocupar el sillón No. 18 en sustitución del académico José Luis Aguilar Gorrondona², con un brillante estudio sobre “El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano”³.

Fue recibido por el académico Humberto Romero Muci, quien con gran elegancia y acierto ponderó los atributos del recipiendario⁴. Romero-Muci señaló que “Nuestro recipiendario ha hecho de la docencia del derecho administrativo un apostolado y desde su cátedra la promoción de la práctica comunicativa del diálogo, de la razón, de la argumentación, abierto a una visión plural y multidisciplinaria de su realidad. Prueba fehaciente de la anterior afirmación es el testimonio de muchos de sus discípulos. Su objetivo en la cátedra es tratar de compartir todo su conocimiento con sus alumnos, no dejar nada a oscuras, orientarlos para que sean iguales o mejores que él”⁵.

Henrique Iribarren Monteverde, dijo Romero-Muci, es “además poseedor de una enorme sensibilidad, lo que constituye uno de sus atractivos vitales y una de sus mayores debilidades. Esa sensibilidad, consecuencia de su gran inteligencia, lo ha llevado a situaciones personales delicadas. Asume, como suelen hacerlo los creyentes, los casos, los afectos y los problemas con absoluta pasión y con desmesurada

² Para un estudio completo del sillón No. 18 de la Academia véase Henrique Iribarren Monteverde, “Historia del Sillón No. 18”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 163, 2021. 85° Aniversario (1936-2021), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. Pp. 395-411. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/11/Boletin-Nro.-163-85-ANIVERSARIO-1.pdf>. El sillón No. 18 ha estado ocupado por siete académicos: Raúl Crespo Vivas, Enrique Urdaneta Maya, José Antonio Tagliaferro, Francisco Vetancourt Aristiguieta, José Loreto Arismendi (Hijo), José Luis Aguilar Gorrondona y Henrique Iribarren Monteverde.

³ Henrique Iribarren Monteverde, “Discurso de incorporación del Prof. Henrique Iribarren Monteverde a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 07 de mayo de 2013”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 152, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013. pp. 461-483. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/INCORPORACION-232.pdf>

⁴ Véase Humberto Romero-Muci, “Discurso de contestación a la incorporación del Dr. Henrique Iribarren Monteverde a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 152, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013. pp. 487-499. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/CONTESTACION-232.pdf>

⁵ *Ibidem*, p. 493.

confianza, lo que por demás lo convierte en un gran abogado. Da la vida por sus querencias, por su familia, por sus hermanos, por sus amigos, por sus clientes, por sus creencias, sean políticas o de otra naturaleza, y sufre luego por las consecuencias de esa solidaridad, cuando las cosas no se dan como él las ha previsto. Digamos que es un hombre apasionado”⁶.

Henrique Iribarren Monteverde deja una obra escrita fundamental para el derecho administrativo en Venezuela. Escribió sobre el acto administrativo, contratos administrativos, responsabilidad del estado, contencioso administrativo y otros temas fundamentales del derecho administrativo. Entre sus numerosas publicaciones podemos mencionar las siguientes:

1. “Algunas consideraciones acerca del procedimiento inquilinario y en especial sobre la naturaleza del tribunal de Apelaciones de Inquilinato”, En Revista de Derecho Público N° 22, abril-junio 1985, Caracas, pp. 62 a 89.
2. “La intervención de la Procuraduría General de la República en el contencioso administrativo”, En Libro Homenaje a la Procuraduría General De La República, Caracas, 1986, pp. 173 a 208.
3. “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena Jurisdicción?, En Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, No. 1, Caracas, 1986, pp. 173 a 208.
4. ¿Es posible incorporar en el sistema gubernativo venezolano una estructura administrativa como la del “Primer Ministro” peruano?, En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 38, Caracas, julio- diciembre de 1987, pp. 161 a 183.
5. “La venta de las acciones hecha por la sociedad cuando el accionista no las ha cancelado totalmente”, En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 37, enero-julio 1987, Caracas, pp. 441 a 523.
6. “De la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso administrativo de anulación por obra de la

⁶ Ibidem, p. 497.

- jurisprudencia”, En Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N° 2, 1987, Caracas, pp. 133 a 170.
7. “Notas sobre la exención de impuestos a las actividades agropecuarias”, En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Nros. 39-40, Caracas, enero-diciembre de 1988, pp. 462 a 499.
 8. “La usucapabilidad de las tierras baldías en la jurisprudencia reciente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”, En Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N° 3, 1988, Caracas, pp. 165 a 174.
 9. “El recurso de casación contra algunas de las sentencias que dicta la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”, En Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N° 3, 1988, Caracas, pp. 81 a 112.
 10. “Notas sobre algunos problemas jurídicos derivados de la adopción del Decreto N° 76 y del Convenio Cambiario N° 1”, En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 43, Caracas 1991, pp. 253 a 275.
 11. “El Contencioso de los contratos administrativos”, En la obra colectiva Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 a 266.
 12. “La Responsabilidad Administrativa Extracontractual”, En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 44, Caracas 1992, pp. 135 a 172.
 13. “Legitimación para Recurrir en el Contencioso Administrativo”; En Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela, Tomo I, <XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar>, Barquisimeto, 1993 Tomo I, pp. 131 a 150.
 14. “La noción República en Francia y en Venezuela”, En El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano, UCAB, Caracas, 2000, pp. 393 a 402.
 15. “Las partes en el proceso Contencioso Administrativo”; En Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo XXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar, <en homenaje a la memoria del Dr. Eloy Lares Martínez>, Barquisimeto, 2003, pp. 151 a 176.

16. “Notas sobre el régimen que disciplina el artículo 28 de las <Normas de evaluación y concursos de oposición para el ingreso y permanencia en el poder judicial del 14 de marzo de 2000>”; En Revista de Derecho Administrativo, Nro. 17, septiembre/diciembre 2003, Caracas, pp. 111 y 119.
17. “Estudios de Derecho Administrativo”, Ediciones Liber, Caracas, 2004.
18. “El principio de la legalidad de los actos del Poder Público y el proceso constituyente de 1999 en Venezuela”. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, enero-diciembre 2006, No. 144, Caracas, pp. 89 a 104.
19. “El contencioso de la Responsabilidad Administrativa Extracontractual”, En Derecho Contencioso Administrativo, <libro homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata>, Barquisimeto 2006, pp. 319 a 349.
20. “El régimen venezolano (paradójicamente clásico) de la responsabilidad administrativa extracontractual”, Ediciones Liber, Caracas, 2006.
21. “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la Teoría de la Imprevisión”, En Tomo I del Congreso Internacional de Derecho Administrativo, en homenaje al profesor Luis H. Farías Mata, Caracas 2006, pp. 140 a 173.
22. “La potestad sancionatoria de la Administración Pública en la Ley de Reconversión Monetaria”, En La reconversión monetaria, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N.º 24, Caracas, 2007, pp. 127 a 144.
23. “Notas sobre la Supra inconstitucionalidad de base de una enmienda que permita la reelección indefinida del Presidente de la Republica en Venezuela”, En colaboración con Nelson Socorro, en Anuario de Derecho Público, año 2008, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2009, pp. 69 a 73.
24. “El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el derecho público venezolano”. Discurso de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013.

25. “La teoría del contrato administrativo en la obra de Eloy Lares Martínez”, en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 152. Caracas, 2013, pp. 119-132.
26. “Opinión pública y soberanía nacional”, Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.
27. “Los contratos administrativos y las condiciones generales de contratación en el pensamiento de Gabriel Ruan Santos // Iribarren Monteverde, Henrique”, Liber Amicorum. Homenaje a Gabriel Ruan Santos. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2018.
28. La “teoría del contrato administrativo” en el pensamiento de Luis Henrique Farías Mata. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N.º 159 – julio-diciembre 2019. Pp. 287-301.
29. El concepto de sociedad civil a la luz de la Constitución de Venezuela y de la teoría general del Estado, Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.
30. “¿Existen actos administrativos excluidos del control de la legalidad en el ordenamiento jurídico venezolano?”, Libro homenaje al doctor Pedro Nikken, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, .—Caracas, 2021.
31. “El documento público administrativo”. En Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. pp. 999 – 1010.
32. “Historia del Sillón No. 18”, en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 163, marzo 2021. 85° Aniversario (1936-2021), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. Pp. 397-411.

Henrique nos ayudó en la coordinación del libro Homenaje a la Dra. Cecilia Sosa Gómez y produjo para ese libro homenaje un denso y

muy original estudio sobre el valor probatorio del documento administrativo. El asunto es de importancia fundamental si se tiene en cuenta que sobre el tema no existen derecho positivo alguno, sino solo orientaciones jurisprudenciales que indican que el documento administrativo es una categoría especial de documentos público que tiene algunas características del documento público y otras del documento privado. Henrique Iribarren era genial en el arte de extraer de las sentencias su esencia y contenido directo y el implícito también.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está de luto hoy por la desaparición física de un notable académico. De un académico que enalteció esta Corporación con su trabajo serio y reflexivo; con su conducta personal sabia, digna y proba. Con sus valores y convicciones democráticas y respetuosas del estado de derecho.

Hoy el Sillón No. 18 queda nuevamente vacante. Todos debemos sentirnos muy orgullosos del paso de Henrique Iribarren Monteverde por esta Corporación. Celebremos su legado. El nombre de Henrique Iribarren Monteverde queda para siempre unido al acervo moral de esta Corporación.

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales manifestamos nuestras sentidas palabras de condolencias a su esposa Constanza Quevedo, cuyo amor fue esencial en su vida como lo dejó escrito Henrique en su discurso de incorporación a la Academia, a sus hijos Henrique, Francisco, Valentina, Carmela y Aitor; a sus hermanos, sobrinos y demás familiares y amigos y a su socio y hermano mayor, como él lo llamaba, Nelson Socorro Caldera.

Gracias.

**BREVES PALABRAS SOBRE EL PROCESO
DE FORMACIÓN DE LA ORDENANZA
SOBRE LA CONDECORACIÓN MUNICIPAL
POR EL DÍA DEL ABOGADO
“HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE”.**

PROF. ROSNELL V. CARRASCO BAPTISTA*

* Abogado. Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2010), ocupando el tercer puesto de la promoción. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo UCAB (pregrado), y de la materia Derecho Público Económico, en la especialización de Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana (Unimet). Actualmente cursa el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) en la Universidad Monteávila. Abogado en el escritorio jurídico Socorro & Iribarren (2010-2018), y actualmente socio del escritorio jurídico Iribarren, Carrasco y Asociados.

En estas líneas, pretendemos exponer de manera apretada el proceso de elaboración de esta ordenanza, las razones que la inspiraron, que justifican que hoy lleve el nombre de quien con esta publicación es homenajeado, y quien me hizo el inmenso honor de hacerme su asistente, posteriormente su socio, y amigo; y quien con sus enseñanzas y guía, ha dejado una huella profunda, e imborrable convirtiéndose en un padre para mí.

En fecha 25 de agosto de 2022, fue publicada en la Gaceta Municipal número 209-08/2022 Extraordinario, la Ordenanza Sobre la Condecoración Municipal por el día del Abogado “Henrique Iribarren Monteverde”.

Este instrumento normativo, nació como una iniciativa de la Sindicatura Municipal de Baruta, que puso de manifiesto la necesidad de crear un reconocimiento a la labor de los abogados, quienes en los últimos años han tenido que ejercer la profesión en condiciones extremadamente adversas, por el deterioro sistemático del Estado de Derecho en el país.

De esta manera, condecorar a profesionales del Derecho, constituye una FORMA de resaltar el trabajo científico, honesto, profesional y ético de muchos abogados, que a pesar de un entorno tan crítico, siguen siendo ejemplo de civilidad, y de honradez, quienes con su trabajo se han convertido en verdaderos guardianes de la justicia y de la seguridad jurídica, a pesar de las difíciles condiciones institucionales.

En efecto, con esta condecoración se pretendió dar un paso, pequeño, pero firme, en el camino de la reconstrucción del Estado de Derecho en nuestro país. Es importante señalar que con estas intenciones, y pretendiendo preparar un borrador a la brevedad, en el mes de abril del corriente año me fue encomendada, en mi condición de asesor externo de la Sindicatura, la labor de preparar un proyecto que cumpliera con la finalidad propuesta.

Luego de haber cumplido con la misión encomendada, pensé en la pertinencia de darle mayor fuerza a la iniciativa, agregando a la ordenanza el nombre de algún abogado insigne de la República que con su correcto quehacer jurídico y su ejemplo de civismo, resaltara la contundencia del mensaje que se pretendía transmitir.

De esta manera, debíamos iniciar la búsqueda no sólo de un abogado insigne, sino además que fuera Baruteño. De manera que, lo primero fue revelar las características que este abogado debía tener.

De manera pues que nos pareció sensato que se tratara de alguien que hubiera cultivado el derecho público con devoción, que hubiera ejercido la función pública con responsabilidad, que hubiera cultivado la docencia, y en consecuencia que hubiera formado varias generaciones de abogados, y que hubiera ejercido la abogacía con pasión, pero también con rectitud.

Examinadas las mencionadas condiciones, no podía haber mejor candidato que Henrique Iribarren Monteverde, quien falleciera en Caracas el 02 de mayo de 2022, y cuyos méritos, al menos para nosotros resultaban contundentemente incuestionables.

Esta opinión sería compartida por los abogados que ejercen la profesión y prestan su servicio en la Sindicatura Municipal de Baruta, especialmente por la abogada Sairy Rodríguez, adjunta al Sindico, y María de los Ángeles Bermúdez, actual Síndico Procurador del municipio Baruta, quienes de inmediato respaldaron la idea, y para quienes en este acto tengo una palabra de agradecimiento sincero, por haber acogido la propuesta de manera tan decidida, y quienes tendrán siempre mi mayor afecto y respeto personal y profesional, porque con sus ejecutorias diarias son ejemplo de servicio y paradigma del buen funcionario público al servicio de los ciudadanos, justamente lo que la ordenanza pretende destacar y mostrar. Ellas son ejemplo de que una Administración Pública diferente, y mejor, es posible.

Igual agradecimiento a los miembros concejales del Concejo Municipal, quienes tuvieron a bien respaldar la ordenanza y consideraron igualmente la idoneidad de Henrique Iribarren Monteverde, para representar todos los valores cívicos que la ordenanza pretende resaltar y transmitir.

Especial mención debe hacerse del destacado tributarista y profe-

sor el Dr. Leonardo Palacios, quien en su condición gremial, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas, apenas conocer la iniciativa, no dudo en apoyarla, por lo que durante la etapa de consulta pública remitió al Concejo Municipal una comunicación, ratificando el proyecto, y la decisión de que llevara por nombre el de un jurista como Henrique Iribarren Monteverde, a quien hoy celebramos.

Por último, no podemos dejar de decir que Henrique Iribarren Monteverde fue un gran jurista, pero también ciudadano ejemplar, y un mejor ser humano; por lo tanto que su memoria, unida por siempre al municipio Baruta, por obra de esta ordenanza, sea un recordatorio no sólo de la importancia que tiene la profesión que con orgullo ejercemos, sino también el inicio de una nueva tradición, que permita abandonar las heroicidades militares de ayer, para reconstruir un país, a la luz de los logros y esfuerzos de figuras destacadas de la sociedad civil.

**ORDENANZA SOBRE LA CONDECORACIÓN
POR EL DÍA DEL ABOGADO
"HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE"**

GACETA MUNICIPAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA MUNICIPIO BARUTA

A LOS VEINTICINCO DÍAS DEL MES DE AGOSTO DE 2022
AÑO 211 DE LA INDEPENDENCIA Y 162 DE LA FEDERACIÓN

NÚMERO EXTRAORDINARIO: 209-08/2022 AÑO: MMXXII
MES: 08

REFORMA PARCIAL DE LA ORDENANZA SOBRE GACETA MUNICIPAL ARTÍCULO 8°, PARÁGRAFO ÚNICO: “LAS ORDENANZAS, REGLAMENTOS, ACUERDOS, DECRETOS, RESOLUCIONES, DEMÁS ACTOS A LOS QUE SE REFIERE EL PRESENTE ARTÍCULO, DEBERÁN SER PUBLICADOS ANTES DEL DÍA QUINCE (15) DEL MES SIGUIENTE A SU SANCIÓN. DICHA PUBLICACIÓN LES OTORGARÁ AUTENTICIDAD LEGAL Y PRESUNCIÓN DE CONOCIMIENTO PÚBLICO”

EL CONCEJO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO BARUTA DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA, EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL CONFERIDA POR LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN SUS ARTÍCULOS 168, 175, Y 178, EN CONCORDANCIA CON LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 56, NUMERAL 2 Y 95, NUMERAL 1, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL, SANCIONA LA SIGUIENTE:

ORDENANZA SOBRE LA CONDECORACIÓN POR EL DÍA DEL ABOGADO “HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE”

NÚMERO EXTRAORDINARIO:209-08/2022

GACETA MUNICIPAL

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA

MUNICIPIO BARUTA

El Concejo Municipal del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, en ejercicio de la autonomía municipal conferida por la Constitución Nacional en sus artículos 168, 175 y 178, en concordancia con lo previsto en los artículos 56, numeral 2 y 95, numeral 1, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, sanciona lo siguiente:

ORDENANZA SOBRE LA CONDECORACIÓN MUNICIPAL POR EL DÍA DEL ABOGADO "HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE"

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En Venezuela se celebra el día del abogado el 23 de junio de cada año. En esa fecha, se recuerda a los hombres y mujeres que se dedican a la defensa de los derechos e intereses de todos los ciudadanos, y con ello a la procura del correcto funcionamiento del Estado de Derecho en el País.

Es por ello que, algunos Municipios con base en su autonomía local, han optado por crear instrumentos jurídicos para el otorgamiento de reconocimientos y distinciones especiales, con el objeto de honrar el correcto ejercicio de tan noble profesión en la búsqueda incansable de la Justicia.

El Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, siempre se ha caracterizado por el cumplimiento de la Ley y el respeto de los derechos de los baruteños, y de los ciudadanos en general, por lo que considera de la máxima importancia la difusión y estímulo de la ciencia jurídica, como mecanismo para establecer la institucionalidad en el país.

Por lo tanto, se estima conveniente la creación de un reconocimiento o condecoración que anualmente exalte el trabajo honesto y profesional de hombres y mujeres, que se dedican al estudio y aplicación del orden jurídico, así como también a la solución pacífica de los conflictos a través del Derecho.

En este sentido, con la intención de reconocer y resaltar las ejecutorias civiles de los hombres y mujeres de nuevo tiempo, para preservarlas para futuras generaciones, como ejemplo de civilidad, considera esta entidad municipal, que esta distinción o condecoración debe llevar el nombre de un excelso jurista y vecino de nuestro municipio, un hombre verdaderamente ejemplar: El Dr. Henrique Iribarren Monteverde, lamentablemente fallecido en la ciudad de Caracas, en fecha 2 de mayo de 2022.

El Dr. Henrique Iribarren Monteverde, fue abogado, graduado en el año 1982 de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), como el número uno de su promoción. En 1984 obtuvo un diploma de estudios superiores universitarios en la especialidad de Derecho Administrativo en la Universidad de París II (Panteón), y un diploma de estudios avanzados en la especialización de Ciencias Administrativas de la mencionada universidad.

Fue un destacado profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, por concurso de credenciales desde 1985, llegó a ocupar la categoría de Profesor Asociado. Además, fue reconocido por los estudiantes al nombrarlo padrino de varias promociones de abogados.

Igualmente, fue un prolijo escritor y autor de una sólida obra académica en ese campo de la ciencia jurídica. Escribió alrededor de treinta artículos jurídicos y tres libros en el área del Derecho Administrativo. Ejerció importantes cargos públicos, en los que se destacó por su impecable manejo de los asuntos jurídicos bajo su responsabilidad. En efecto, ejerció como Director de Asesoría del Estado de la Procuraduría General de la República, Consultor Jurídico del antiguo Congreso de la República, Vicepresidente y Consultor Jurídico del Banco de Venezuela y abogado auxiliar relator de sentencias de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia.

En el ejercicio privado de su profesión, también se destacó como socio de la firma Socorro & Iribarren, desde donde asesoró a importantes grupos empresariales, siempre con éxito, pero sobre todo con integridad.

Todos esos méritos humanos, académicos y profesionales lo llevaron a ocupar el sillón N° 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL), desde el 20 de septiembre de 2011 hasta la fecha de su fallecimiento.

Lo anterior da cuenta de un hombre dedicado, no solo a la ciencia jurídica, sino también nos habla de un ciudadano y abogado ejemplar, que dedicó su vida al trabajo, especialmente como profesor y docente universitario, además de un experimentado jurista, que en el ejercicio de su profesión, combinaba su profunda cultura jurista, con la prudencia de quien por muchos años defendió los más altos intereses de la República.

Sobre Iribarren se dijo en su acto de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que fue "un hidalgo caballero y un insigne luchador por y para el derecho. Prudente y serio. Sus armas son la pluma y la palabra. Siempre se ha ganado el respeto de sus contrincantes, incluso en los más feroces lances judiciales y arbitrales".

Todas estas cualidades las podemos condensar en la siguiente afirmación, Henrique Iribarren Monteverde, fue un baruteño probo, y es ese ejemplo el que esta entidad municipal quiere preservar para los hombres y mujeres de este Municipio, especialmente para aquellos que tienen sobre sus hombros, la responsabilidad de resolver conflictos jurídicos.

Es por todas estas razones que, el Municipio Baruta se siente honrado con la creación de la Condecoración Municipal por el Día del Abogado "Henrique Iribarren Monteverde". Esta Ordenanza se estructura en tres (03) títulos, contentivos de diez (10) artículos.

El título I, contiene las disposiciones generales relativas al objeto, finalidad, fecha de celebración, y requisitos para el otorgamiento de esta distinción.

El título II, contiene el procedimiento para el otorgamiento de este reconocimiento, al establecer con precisión quienes tienen la iniciativa para postular abogados y abogadas para recibir la condecoración, y las

formalidades tanto para la selección definitiva por parte de los miembros del Concejo Municipal, como del diploma que se entregará a cada ciudadano que reciba esta distinción.

Por último, el título III que desarrolla las disposiciones transitorias, estatuye que en el primer acto de entrega de esta distinción se otorgue post mortem al Dr. Henrique Iribarren Monteverde, por intermedio de sus familiares. Además, se agrega una disposición relativa a las condecoraciones a ser entregadas para el 2022.

ORDENANZA SOBRE LA CONDECORACIÓN MUNICIPAL POR EL DÍA DEL ABOGADO “HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE”

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Objeto

Artículo 1. La presente Ordenanza tiene por objeto regular lo concerniente a la creación, requisitos y procedimientos para el otorgamiento de la Condecoración Municipal por el Día del Abogado “Henrique Iribarren Monteverde”.

Finalidad

Artículo 2. La condecoración Municipal por el Día del Abogado “Henrique Iribarren Monteverde”, tiene como finalidad reconocer y promover la labor de los profesionales del Derecho, especialmente de aquellos que se dediquen al estudio y desarrollo del derecho público, contribuyendo con ello al fortalecimiento del Estado de Derecho.

Fecha

Artículo 3. La Condecoración Municipal por el Día del Abogado “Henrique Iribarren Monteverde”, será entregada en acto solemne, por el Alcalde conjuntamente con el Concejo Municipal del Municipio Baruta, en junio de cada año, mes en el que se celebra el Día del Abogado en Venezuela.

Requisitos para su otorgamiento

Artículo 4. La Condecoración Municipal por el Día del Abogado "Henrique Iribarren Monteverde", podrá ser otorgada a abogados egresados de Universidades de la República Bolivariana de Venezuela. Para ser acreedor de este reconocimiento será necesario, además que el aspirante cumpla con algunos de los siguientes requisitos:

- a) Ser ciudadano de reconocida honorabilidad.
- b) Tener más de cinco (05) años de graduado.
- c) Ser profesor universitario o haber ejercido cargos públicos en la Administración Pública Municipal.
- d) Contribuir con su labor al correcto funcionamiento de las instituciones del País, el mejoramiento del Sistema de Justicia o la defensa de valores democráticos a través del ejercicio del Derecho.

TITULO II PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA CONDECORACIÓN

Iniciativa

Artículo 5. El Alcalde del Municipio Baruta, el Presidente del Concejo Municipal de Baruta y demás concejales, y el Síndico Procurador Municipal, dentro de los diez (10) primeros días hábiles del mes de abril, podrán proponer candidatos para recibir la Condecoración Municipal por el Día del Abogado "Henrique Iribarren Monteverde".

Aprobación de la lista definitiva

Artículo 6. El Concejo Municipal de Baruta en la primera sesión inmediata, posterior al recibo de las listas de candidatos propuestos, aprobará mediante acuerdo por mayoría simple, la lista definitiva de aquellos ciudadanos que recibirán la Condecoración Municipal por el Día del Abogado "Henrique Iribarren Monteverde", pudiendo excluir mediante acto motivado aquellos que considere que no cumple los requisitos previstos en el artículo 4 de la presente Ordenanza.

Características de la condecoración

Artículo 7. La Condecoración Municipal por el Día del Abogado "Henrique Iribarren Monteverde", consistirá en un diploma que se entregará a los abogados reconocidos, en el que se dejará constancia de sus méritos. En el acto solemne en el que se entregue esta condecoración, también se entregará copia de la Gaceta Municipal en la que se publique el acuerdo emanado del Concejo Municipal que otorga la mencionada distinción.

TÍTULO III DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Entrega post mortem

Artículo 8. Se ordena que la primera Condecoración Municipal por el Día del Abogado, sea entregada post mortem al Dr. Henrique Iribarren Monteverde, por lo que el primer acto solemne en que se conceda esta condecoración se deberá hacer entrega del correspondiente diploma a sus familiares.

Condecoración para el año 2022

Artículo 9. Durante el año 2022 las condecoraciones a las que se refiere esta Ordenanza, serán entregadas en el mes siguiente a la entrada en vigencia del presente instrumento normativo, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el Título II.

Vigencia

Artículo 10. Esta Ordenanza entrará en vigencia a partir de su publicación en Gaceta Municipal.

Dado, firmado y sellado en el Salón de Sesiones del Concejo Municipal del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, a los dieciséis (16) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022).

Años 212º de la Independencia y 163º de la Federación.

LUIS EDUARDO AGUILAR

PRESIDENTE DEL CONCEJO MUNICIPAL DE BARUTA

ZARIXA PINANGO
SECRETARIA MUNICIPAL

República Bolivariana de Venezuela

Estado Bolivariano de Miranda

Municipio Baruta

Publíquese y Ejecútese.

BARUTA 25 DE AGOSTO DE 2022

DARWIN GONZÁLEZ
ALCALDE DE MUNICIPIO BARUTA

EVENTOS

**LOS 20 AÑOS DE VIGENCIA
DEL ESTATUTO DE ROMA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
EN HONOR A ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ
POR EL «PREMIO ALMA MATER»
DE LA ASOCIACIÓN DE EGRESADOS
Y AMIGOS DE LA UNIVERSIDAD
CENTRAL DE VENEZUELA
01 DE JULIO DE 2022**



 Academia de Ciencias Políticas y Sociales 

Los 20 años de vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

En honor a Alberto Arteaga Sánchez por el "Premio Alma Mater" de la Asociación de Egresados y Amigos de la UCV

Palabras de agradecimiento:
Alberto Arteaga Sánchez

Intervienen:
Carlos Ayala Corao
Milagros Betancourt C.
Víctor Rodríguez Cedeño
Thairi Moya Sánchez
Fernando M. Fernández

Clausura:
Julio Rodríguez Berrizbeitia

Moderador:
Luciano Lupini Bianchi


VIDEO
CONFERENCIA

Viernes: 01-07-2022
Hora: 10:30 AM (VE)

Inscripciones en:
universitas.site/eventos

PREPARACIÓN DIPLOMÁTICA Y RAZONES QUE DIERON LUGAR A LA CREACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

PROF. MILAGROS BETANCOURT C.*

SUMARIO

I. Presentación. II. Gestiones diplomáticas y proceso de adopción del Estatuto. 1. El Comité Especial o *ad hoc*. 2. El Comité Preparatorio. 3. La Conferencia diplomática de Roma. III. La sociedad civil en la creación de la Corte Penal Internacional. IV. La actuación de Venezuela en las negociaciones. V. Bibliografía

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de post grado en Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá de Henares en España y la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Embajador retirado del Servicio Exterior de Venezuela. Ex Director de Tratados Internacionales y de Asuntos Multilaterales en el MRE. Ex Director Ejecutivo del Centro Empresarial de Conciliación Arbitraje CEDCA. Jefe de la Cátedra de Instituciones de Derecho Internacional de la Universidad Católica Andrés Bello.

I. PRESENTACIÓN

Nuevamente agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me ha invitado a participar en este foro homenaje al doctor Alberto Arteaga por haber sido galardonado con el premio Alma Mater de la UCV, distinción más que merecida. Reciba mis felicitaciones doctor Arteaga y mi saludo afectuoso. Así mismo deseo saludar al Presidente y demás miembros de la academia, al moderador Doctor Luciano Lupini y a los compañeros de panel.

Me corresponde comentar sobre las gestiones diplomáticas y políticas que llevaron a la adopción del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional, un poco el desarrollo de ese proceso. Me referiré no solo a la actuación de los Estados en las distintas instancias que fueron creadas para conducir el proceso de negociaciones, sino además al trabajo de la sociedad civil. Asimismo, de manera resumida abordaré la participación de Venezuela y su destacado desempeño en temas relevantes.

II. GESTIONES DIPLOMÁTICAS Y PROCESO DE ADOPCIÓN DEL ESTATUTO

Para tener un panorama completo y comprender el desarrollo del proceso que llevó a la creación de la Corte Penal Internacional, es preciso comentar algunos antecedentes del siglo XX que iniciaremos en 1947. Una vez culminado el trabajo de los tribunales especiales creados mediante el *Tratado de Londres* de 1945¹, para el enjuiciamiento de

¹ Llamado también Carta de Londres, fue suscrito entre las cuatro Potencias Aliadas de la Segunda Guerra Mundial-Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia el 8 de agosto de 1945. Para enjuiciar individuos y organizaciones acusados de crímenes de guerra, se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional.

los grandes criminales de guerra, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente con sede en Tokio, la comunidad internacional tomó conciencia de la necesidad de contar con una instancia internacional de carácter permanente a la que pudieran ser llevados los responsables de crímenes atroces contra la humanidad y evitar la impunidad. Por ello, ese año, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su II período de sesiones, encomienda a la Comisión de Derecho Internacional (CDI)², la elaboración de un Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,³ (aprobado por cierto mucho tiempo después) y en 1948 se le da el mandato a la misma Comisión para elaborar un Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional⁴. Sin embargo, la situación política mundial para ese momento y la guerra fría dejaron a un lado las intenciones de concretar estas propuestas, que se retoman sólo 50 años después, cuando en 1989, en el marco de una sesión especial de la Asamblea General, Trinidad y Tobago propuso crear un tribunal penal internacional especializado en la lucha contra el tráfico de drogas⁵

Luego, la misma Asamblea General de la ONU ya en su período ordinario de sesiones de ese mismo año 89, solicitó a la CDI que examinara esta cuestión ⁶ y le encomienda de nuevo preparar un Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, que concluye y presenta a consideración en 1994.

Durante este lapso entre 1989 y 1994, las situaciones ocurridas en la ex Yugoslavia con motivo de la desmembración de la Federación y en Ruanda por el conflicto interno, durante las cuales se perpetraron gravísimas violaciones a los derechos humanos, comprobados genocidios y

² Organismo creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 con el objetivo de codificar y promocionar el Derecho internacional.

³ Conjuntamente con la sistematización de los “Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg”, Resolución 177 (II) de la Asamblea General del 21 de noviembre de 1947.

⁴ Resolución 260B (III) del 9 de diciembre de 1948.

⁵ Fue incluido como tema suplementario en el programa del 44o período de sesiones de la Asamblea General. “, *Informe de la Sexta Comisión*, Doc. ONU A/44/770, 24 de noviembre de 1989.

⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 44/39, Doc. ONU A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989.

actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, ante la someter a los responsables a las respectivas jurisdicciones internas, llevó al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a crear los Tribunales *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, en 1992 y 1994, respectivamente⁷, cuestionados de alguna manera por su naturaleza *ex post facto*, pero cuyos Estatutos fueron una de las principales fuentes para la elaboración del Estatuto de Roma. Teníamos para ese momento ya un cuerpo de normas consolidado en materia de Derechos Humanos, pero era necesario tener una instancia permanente para juzgar y sancionar de manera individual a los responsables de tan horribles actos.

Es en definitiva en 1995 entonces, cuando se inician formalmente los trabajos para la creación de una Corte Penal Internacional (CPI), que se desarrollaron en tres instancias o fases consecutivas, las dos primeras en la sede de la ONU en Nueva York.

1. El Comité Especial o *ad hoc*

Creado por la Asamblea General que trabajó entre 1995 y 1996, con el mandato de revisar los aspectos sustantivos y administrativos del Proyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional y *con base en esa revisión “considerar los arreglos para convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios”*.⁸ Fue esta una fase retórica, en la que los estados expusieron sus criterios y posiciones en cuanto a la necesidad, importancia e interés en crear la Corte. Allí se fueron conformando claramente las tendencias que se verían reflejadas posteriormente en las negociaciones. Así pues, de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, Francia y Reino Unido respaldaban e impulsaban la constitución de la Corte, así como Canadá, España, Italia y Noruega, entre otros; los Estados Unidos, Rusia y China, se mostraban reticentes a la idea así como Israel e India, y otro grupo de países, más cautelosos, se inclinaba por esperar si efectivamente se mantenía la disposición política para que el proceso avanzara.

⁷ Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas número 808 del 22 de febrero de 1992 y número 955 del 8 de noviembre de 1994, respectivamente.

⁸ Resolución AG/RES 49/53 del 9 de diciembre de 1994.

2. El Comité Preparatorio

Trabajó por dos años, de 1996 a 1998, cuyo mandato específico era *“continuar discutiendo los principales aspectos del estatuto preparado por la comisión de derecho internacional, ... y tomando en cuenta los diferentes criterios expresados, elaborar textos, con el fin de preparar un texto consolidado y aceptable de proyecto de convención para una corte penal internacional y como siguiente paso su consideración por una conferencia de plenipotenciarios. Debía basar sus trabajos en el proyecto de la CDI, el informe del Comité ad-hoc, los comentarios escritos presentados por los estados y las contribuciones de las organizaciones relevantes”*.⁹

Además de los documentos antes citados, en esta fase se trabajó con dos proyectos de Estatuto paralelos, el texto de la CDI y la propuesta elaborada por Francia y se comenzaron a negociar los artículos y a alcanzar los primeros acuerdos.¹⁰

América Latina estuvo representada en estas dos primeras etapas por Argentina, México y Venezuela, países que tuvimos una participación muy activa y permanente, que apoyábamos la creación de la Corte y logramos posiciones comunes en la mayoría de los temas a negociar. Posteriormente poco antes de la Conferencia de Roma y en esta misma, se incorporaron Brasil, Colombia y Chile, entre otros.

Como parte de las gestiones diplomáticas para avanzar en el proceso, en esta etapa se creó el grupo de países amigos de la CPI o *Like-minded States*, Venezuela entre ellos, cuya actuación durante las negociaciones tuvo mucha fuerza. Al inicio era un grupo pequeño, pero en Roma, ya éramos más de 40.

3. La Conferencia Diplomática de Roma

Convocada mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU 52/160 del 15 de diciembre de 1997, se realizó en Roma del 18 de junio al 17 de Julio de 1998, con base en el mandato dado al Comité Preparatorio y cuyo objetivo era concluir las negociaciones y aprobar el Estatuto. La Conferencia designó para realizar su trabajo, una Comisión

⁹ Resolución AG/RES .50/46 del 11 de diciembre de 1995.

¹⁰ Resolución AG/RES 51/207 del 17 de diciembre de 1996.

general, una Comisión de trabajo, y un Comité de Redacción, integrado por dos (2) representantes de cada uno de los idiomas oficiales de la ONU, designados a título personal (para el español, España y Venezuela en la persona del Embajador Víctor Rodríguez Cedeño).

A pesar de todo lo avanzado durante los tres (3) años anteriores, a Roma llegamos con un documento de 1300 corchetes, con asuntos muy densos aún sin resolver, a los que se referirá precisamente el Embajador Víctor Rodríguez Cedeño.

El proceso de negociación durante la Conferencia fue complejo, complicado y de mucho detalle, que se condujo a través de grupos informales para poder alcanzar textos, que luego eran aprobados en la Comisión general.

Con el fin de facilitar las negociaciones y acuerdos políticos, se tomó la decisión de no dejar constancia del desarrollo de estas reuniones de los grupos informales, solo de lo discutido y aprobado en las sesiones formales. Fue preciso actuar de esta manera por la complejidad de los asuntos a resolver, las dificultades para conjugar los diversos sistemas jurídicos y la necesidad de acoplar los aspectos técnicos con los intereses políticos de los Estados.

Debo destacar que a pesar de su postura, que muchos de los países que no apoyaban la creación de la Corte, participaron de manera activa y permanente en todo el proceso de negociación, e incluso en algunos casos contribuyeron a lograr textos concertados, aunque claro, en ocasiones dificultaban la labor para evitar concluir los trabajos.

A pesar de las dificultades y escollos a superar, finalmente se logró “el texto aceptable” para todos, y cerca de la medianoche del 17 de Julio de 1998, (fecha de culminación de la Conferencia, acordada por los Estados) se adoptó el Estatuto de Roma mediante votación nominal, solicitada por los Estados Unidos, y fue aprobado por 120 votos a favor, 7 en contra (entre ellos por supuesto Estados Unidos e Israel) y 21 abstenciones.

El Estatuto de Roma no es un texto perfecto sino perfectible, producto de una difícil negociación pero que ha marcado un hito trascendental en la historia de la humanidad.

Luego de su adopción se inició el proceso para elaborar los documentos adicionales como los Elementos de los Crímenes, las Reglas de

Procedimiento y prueba necesarios para el funcionamiento de la Corte, así como las normas para el financiamiento, los acuerdos sede y de relaciones con la ONU, así como de inmunidades y privilegios. En este momento comenzó un lobby internacional, liderizado por los Estados amigos de la corte (*likeminded States*) y el apoyo de la sociedad civil, a lo que me referiré de seguidas, para lograr las ratificaciones necesarias tan pronto como fuera posible. El Estatuto entró en vigor cuatro (4) años después de su adopción, el 1 de julio de 2002, justamente hace 20 años en la fecha de hoy, en un tiempo récord en relación con el promedio de los tratados en Naciones Unidas.

III. LA SOCIEDAD CIVIL EN LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El trabajo diplomático desplegado por los Estados no hubiera tenido éxito sin el apoyo de las Organizaciones de la sociedad civil defensoras de los derechos humanos, que fue determinante en las etapas de negociación y en la creación de la Corte.

Las ONGs muy activas durante el Comité Preparatorio y sus opiniones tomadas en cuentas conforme al mandato del Comité. En 1996 en Nueva York se constituyó la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI), una red de más de 2000 organizaciones no gubernamentales reunidas en su seno, que participó en el proceso de creación y lo sigue haciendo muy activamente con el objetivo de fortalecer la cooperación con la Corte y abogar por una institución justa y efectiva. Fueron invitadas formalmente por el Secretario General de las Naciones Unidas a participar en la Conferencia Diplomática de Roma, (en la cual tuvieron una actuación muy destacada. El apoyo de las ONGs fue trascendental en temas como el tratamiento a las víctimas, y las reparaciones, por citar solo dos ejemplos.

Así mismo, como parte de las gestiones políticas, se realizaron varias sesiones informales de negociación, dos en Italia y una en Países Bajos, en la que participaron en igualdad de condiciones tantos los representantes oficiales como los integrantes de la sociedad civil, para hacer avanzar el proceso y contribuir a acercar posiciones. Esto fue definitivamente clave para la conclusión del Estatuto.

IV. LA ACTUACIÓN DE VENEZUELA EN LAS NEGOCIACIONES

Finalmente, aun cuando la situación actual de Venezuela en relación con la CPI es lamentable, por decir lo menos, no quisiera terminar esta exposición sin referirme someramente a la actuación de Venezuela en el proceso. Como antes señalé, nuestro país tuvo una participación muy activa desde el inicio. Estuvimos en todas las reuniones del Comité *ad hoc*, del Comité Preparatorio y en la Conferencia de Roma. Durante el proceso se consultó al Ministerio de Justicia y al Ministerio Público, en los temas de su competencia. Para la Conferencia de Roma, la Cancillería impartió instrucciones precisas, sobre la base de las posiciones que se habían sostenido a lo largo de los trabajos previos y preparatorios.¹¹

La delegación de Venezuela contribuyó, y así está reseñado en diversas fuentes, a la adopción de algunas normas de importancia en el Estatuto como lo relativo al carácter autónomo e independiente que debía tener la Corte, la necesidad imperativa de contar con una sala de cuestiones preliminares como instancia para contrarrestar las amplísimas facultades del Fiscal, el régimen de las penas¹², y el funcionamiento de la Asamblea de Estados Parte, entre otras. Además de haber integrado el Comité de Redacción de la Conferencia, como ya lo mencioné.

Fuimos una delegación pequeña, e integrada por las mismas personas (Víctor Rodríguez Cedeño, Milagros Betancourt C. y Norman Monagas L.) a lo largo de todo el proceso, lo que ayudó mucho a la Conferencia de Roma también asistieron el Canciller para el momento, Miguel Ángel Burelli Rivas, el Embajador ante las Naciones Unidas,

¹¹ Oficio X-DICE-CJ No. 83 de fecha 8 de junio, emanado Despacho del Ministro de Relaciones Exteriores. Copia en archivo personal Milagros Betancourt C.

¹² En este punto, la posición de Venezuela fue decisiva para que otras delegaciones que tenían las mismas dificultades constitucionales que nuestro país para aceptar la cadena perpetua, y que permitieron adoptar el texto de consenso contenido en el artículo 107 del Estatuto de Roma. La delegación en Roma recibió mediante Memorandum No.635 del 8 de Julio instrucciones del Ministro mediante las cuales “se autoriza aceptar esta última penalidad (prisión de por vida)...estrictamente revisable a los 25 años y únicamente cuando así lo justifiquen la gravedad de los hechos o las circunstancias personales del convicto”. Copia en archivo personal Milagros Betancourt C.

Ramón Escovar Salom, y el Consultor Jurídico adjunto Roger Yépez Martínez.

En la Conferencia de Roma, al momento de adoptar el Estatuto, el Ministro de Relaciones Exteriores, votó a favor del Estatuto y explicó su voto como sigue: “La Delegación de Venezuela deja constancia, al firmar, de que la Carta Constitucional de la República prohíbe la pena de muerte y la de la cadena perpetua; y que si acepta la forma en que esta última se adopta y por la garantía que el mismo Estatuto establece de tener en cuenta para aplicarla la gravedad del delito y la condición del delincuente así como la seguridad del que la pena será revisada a los 25 años”¹³

Venezuela suscribió el Estatuto tres (3) meses después en la misma ciudad de Roma, el 17 de octubre de 1998, luego de un proceso de consultas con todos los organismos del Estado competentes en la materia.

Fue Venezuela el primer país de Iberoamérica en ratificar el Estatuto el 7 de junio de 2000 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Lamentablemente aún están pendientes de adoptar las leyes necesarias para su implementación.

Paradójicamente Venezuela es también el primer país de Iberoamérica que actualmente es objeto de una investigación en la Corte (Situación I) y de un examen preliminar (situación II).

V. BIBLIOGRAFÍA

BASSIOUNI, M, Cherif (Compilador) *The Statute of the International Criminal Court. A Document History*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1998.

LIROLA D., Isabel y MARTIN M. Magdalena. *La Corte Penal Internacional. Justicia vs. impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

CUENCA, S., “Narcotráfico: ¿Un crimen de lesa humanidad en el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional?”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 105-134. Junio, 2013.

DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS. www.un.org

¹³ Acta final de la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Documento <https://www.un.org> > icc >

Acta final de la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Documento <https://www.un.org-icc>

Informe de la Sexta Comisión, Doc. ONU A/44/770, 24 de noviembre de 1989.

RESOLUCIONES:

Asamblea General:

Resolución 177 (II) del 21 de noviembre de 1947.

Resolución 260B (III) del 9 de diciembre de 1948.

Resolución AG/RES 44/39, Doc. ONU A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989

Resolución AG/RES 49/53 del 9 de diciembre de 1994.

Resolución AG/RES 50/46 del 11 de diciembre de 1995

Resolución AG/RES 51/207 del 17 de diciembre de 1996

Consejo de Seguridad:

Resoluciones CS/ 808 del 22 de febrero de 1992 y CS/ 955 del 8 de noviembre de 1994, respectivamente.

**A LOS VEINTE AÑOS
DE LA ENTRADA EN VIGOR
DEL ESTATUTO DE ROMA**

PROF. VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO*

* Abogado y diplomático. Exrepresentante permanente alternativo de Venezuela ante la ONU. Ex presidente del Comité Ejecutivo del ACNUR.

Ante todo, agradezco a la doctora Cecilia Sosa por la invitación que me ha hecho para participar en este Foro sobre los 20 años del Estatuto de Roma junto a queridos y respetados colegas, estudiosos de la Corte Penal Internacional. Me sumo con gran satisfacción al merecido reconocimiento al doctor Alberto Arteaga Sánchez, jurista de reconocida trayectoria, referencia obligada en el estudio del Derecho, a quien nuestra UCV le otorgara el premio Alma Mater 2022 por sus méritos como académico, jurista, investigador, por sus aportes indiscutibles al Derecho Penal y a las Ciencias criminológicas, en breve, un republicano integral, como lo resume el académico Ramon Escovar León, en días pasados, en su artículo en el nacional.

Yo quisiera referirme hoy en estos minutos a algunos de los aspectos del Estatuto que fueron más discutidos durante el proceso de su adopción, lo que hare, por supuesto, en forma limitada, refiriéndome a algunos de ellos, quizás los más complicados y en forma general, apenas referencial.

Para mejor comprender la complejidad de las negociaciones sobre temas fundamentales debemos precisar antes, como dijo la doctora Betancourt, que el proceso de adopción del Estatuto y la creación de la Corte Penal Internacional fue un largo, complejo, difícil que se reinicia en 1945 con la creación de los tribunales militares de Nuremberg y de Tokio, sin desconocer que antes se habían realizado intentos importantes, a finales del siglo XIX , especialmente cuando Gustav Moynier, uno de los cofundadores de la Cruz Roja Internacional, propuso en 1872 la creación de una Corte internacional para que conociera los crímenes cometidos en las guerras de entonces. Después, como ya se dijo, se dieron pasos importantes después de la primera guerra mundial, con el tratado de Versalles¹ y el intento fallido de enjuiciamiento del

¹ El artículo 227 del Tratado de Versalles del 29 de junio de 1919 dice textualmente que “... un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados...” Y, el artículo 229

emperador Guillermo II de Prusia²; en el período entre guerra, con los trabajos de los expertos en el marco de la Sociedad de Naciones, el desarrollo de la doctrina con los aportes de las sociedades estudiosas del Derecho Internacional Penal³; la propuesta en 1937 para la creación de una Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, la creación de los tribunales de Nuremberg y de Tokio y, años después, de los tribunales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad ante las tragedias en Ruanda y Congo y en la antigua Yugoslavia.

El avance normativo se da más que todo a partir de 1950 cuando la Comisión de Derecho Internacional adopta los principios de Derecho Internacional Penal que se podían extraer del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y de las sentencias adoptadas entonces, principios aprobados ulteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas que serán reconocidos y aceptados como tales por la comunidad internacional y que van a ser recogidos en los textos de los distintos tribunales que se habrán de crear desde entonces.

La Comisión de Derecho Internacional inició el estudio de un Código de Crímenes en 1947, según lo solicitara la Asamblea General entonces mediante resolución 177(II) y concluyó su labor en 1951 cuando presentó a los Estados un proyecto de artículos con sus comentarios, un proyecto limitado a la responsabilidad individual, excluyendo a las personas jurídicas, tal como enunciado en Nuremberg. La CDI no presentó entonces un proyecto sobre un tribunal o un órgano que aplicase el texto, dejando a los órganos nacionales su actuación al respecto. El proceso estuvo lleno de indecisiones y el tema, en medio de la confrontación política internacional de entonces, habría sido pospuesto realmente hasta 1981 cuando la Asamblea le pidió a la CDI que reanudase su labor con miras a elaborar un Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁴.

del mismo texto que “las personas culpables de actos criminales (...) serán llevados ante los tribunales militares...”

² Ver: W. Schabas, *The trial of the Kaiser*, Oxford University Press, 2018.

³ Informe al Secretario General de la ONU, Doc. A/CN.4/7/Rev.1, de 1947, Historical Survey of the question of International Criminal Court, pp: 8 y ss.

⁴ Resolución de la Asamblea General 36/106, del 10 de diciembre de 1981.

La Comisión de Derecho Internacional finalmente elaboró el Proyecto de Código y un proyecto de Estatuto de un tribunal internacional, en 1996,⁵ para que los Estados lo conocieran y aprobaran, aprovechando que las circunstancias políticas de entonces, tras la disolución de la Unión Soviética y la caída del muro de Berlín, podían favorecer el avance en este tema pendiente, textos que fueron considerados por el Grupo de Trabajo y el Comité Preparatorio entre 1995 y 1998, órganos que crea la Asamblea General para avanzar en la elaboración de un proyecto de Estatuto de un tribunal cuya naturaleza no había sido aun definida.

Los Estados tuvieron posiciones muy diversas durante las negociaciones. Había tres grupos de países que mantenían posiciones distintas, muchas veces encontradas. Un primer grupo que apostaba por una Corte independiente, no sometida al Consejo de Seguridad, con una competencia automática y universal sobre los principales crímenes internacionales que formarían su competencia material y con un Fiscal independiente. Esta posición, compartida por un amplio grupo de países, los *like minded* o afines, era apoyada por la sociedad civil que jugó, como sabemos, un rol determinante en la adopción del Estatuto.

Un segundo grupo de países que prefería que la Corte no fuera independiente en relación con la cual el Consejo de Seguridad tendría que jugar un papel fundamental en cuanto al ejercicio de su jurisdicción. Este grupo prefería una competencia no automática, un Fiscal que no tuviera demasiada libertad de acción o facultades en cuanto al inicio del proceso y que preferían también que no se incluyera el crimen de agresión.

Y finalmente, un tercer grupo que argumentaba que una nueva Corte no podía ir en detrimento de la soberanía y la independencia de los Estados, que no podía ser independiente y que tampoco podía estar sometida al Consejo de Seguridad que rechazaba, a la vez, que la misma fuera competente para conocer crímenes cometidos en conflictos armados no internacionales.

De manera que la negociación era una tarea difícil. Había que encontrar y antes de que finalizara la Conferencia Diplomática de Roma,

⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Doc. A/51/10, pp. 10 y ss.

denominadores comunes, posiciones que fuesen aceptadas por todos. Lo importante era la creación de la Corte pues se sabía que si la Conferencia fracasaba, la Corte no vería luz por muchos años. Las diferencias políticas eran notables, pero también las diferencias jurídicas, culturales incluso religiosas se encontraban en relación con temas fundamentales. Los distintos sistemas jurídicos representados, el *common law* y el *civil law*, tenían que influir en la redacción del Estatuto. Incluso, en términos más generales, algunos se aferraban más al Derecho Penal como sistema regulador del funcionamiento de la Corte mientras que otros daban prioridad al Derecho Internacional. Se requería pues una visión integrada que abarcara todos los aspectos y facilitara la comprensión del trabajo lo que va a justificar la composición de la Corte y la elección de los magistrados, recogido en el artículo 36-3-b.

El Estatuto de Roma que es la expresión del Derecho Internacional Penal, constituye -si se quiere- un texto de derecho penal material y un texto de derecho procesal penal internacional, además de ser el texto constitutivo de una organización internacional.

Partiendo de esta consideración general me limito a algunos aspectos que agrupo así.

En primer lugar, a los temas relativos a la creación de la Corte, a su funcionamiento como institución y a su naturaleza; luego, a los aspectos materiales, es decir a los principios de derecho internacional penal recogidos en el mismo y a los crímenes que fueron incorporados en la competencia de la Corte y los que fueron excluidos. Y, finalmente, a los aspectos procesales que abarca la aceptación de la competencia y las condiciones para el ejercicio de la competencia lo que nos lleva a algunos breves comentarios sobre el inicio del procedimiento, a la admisibilidad, en particular, el papel del fiscal y el del Consejo de Seguridad.

1. OPORTUNIDAD Y NATURALEZA DE LA NUEVA CORTE

a) La Corte, una instancia judicial internacional y un organismo internacional

En cuanto a la oportunidad de la creación de la Corte, su naturaleza y su estructura debemos recordar que hubo un debate importante desde

antes de Roma, durante los trabajos del Grupo de Trabajo, del Comité Preparatorio e incluso en la Sexta Comisión de las Naciones Unidas. Al comienzo no parecía haber la posibilidad de crear una Corte. Había muchas dudas, aunque la realidad presionaba en la dirección correcta. La comunidad internacional estaba viviendo como nunca antes las gravísimas situaciones en África y Europa, principalmente. El momento parecía oportuno, pero todavía se veía distante y difícil una decisión sobre ello. La situación política internacional (distensión), sin embargo, facilitaba el empuje de algunos Estados y de una sociedad civil fortalecida y organizada que favorecían la creación de la Corte.

Si bien se decidió que era el momento pese a las dudas y dificultades, no se estaba seguro de como sería esa Corte. Se planteó primero que podía ser un órgano de Naciones Unidas, lo que suponía una reforma de la Carta, lo que no hacía necesario una disposición en el Estatuto de otorgaba la personalidad jurídica internacional a la nueva institución pues ya la tendría como órgano de las Naciones Unidas. Se pensó también en que podía ser creada mediante resolución de la Asamblea General y del Consejo para evitar el engorroso proceso de reforma de la Carta, pero se consideraba que una resolución de la Asamblea General no tendría la fuerza jurídica de un tratado y la del Consejo sería fundamentalmente política, lo que afectaba la fortaleza y el funcionamiento de la nueva Corte. Finalmente prevaleció la idea de una Corte independiente, autónoma, vinculada a Naciones Unidas, con una relación particular como veremos, con el Consejo de Seguridad no solamente respecto de la cooperación interinstitucional, sino en cuanto al ejercicio de la jurisdicción de la Corte lo que como veremos generó un intenso debate al final de Roma.

Durante el proceso, más en sus inicios, se habló incluso de tribunal y no de Corte. Pensaron algunos que el tribunal era la institución, mientras que la Corte era la parte judicial. Esto nos lleva a la distinción entre la Corte como instancia jurisdiccional penal, con sus órganos: magistrados, fiscalía, secretaria, salas, oficina de víctimas. Y, a la Corte como organización internacional de la que forman parte los Estados, en una Asamblea de Estados Partes. Esta diferencia es importante, cuando se compara la CPI a la CIJ. Esta última es un órgano de las Naciones

Unidas, no una organización internacional y forma parte y depende administrativamente de la estructura de la Organización. Su personalidad jurídica es, distintamente a la de la CPI, que le es propia, la de las Naciones Unidas.

Se decidió entonces que la nueva institución tendría que ser, para darle la autonomía que la mayoría de países apoyaba, una organización internacional en la que los Estados podían ejercer cierto control, aunque evidentemente no judicial, sobre el funcionamiento del tribunal. Principalmente, cuestiones administrativas, presupuesto y finanzas; la elección del Fiscal y de los Magistrado, las reformas del Estatuto.

Los Estados partes del Estatuto, más de 120 hoy, forman parte de la Asamblea de Estados Partes, una institución que gozó con un respaldo mayoritario desde el comienzo, Venezuela entre ellos que abogó siempre por esa doble capacidad de la nueva institución.

b. La complementariedad, un principio fundamental

Uno de los temas fundamentales, discutido siempre en los grupos antes de Roma y durante Roma, es el relativo a la complementariedad. Se consideró siempre que la Corte debía ser un órgano o una jurisdicción complementaria de los sistemas nacionales. Excluyendo que fuese un órgano o instancia superior o de apelación, ella sólo podía funcionar, es decir, ejercer su jurisdicción, cuando no existiesen o no funcionasen los órganos internos teniendo siempre presente que los crímenes internacionales, en particular los que son de su competencia, no podían quedar impunes y que la responsabilidad primordial era de los Estados. Distintamente a lo planteado con los tribunales *ad hoc*, se consideró siempre que se debía dar preeminencia a los sistemas nacionales de justicia.

Se discutió también si era necesaria sólo una referencia al principio de la complementariedad en el Preámbulo, como lo había sugerido la CDI en su proyecto de 1994; o si debía precisarse en el resto del Estatuto. De allí que se redactaran varios artículos: el artículo 1, el artículo 17, el 42, el 53 e incluso el relativo al *non bis in idem* como principio de derecho penal internacional.

2. ASPECTOS MATERIALES: PRINCIPIOS DE NUREMBERG Y LOS CRÍMENES OBJETO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

a. Principios de Nuremberg

Los principios de Derecho Internacional considerados en el Estatuto de Nuremberg y en las sentencias del tribunal fueron -como dije antes- recogidos por la Asamblea General en 1950 y más adelante en los distintos textos constitutivos de tribunales, especialmente, el de la ex Yugoslavia y el de Ruanda, antes de incluirse en el proyecto de Estatuto de la CDI y en el mismo Estatuto.

Los principios no fueron objeto de mayor debate, aunque si el relativo a la responsabilidad penal individual internacional. Algunas delegaciones -Francia en particular- consideraban que la responsabilidad penal internacional debía extenderse a las personas jurídicas, lo que fue rechazado, entre otros por Venezuela, señalándose que, como se dijo en los juicios de Nuremberg, los crímenes contra el derecho de gentes eran cometidos por hombres y no por entidades abstractas, definición que reafirma el tribunal para la antigua Yugoslavia en el Caso *Tadic*.

La propuesta de Francia fue rechazada por esa razón y porque se consideró, además, que responsabilizar a las personas jurídicas, empresas, podría desviar el foco de atención que se centraba en las personas físicas; además, que el principio de la responsabilidad de personas jurídicas no estaba previsto o contemplado en la mayoría de las legislaciones internas. En el artículo 1 de ese texto se señala que “la Corte será una institución permanente (...) facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto.” Y en el artículo 25 del mismo Estatuto se precisa que “...la Corte tendrá competencia respecto de personas naturales.”

El tema de la responsabilidad de menores fue también muy debatido. Se plantearon edades para establecer la responsabilidad por el acto, entre 13 y 21 años. Las legislaciones internas no tienen los mismos límites. Durante los debates se destacaron dos cuestiones. Primero, que en la Convención sobre los derechos del niño la edad establecida es de

18 años y que en convenios internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos se prohíbe el castigo de menores. La Corte no será competente para conocer entonces los casos relacionados con menores de 18 años tal como queda reflejado en el artículo. Finalmente, se acordó en el artículo 26 del Estatuto que “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.”

b. Crímenes incluidos en la competencia de la Corte y crímenes no incluidos

En el proyecto de la CDI se incluía los crímenes de genocidio, violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, la agresión, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificados en el anexo del Proyecto.

Durante las negociaciones previas a Roma y en Roma se discutió mucho sobre cuales crímenes se incluirían y si las definiciones existentes debían mantenerse.

i. Los crímenes incluidos en el artículo 5 del Estatuto, en 1989

En cuanto al **genocidio** se decidió tomar la definición de la Convención de 1948, artículo III, con un agregado en el artículo 25 del Estatuto en el que se recoge la incitación directa y pública para que se cometa el crimen. Hubo intentos de ampliar la definición a grupos sociales y políticos, pero no tuvieron éxito, de manera que quedó igual que en la convención de 1948. Algunas precisiones, sin embargo, se introducirán en los Elementos de los crímenes que adoptara más el Comité Preparatorio, con base en el artículo 9 del Estatuto, para “ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6,7 y 8...”

Los **crímenes de lesa humanidad**, por su parte, se basaron principalmente, sin mayores problemas, en el artículo 6c del Estatuto de Nuremberg, el 5c de la Carta de Tokio, el 5 del Estatuto del tribunal para la antigua Yugoslavia. Se recogen los dos elementos fundamentales que los distinguen de los delitos comunes: Primero, la sistematicidad o plan

o programa o actos que reflejan una política y la generalidad o a gran escala, es decir, que se dirijan a una multiplicidad de víctimas, a una parte de la población civil con la intención de hacerlo.

En el estatuto de Nuremberg no se incluían estos elementos, pero en las sentencias se precisan y de allí se toman para incluirlos en el proyecto de la CDI que le considera como crimen autónomo, no necesariamente vinculado a un conflicto armado.

La definición de los **crímenes de guerra** fue objeto también de larga consideración. La definición contenida en el artículo 8 del Estatuto, que deriva del artículo 85-5 del Protocolo I de 1977, no está limitada a las violaciones graves de las 4 Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo de 1977. La definición acordada se extiende a otras violaciones graves del derecho y los usos de guerra aplicables a los conflictos armados internacionales, a las violaciones del artículo 3 común de las 4 convenciones y a las serias violaciones de las normas y costumbres aplicables en los conflictos armados internos.

El crimen de **agresión** fue muy discutido antes de Roma y durante la conferencia. A pesar de que no había una definición sobre la agresión como crimen, si como acto político, tal como recogido en la resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el crimen de agresión se incluyó, pero la Corte no podía conocerlo hasta tanto se llegase a un acuerdo sobre la definición, lo que se alcanza en la primera revisión del Estatuto en Kampala, en 2010.⁶

Los dos grandes temas que pasaron al Comité Preparatorio después de creada la Corte fueron la definición de agresión, del crimen de agresión; y el rol del Consejo de Seguridad.

ii. Otros crímenes propuestos por la CDI

La idea de un anexo con referencia a las Convenciones específicas que podían ser consideradas crímenes de la competencia de la Corte no fue aceptada por cuanto se consideró que esos instrumentos no tenían un respaldo generalizado y que no reflejaban el Derecho Internacional consuetudinario. Además, se consideró que ellas serían aplicables sólo

⁶ Historia del crimen de agresión en Otto Triffter y Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3a Edición, 2015, pp. 611 y ss.

cuando se tratara del territorio de un Estado parte en dichas convenciones, lo que creaba incertidumbre en cuanto a su efectividad.

Algunos crímenes, aunque reconocidos como tales, fueron excluidos o al menos no considerados en forma expresa como crímenes que serían objeto de la competencia de la Corte. Entre ellos, el terrorismo que se mantuvo hasta el final de la Conferencia, porque se estimó que su inclusión podía politizar mucho el trabajo de la Corte. No había una definición generalmente aceptable. Todavía no tenemos una definición de derecho internacional consuetudinario como lo dijo el tribunal para el Líbano en decisión del 2011. Sin embargo, el terrorismo como acto constitutivo de un crimen de lesa humanidad y de genocidio fue incluido en el Estatuto.

El tema sigue en estudio como se sugirió en la Conferencia de revisión de Kampala.

El narcotráfico tampoco fue incluido, a pesar de la insistencia de Trinidad y Tobago que había promocionado la idea de una Corte para castigarlo, en 1989. Finalmente, el crimen de mercenarios, propuesto por Islas Comoras y Madagascar tampoco fue incluido a pesar de que había una Convención contra el reclutamiento, el uso, el financiamiento y el entrenamiento de mercenarios de 1989.

El crimen de *apartheid* fue sugerido por la misma CDI que consideraba que la Convención Internacional sobre la Represión y el castigo del crimen de *apartheid* d 1973 había sido ampliamente ratificada. Se le incluyó sin embargo como acto constitutivo de crimen de lesa humanidad en el artículo 7-2-h.

c. Sobre la aceptación de la competencia: El inicio del proceso. La remisión de un Estado parte, el papel del Fiscal y la iniciativa del Consejo de Seguridad

El tema de la competencia de la Corte fue otro de los temas más debatidos durante el proceso de adopción del Estatuto. Se había propuesto inicialmente que el Estado podía aceptar la competencia de la Corte en relación con los crímenes ya referidos al momento de firmar el Estatuto o después mediante una declaración de aceptación. Es decir, había una doble aceptación: Del Estatuto y de los crímenes.

Después de largas discusiones se incorporó el artículo 12 (Condiciones para el ejercicio...) que señala que todo Estado Parte acepta la competencia de la Corte respecto de los crímenes anunciados en el artículo 5. La Corte es competente si uno o varios Estados siguientes son partes del estatuto. El territorial, es decir, en el Estado en cuyo territorio se haya producido el acto; el Estado del que sea nacional el acusado. Un Estado no parte puede declarar que la Corte es competente para ejercer su jurisdicción en relación con uno de esos crímenes según lo prevé el Estatuto.

Se discutió mucho sobre dos cuestiones importantes en relación con las condiciones para el ejercicio de la competencia por la Corte. El papel del Fiscal y el papel del Consejo de Seguridad.

d. El papel del Fiscal: Instrucción y acusación y control de la Sala de Cuestiones preliminares

Sin duda, la facultad del Fiscal de actuar en nombre propio cuando considere que hay razones fundadas para hacerlo fue uno de los temas más difíciles. La CDI no planteó la independencia del Fiscal en esa forma, tampoco habló por supuesto del control de la Corte sobre sus facultades para iniciar una investigación.

En 1995 el Grupo de Trabajo y luego el Comité preparatorio en 1996 se separó de la posición de la CDI al considerar que el Fiscal debía actuar con independencia para iniciar una investigación pues él debía hacerlo más en nombre de la comunidad internacional que de un Estado o del Consejo de Seguridad. Es claro que el tema era difícil. Finalmente, como sabemos, al Fiscal se le otorgan funciones importantes (instrucción/acusación) lo que se recoge en el artículo 15 del Estatuto. el Fiscal podrá iniciar una investigación, aunque hay un control de la Sala de Cuestiones Preliminares.

e. Las relaciones con el Consejo de Seguridad

La Corte tendrá relaciones con la ONU, con el Consejo y con la Asamblea General en particular, para establecer medios de cooperación. Eso está planteado sin mayores diferencias.

Sin embargo, la relación con el Consejo de Seguridad en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción de la Corte, trajo mayor debate. En el proyecto de Estatuto de la CDI planteaba la necesidad de que la Corte sólo podría conocer un asunto remitido por el Consejo, dejando de lado la agresión que requería además que la misma fuese constatada por el Consejo de Seguridad. La Corte, decía el primer proyecto, no podía conocer ninguna cuestión que estuviese siendo examinada por el Consejo, lo que significaba una dependencia enorme que limitaba la acción de la nueva Corte. En el Estatuto se decide finalmente que la Corte puede conocer cualquier situación que le remita el Consejo de conformidad a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

En el caso de la agresión, la Corte puede conocer el crimen después que el Consejo constate el acto de agresión.

Fue muy discutido también el artículo 16 que se refiere a la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento cuando el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

El Estatuto es el resultado de un proceso complejo de negociaciones. A veces es difícil de entender. El Estatuto debe ser examinado, interpretado, de conformidad con las distintas fuentes que conforman su derecho aplicable, aunque prevalezca.

Podemos encontrar imprecisiones, vacíos, pero la práctica de la nueva Corte y de la Fiscalía en particular y las decisiones de las distintas Salas permitirá que el Estatuto se perfeccione o tenga mayor claridad en beneficio de su objetivo que es sancionar los crímenes internacionales, castigar a los responsables, prevenirlos y contribuir con el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

CASSESE, A y otros, *Les grands arrêts de droit international penal*, Dalloz, Paris, 2020.

EMMANUEL, D., y otros, *Les vingt ans du Traite de Rome portant Statut de la Cour Penale Internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2019.

HERRANT, T y otros, *Les 20 ans du Statut de Rome: Bilan et perspectives de la Cour Penale Internationale*, Ed. Pedone, Paris, 2020.

ROLING, BVA y CASSESE, A., *El juicio de Tokio y más allá*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia España, 2019

SCHABAS, W., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Sexta Edición, 2020.

Documentos

Documentos sexta edición, Vol. I.

Documentos de la Asamblea General, del Grupo de Trabajo y del Comité Preparatorio para la creación de la Corte.

Elementos de los crímenes y Reglas de Procedimiento.

Estatuto de Roma de 1998.

Informes de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Suplemento 10.

La Comisión de Derecho Internacional y su obra, publicación de Naciones Unidas, Nueva York, 2005.

LOS 20 AÑOS DE VIGENCIA DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: JURISPRUDENCIA EMBLEMÁTICA ¿AVANCES? O ¿RETROCESOS?

DRA. THAIRI MOYA SÁNCHEZ*

Resumen: El Estatuto de la Corte Penal Internacional acaba de cumplir 20 años de vigencia. Durante este tiempo, el trabajo de la Corte ha estado lleno de altibajos. La intención de este ensayo es repasar brevemente los aportes y evaluar la jurisprudencia de esta Corte.

Palabras claves: CPI, Estatuto, Jurisprudencia, Casos, Situaciones.

Summary: The International Criminal Court has just completed 20 years of operation. During this time, the Court's work has been full of ups and downs. The intention of this essay is to review the contributions and evaluate the jurisprudence promulgated by this Court.

Keywords: ICC, Statute, Jurisprudence, Cases, Situations.

* Doctora en Derecho por la Universidad Central de Venezuela (mención honorífica y excelente). Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Nottingham (ex becaria Chevening). Especialista en Derecho y Política Internacional de la Universidad Central de Venezuela. Cuenta con estudios en el Instituto René Cassin de Francia, la Academia de Derecho Internacional de la Haya, entre otros. Ha sido investigadora invitada por el Centro Noruego de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo y es investigadora asociada del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. Las opiniones aquí presentadas son a título personal.

INTRODUCCIÓN

Los primeros 20 años de trabajo de la Corte Penal Internacional (CPI) han estado llenos de altibajos, no solo en la forma en que se han iniciado algunas investigaciones sino como ha sido el desarrollo jurisprudencial de las mismas. En este sentido, se debe hacer mención, por ejemplo, que, a la fecha, la Fiscalía ha abierto investigaciones en diecisiete situaciones, entre estas se tienen: Afganistán; Burundi; dos en la República Centroafricana; Costa de Marfil; Sudán; la República Democrática del Congo; Georgia; Kenia; Libia; Malí; Uganda; Bangladesh/Myanmar, Filipinas, Ucrania, Palestina y Venezuela, siendo esta última la única en la región americana.¹ Adicionalmente, la Fiscalía se encuentra realizando diligencias preliminares en tres situaciones: Guinea; Nigeria y Venezuela II.²

Por su parte, las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte han acusado públicamente a 46 personas,³ algunas de estas incluyen al líder rebelde Joseph Kony de Uganda,⁴ al ex presidente Omar al-Bashir de Sudán,⁵ al presidente Uhuru Kenyatta de Kenia,⁶ al presidente Laurent

¹ ICC. Situation and cases. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations> (accesado 22 de junio de 2022).

² Ibidem.

³ ICC. About the Court. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court> (accesado 22 de junio de 2022).

⁴ ICC. The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti. Icc-02/04-01/05. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/uganda/kony> (accesado 22 de junio de 2022).

⁵ ICC. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. ICC-02/05-01/09. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (accesado 22 de junio de 2022).

⁶ ICC. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta. ICC-01/09-02/11. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/kenya/kenyatta> (accesado 22 de junio de 2022).

Gbagbo de Costa de Marfil⁷ y al exvicepresidente Presidente Jean-Pierre Bemba de la República Democrática del Congo.⁸

Hasta el momento se han dado 31 casos ante la Corte, y algunos casos tienen más de un sospechoso. Los jueces de la CPI han emitido 37 órdenes de arresto. Gracias a la cooperación de los Estados, 21 personas han sido detenidas en el centro de detención de la CPI y estas han comparecido ante la Corte. 12 personas siguen prófugas. Por otra parte, se han retirado los cargos contra 3 personas debido a su muerte.⁹

En este sentido, ante estos números, encontraremos diversos avances en materia jurisprudencial, así como algunos retrocesos en el establecimiento de algunas responsabilidades ante la comisión de crímenes internacionales. Se revisarán brevemente los casos de: 1) *Thomas Lubanga Dyilo*, 2) *Caso Bosco Ntaganda*, 3) *Caso Katanga/Ngudjolo*: 4) *Caso Uhuru Kenyatta*: 5) *Caso Ahmad al-Faqi al-Mahdi*: 6) *Caso Al-Hassan*, 7) *Caso Dominic Ongwen*, 8) *Caso Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé*: 9) *Caso de Jean-Pierre Bemba*. Por lo tanto, no se abordará con detalle los hechos ocurridos en cada situación bajo investigación por la corte.

I. ALGUNOS CASOS EMBLEMÁTICOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

A continuación, se presentan una serie de casos considerados emblemáticos debido a los crímenes analizados y a los resultados finales de los mismos.

1. Caso Thomas Lubanga Dyilo (Situación: República Democrática del Congo)

Thomas Lubanga Dyilo es expresidente de las Unión de Patriotas Congoleños, fue declarado culpable de reclutar y alistar a niños menores de 15 años y utilizarlos como participantes activos en el conflicto

⁷ ICC. *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. ICC-02/11-01/15. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude> (accesado 22 de junio de 2022).

⁸ ICC. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba> (accesado 22 de junio de 2022).

⁹ ICC. About the Court. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court> (accesado 22 de junio de 2022).

de la República Democrática del Congo en los años 2002 y 2003. Miles de niños, algunos de tan solo siete años, fueron reclutados y utilizados como combatientes, así como porteadores, cocineros y esclavos sexuales, por parte de todos los bandos en conflicto. Lubanga fue declarado culpable de alistar y utilizar a niños soldados en la República Democrática del Congo (RDC) y condenado a 14 años de prisión, siendo esta la primera condena realizada por la corte en el año 2012.

Fue un hito para la naciente institución que el 14 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia de la CPI háyase culpable a Lubanga Dyilo del crimen de guerra de “reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, y utilizarlos para participar activamente en hostilidades”. La sentencia fue adoptada por unanimidad de los tres jueces – el presidente Adrian Fulford (Reino Unido), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica) y René Blattman (Bolivia)- quienes determinaron que Lubanga “sabía” y “tenía conocimiento” del crimen que se estaba perpetrando. En este caso se fueron desarrollando muchos de los conceptos más emblemáticos del Estatuto de Roma.¹⁰

Otro de los grandes aportes de esta jurisprudencia fue el establecimiento de los principios y las reparaciones de las víctimas, sentencia dictada el 07 de agosto de 2012. En la sentencia se resalta que “las reparaciones cumplen dos propósitos principales consagrados en el Estatuto: obligan a los responsables de delitos graves a reparar el daño que causaron a las víctimas y facultan a la Sala para que los infractores rindan cuentas de sus crímenes”. Igualmente, se indica que “Las reparaciones en el presente caso deben, en la medida de lo posible, aliviar el sufrimiento causado por estos delitos; hacer justicia a las víctimas aliviando las consecuencias de los hechos ilícitos; disuadir futuras violaciones; y contribuir a la reintegración efectiva de los ex niños soldados. Las reparaciones pueden ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas hechos”.¹¹ Se ha destacado que la sentencia tendría como inspiración

¹⁰ ICC. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Situation in Democratic Republic of the Congo). (ICC 01/04-01/06-2842) Decisión según el art. 74 del Estatuto CPI. Disponible en: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf.

¹¹ ICC. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Situation in Democratic Republic of the Congo) ICC-01/04-01/06. 07 August 2012, parra 179.

los dictámenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Principios y Directrices de Naciones Unidas de 2005. A los efectos, se indica que los principios a ser seguidos pueden ser resumidos de la siguiente manera¹²:

- El derecho a la reparación es un derecho humano debidamente establecido en diferentes tratados sobre derechos humanos.
- Las víctimas deben recibir siempre un trato justo y equitativo, en donde deben ser consideradas tanto las que han participado en el proceso como las que no lo han hecho.
- Debe prevalecer el respeto y la dignidad de las víctimas.
- No deben existir acciones discriminatorias entre las víctimas, tales como edad, sexo, origen, etc.
- Las reparaciones pueden ser determinadas tanto para las víctimas directas como para las indirectas, entre estas: familiares y personas que de alguna manera han colaborado con las víctimas directas. Igualmente se tendrán las entidades jurídicas, entre estas las ONG y hospitales.
- Igualmente, se estableció que las reparaciones deben ser accesibles para todas las víctimas, así como considerar la edad, en particular la violencia sexual y las consecuencias de estos crímenes.
- De la misma manera las reparaciones pueden ser individuales o colectivas. En este entendido se debe preservar que las reparaciones individuales no causen problemas en las comunidades y, de la misma manera, las reparaciones colectivas se tendrán que considerar los tipos de daños sufridos.

2. Caso Bosco Ntaganda (Situación: República Democrática del Congo)

Es un exjefe de personal militar del Congreso Nacional para la Defensa del Pueblo (CNDP), un grupo de milicias armadas que opera en la provincia de Kivu del Norte de la Región Democrática del Congo.

¹² Ane Gemma López Martín, “La Corte Penal Internacional hace historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Foro, *Nueva época*, vol 15, núm 2 (2012): 255-281. ISSN: 1698-5583. pp. 271-272.

Ntaganda fue acusado por la CPI en 2006 por su presunto papel en el reclutamiento de niños soldados en la provincia de Ituri entre 2002 y 2003. Después de años de evadir a la Corte, el caso llegó a una conclusión dramática en diciembre de 2019 cuando el denominado “señor de la guerra” fue declarado culpable de 18 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en la RDC y condenado a 30 años de prisión. Es la sentencia más larga en la historia de la Corte. El caso de Ntaganda representa un punto culminante en el reconocimiento de la violencia sexual contra hombres y niños.

Este caso establece la responsabilidad sobre la coautoría indirecta a través de una estructura de poder. La decisión creó desacuerdo entre los jueces, razón por la cual se encontrarán dos opiniones separadas y una parcialmente concurrente en atención a la novedosa figura.

3. Caso Katanga & Ngudjolo (Situación: República Democrática del Congo)

Se caracteriza por ser el primero en donde se juzgaron los crímenes de violencia sexual. Fueron acusados conjuntamente de tres crímenes de lesa humanidad (asesinato, esclavitud sexual y violación) y siete crímenes de guerra (utilizar niños menores de 15 años para tomar parte activa en las hostilidades; dirigiendo deliberadamente un ataque contra una población civil como tal o contra civiles individuales que no toman parte directa en hostilidades; homicidio intencional; destrucción de propiedad; expoliación; esclavitud sexual; y violación).

La coautoría indirecta se aplicó por primera vez en el caso Katanga & Ngudjolo. Tanto Katanga como Ngudjolo fueron acusados de utilizar las organizaciones rebeldes a su disposición y solo combinando sus fuerzas pudieron perpetrar las atrocidades. Cada acusado no solo era responsable de las acciones de sus propias tropas sino también de las acciones de las tropas del otro (párr. 484). Esta “responsabilidad cruzada” sentó con fuerza las bases de la doctrina de la coautoría indirecta. Los líderes se vuelven responsables no solo de las personas bajo su mando, sino también de las personas que mandan sus colaboradores.

La coautoría indirecta es una potente herramienta de enjuiciamiento. Este tipo de autoría permite la condena de acusados que están sus-

tancialmente alejados del autor físico del delito en dos ejes. Dichos acusados no sólo están apartados verticalmente de la comisión del delito (en virtud de su perpetración indirecta), sino que también están apartados horizontalmente (en virtud de su coautoría con otros colaboradores en el plano horizontal).¹³ El manejo del concepto de “control” en este tipo de autoría permite establecer el vínculo entre los acusados desde dos ejes con los perpetradores físicos de las atrocidades.

La coautoría indirecta podría representar el futuro de los procesos penales internacionales ante la CPI puesto que tiene gran similitud a la Empresa Criminal Conjunta (JCE), que responsabiliza a las personas por los delitos cometidos a través o por medio de una empresa criminal y que vino a definir la estrategia de enjuiciamiento con respecto a la perpetración en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). La coautoría indirecta se ha presentado en muchos casos de la CPI, incluidos los casos de Kenyatta y Muthaura, Gbagbo y Blé Goudé, Ongwen y Ntaganda.

4. Caso Uhuru Kenyatta (Situación: Kenia)

El juicio de la CPI del actual presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta, terminó en 2015 debido a la falta de pruebas y la aparente manipulación de testigos. Kenyatta fue acusado de crímenes de lesa humanidad durante la violencia postelectoral en Kenia en 2007-2008. Kenyatta se convirtió en el primer jefe de estado en funciones en comparecer ante un tribunal penal internacional. No obstante, el caso no tuvo el final anhelado.

La Fiscalía atravesó un camino difícil. El caso fue fuertemente politizado dentro de Kenia y el gobierno de ese Estado trató de detener los casos tanto en la CPI (argumentando tardíamente que los procesaría en su jurisdicción nacional) como en la ONU. En 2012, Kenyatta y Ruto se unieron a las fuerzas políticas y se postularon con éxito para presidente y vicepresidente, en parte basándose en una plataforma anti-CPI. Dos de los casos fueron desestimados por los jueces de instrucción en la fase de confirmación, que tiene lugar entre la acusación inicial del acusado

¹³ Jens David Ohlin, *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability*, Cornell Law Faculty Publication, Paper 577, Cornell, 2012. <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/577>.

y el juicio, y dos de los casos fueron desestimados por la propia Fiscal antes del juicio.

La interferencia de los testigos, en forma de sobornos y amenazas, ha plagado los casos de Kenyatta y Ruto/Sang. Cuando la Fiscal, finalmente, abandonó el enjuiciamiento de Kenyatta, citó la interferencia de los testigos como una de las razones principales del colapso del caso.¹⁴ Esta situación no sería la primera vez que ocurriría puesto que es un problema que existe en todos los casos en la CPI, situación ocurrida también en los llamados “tribunales ad-hoc” o los tribunales establecidos para conflictos particulares, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

En todo caso, la CPI ha adaptado sus procedimientos y estrategias para contrarrestar esta amenaza. En 2013, la Asamblea de Estados Partes (AEP) enmendó la Regla 68 de las Reglas de Procedimiento y Prueba para permitir la admisión como evidencia de ‘declaraciones anteriores de testigos’ que posteriormente no proporcionaron evidencia como resultado de una interferencia.¹⁵ Aunque los jueces de primera instancia pueden dar menos peso a tales declaraciones en comparación a la dada a los testigos que puedan comparecer ante el tribunal para declarar, este cambio de regla representa un paso significativo en la lucha contra la intimidación de testigos, la que es menos probable que ocurra en la fase de investigación que después de que se presentan los cargos y los testigos de cargo son públicamente identificados.

De la misma manera, la antigua Fiscal indicó que el fracaso de este caso se debió en gran medida a que el gobierno de Kenia no entregó la evidencia solicitada por la corte, por ejemplo, grabaciones telefónicas, estados bancarios lo que hubiese permitido demostrar el enlace entre las ordenes de Kenyatta y Mungiki con las pandillas callejeras, encargadas de llevar a cabo las matanzas. De esta situación se resalta como son

¹⁴ Anna Holligan, “Uhuru Kenyatta case: Most high-profile collapse at ICC, BBC. 05 December 2014. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-30353311> (Accesado 28 de junio de 2022).

¹⁵ ICC. Rules of Procedure and Evidence. Rule 68. As amended by resolution ICC-ASP/12/Res.7. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>

necesarios los contrapesos en los poderes internos de los Estados para que puedan hacer frente a estas situaciones.¹⁶

La Sra. Bensouda señaló que, a finales de 2013, frustrada por el hecho específico de que el gobierno de Kenia no cumplió con una solicitud de registros financieros en el caso Kenyatta durante un período de 19 meses, la Fiscal solicitó a la Sala de Primera Instancia que se transmitiera una conclusión a la ASP de que Kenia no había cumplido su obligación legal de cooperar con la Corte. La Sala de Primera Instancia concluyó que el “incumplimiento de Kenia no solo ha comprometido la capacidad del Fiscal[o] de investigar a fondo los cargos, sino que, en última instancia, ha afectado la capacidad de la Sala para cumplir con su mandato”.¹⁷ No obstante, ejerciendo su discreción, la Sala de Primera Instancia optó por no transmitir una determinación de incumplimiento a la Asamblea de Estados Parte. La Sala de Apelaciones revocó esta decisión y concluyó que, al ejercer su discreción, la Sala de Primera Instancia llegó a conclusiones que contradecían su conclusión anterior de que Kenia no había cooperado en detrimento de la Corte.

La conclusión de las Salas de Primera Instancia y Apelaciones de que Kenia no cumplió con sus obligaciones en virtud del Estatuto de Roma es sin duda una vergüenza diplomática y política para Kenia, pero este proceso también subraya las limitaciones de los poderes de la CPI. En un sistema doméstico, los tribunales normalmente obligarán el cumplimiento mediante desacato o arresto. No así en la CPI. Cuando los Estados Partes no cumplen con sus obligaciones legales, el recurso es una remisión a la Asamblea de Estados Parte (ASP), un organismo de 123 Estados Partes que no está especialmente capacitado para emprender acciones de ejecución. Por su parte, en un sistema nacional las acciones de aplicación son el comienzo de un proceso para obtener el

¹⁶ Redress. ICC Prosecutor’s withdrawal of charges against Kenyatta, a blow to victims of the post-election violence In Kenya. 05 December 2014. Disponible en: <https://redress.org/news/icc-prosecutors-withdrawal-of-charges-against-kenyatta-a-blow-to-victims-of-the-post-election-violence-in-kenya/> (accesado 28 junio de 2022).

¹⁷ ICC. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the status of the Government of Kenya’s cooperation with the Prosecution’s investigations in the Kenyatta case. 05 December 2014. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-status-government-kenyas-0>

cumplimiento, en la CPI es más probable que una remisión a la ASP represente el final de los esfuerzos fallidos para obtener la cooperación. La Sala de Apelaciones subrayó este mismo punto en su decisión de revocar la decisión de la Sala de Primera Instancia, enfatizando que al decidir si derivar a un Estado Parte a la AEP, la Sala de Primera Instancia debe considerar si existen formas alternativas de obtener el cumplimiento por parte del Estado Parte, incluyendo por persuasión o movilizándolo la asistencia de actores fuera de la Corte:

“Dado que el objetivo final es obtener la cooperación, una Sala tiene discrecionalidad para considerar todos los factores que puedan ser relevantes en las circunstancias del caso, incluso si los actores externos podrían realmente brindar asistencia concreta para obtener la cooperación solicitada teniendo en cuenta la forma y el contenido de la cooperación; si la remisión proporcionaría un incentivo para la cooperación del Estado requerido; si, en cambio, sería beneficioso entablar más consultas con el Estado requerido; y si se pueden tomar acciones externas más efectivas por parte de otros actores además de la AEP o el CSNU, como terceros Estados u organizaciones internacionales o regionales. En conclusión, la Sala de Apelaciones considera que está claro que, al determinar si una remisión es apropiada, una Sala a menudo deberá tener en cuenta consideraciones que son distintas de la evaluación fáctica de si el Estado ha incumplido con una solicitud de cooperar”.¹⁸

Otra de las enseñanzas dejadas por este caso fue como desde el poder se podía intimidar a los testigos. Este caso despertó dudas sobre la capacidad de la corte de asegurarse sus propias pruebas toda vez que dependió únicamente del Estado keniano para conseguir las. Además, demostró que una de las supuestas grandes fortalezas de la corte que era la cooperación, a su vez también podía ser una de sus grandes debilidades. Por otra parte, las víctimas confiaron excesivamente en que la corte recaudaría todas las evidencias incriminatorias necesarias.

En todo caso, la situación de Kenia ha demostrado que el Estatuto de Roma no es suficiente para garantizar la cooperación *ipso facto*.

¹⁸ ICC. Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta judgment on the Prosecutor’s appeal against Trial Chamber v(B)s “Decision on Prosecution’s application for a finding of non-compliance under Article 87 (7) of the Statute” (2015) supra n 37 at para 53.

Por lo tanto, este caso deja ver claramente que la Corte e inclusive los interesados en la aplicación de la justicia internacional deben continuar desarrollando, adecuando y perfeccionando la normativa nacional e internacional para superar los múltiples obstáculos que se pueden enfrentar cuando el gobierno de un Estado no está dispuesto a colaborar con la Corte. A la par, la Corte debe lidiar también con las limitaciones de la norma internacional, así como con sus propias limitaciones institucionales, y continuar buscando soluciones creativas para lograr la rendición de cuentas.

No obstante, se considera que este tipo de limitaciones podrían ser mejor frenadas a través de los poderes internos de los Estados. Un posible mecanismo de esto es que los Estados promulguen leyes de cooperación con la Corte en donde se establezcan mecanismos alternativos al dominio total del Poder Ejecutivo mediante una repartición equitativa de las potestades cooperación con la CPI entre los poderes públicos; por ejemplo, en el Estado, los poderes que tienen su origen en la voluntad popular son tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, por lo que, pareciese que mediante una serie de normas claras este último poder podría asumir la cooperación de la Corte cuando el Poder Ejecutivo se negase.

5. Caso Ahmad al-Faqi al-Mahdi (Situación: Malí)

En 2016, Ahmad al-Faqi al-Mahdi fue condenado por su papel en la destrucción de edificios religiosos e históricos en Tombuctú, Malí.¹⁹ Esta fue la primera vez que la Corte declaró la destrucción cultural como un crimen de guerra y la primera vez que procesó a un militante islámico. Esta es la primera vez que la CPI acusa a un miembro de un grupo armado islamista, y la primera vez que el fiscal presenta un caso contra una persona únicamente por el cargo de atacar y destruir monumentos religiosos y culturales. Los objetivos de los ataques incluyeron las tumbas de los santos sufíes y los manuscritos antiguos, en un centro cultural que ha sido reconocido mundialmente como Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO.

¹⁹ ICC. Prosecutor v *Ahmad al-Faqi al-Mahdi*. No. ICC-01/12-01/15, Judgment and sentence. 27 September 2016.

En este caso, la Sala de Apelaciones hizo posible que las reparaciones sean más fructíferas para las víctimas individuales.²⁰ En este sentido, se destaca que aunque los crímenes de guerra, por su naturaleza, implicarían una mayor incertidumbre sobre la determinación de las víctimas: cuántas y quiénes son; la sala estableció que las Salas de Primera Instancia creen categorías de víctimas y deleguen en el Fondo de Víctimas la obligación de establecer un mecanismo de selección para maximizar la eficacia del proceso de reparación en situaciones de incertidumbre. Por lo tanto, la Sala de Primera Instancia tendrá que crear adecuadamente categorías de víctimas con derecho a reparaciones antes de delegar, retener el control final, como determinar la elegibilidad de los solicitantes en el proceso de selección, ya sea a pedido del solicitante o por iniciativa propia.

6. Caso de Al-Hassan (Situación: Malí)

Este caso es Pionero al establecer la persecución por motivos de género. El caso contra Al-Hassan, presunto miembro del grupo armado Ansar Eddine y jefe *de facto* de la policía islámica, es el segundo que surge de la Situación de Malí.

El juicio es el segundo caso en la CPI relacionado con la brutal ocupación de Tombuctú por parte de Ansar Dine. Como miembro del grupo, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, fue declarado culpable en 2016 y condenado a nueve años de prisión por atacar nueve mausoleos y la puerta de una mezquita en la ciudad en 2012. Si bien el primer caso, contra Al Mahdi, resultó en una condena final, este no incluyó cargos por delitos sexuales y de género; por el contrario, los cargos de la Fiscalía contra Al-Hassan incluyen varios delitos sexuales y de género, incluido el crimen de lesa humanidad de persecución por motivos de género, un cargo sin precedentes ante la CPI en la etapa de confirmación de cargos.

El Fiscal (OTP) alegó que Al Hassan era “la cara” de la Policía Islámica en Tombuctú con Ansar Dine/AQMI, que eran grupos yihadistas que intentaban establecer un Estado Islámico. Presuntamente organizaba las actividades y el funcionamiento de la policía y estaba a cargo de

²⁰ ICC. Prosecutor v Ahmad al-Faqi al-Mahdi. No. ICC-01/12-01/15, March 8, 2018.

su administración. Además, habría participado en patrullajes policiales y en la aplicación de las nuevas normas establecidas por Ansar Dine/AQMI con las que expresó su satisfacción por su eficacia contra la población civil. Presuntamente también ayudó a policías a casarse ejerciendo presión sobre las familias y apoyó la destrucción de mausoleos (párrs. 23-4).

Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, fue u“a “figura cl”ve” en un reinado de terror después de que los rebeldes vinculados a Al Qaeda invadieran la ciudad del desierto de Malí en 2012.

La defensa indicó que Al Hassan era simplemente un miembro de la policía islámica, en un momento en que las autoridades malienses estaban en desorden, que estaba “obligado a respetar y ejecutar las decisiones del tribunal islámico. Esto es lo que hace la policía en todo el mundo”. Además agregó que si Al Hassan hubiese desobedecido las órdenes judiciales, “se habría arriesgado a ser tildado de traidor y espía” y podría haber sido ejecutado. Cualquier intento de huir de Malí habría puesto en riesgo a su familia.

El 19 de febrero de 2020, la Sala de Apelaciones de la CPI emitió su decisión “Apelación de admisibilidad de Al Hassan” que desestimó la apelación de Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (Al Hassan) de la decisión de admisibilidad de la Sala de Cuestiones Preliminares de Al Hassan²¹ que había sostenido que su caso, acusándolo de trece cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, cumplió con el requisito del artículo 17(1)(d) de que era lo suficientemente grave para ser admisible ante la Corte.

Como escribió la Sala de Cuestiones Preliminares de Al Hassan en la decisión impugnada, el párrafo 50 indica que: “...de acuerdo con la Sala de Apelaciones [en la Apelación de Órdenes de Arresto del Congo, ‘[h]abían los redactores del Estatuto tenido la intención de limitar su aplicación solo a los líderes más importantes sospechosos de ser los más responsables podrían haberlo hecho expresamente’...”.

²¹ ICC. The Prosecutor v Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Décision relative à l’exception d’irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l’affaire soulevée par la défense’. No. ICC-01/12-01/18 OA. 19 february 2020.

En derecho, el propósito del artículo 17(1)(d) del Estatuto “no es obligar a la Corte a elegir sólo los casos más graves, sino meramente obligarla a no procesar casos de gravedad marginalidad”. Específicamente, la Sala de Apelaciones indicó que la distinción hecha durante el proceso de redacción del Estatuto: que el requisito de gravedad era una cuestión de si ejercer la jurisdicción de la Corte de la Corte en lugar de una cuestión de existencia de jurisdicción. Razonaron que el texto del artículo 17(1)(d) y el Preámbulo establecen que los crímenes dentro de la competencia material de la Corte son todos de suficiente gravedad en principio, pero que conductas menos graves pueden ser excluidas de acciones posteriores para que la Corte no estuviera “abrumado con casos menos graves”²²

Las diversas declaraciones de la Sala de Apelaciones de que el propósito del requisito de gravedad es excluir los casos de gravedad marginal²³ y que el artículo 17(1)(d) pretende ‘obligar’ a la Corte no enjuiciar tales casos²⁴ sugiere que existe una presunción en contra de permitir que tales casos procedan.

Además, la Sala de Apelaciones sostuvo que se aplicaban las mismas consideraciones a un ‘caso’ bajo el artículo 17(1)(d) que las que había decidido la Sala de Apelaciones con respecto al artículo 17(1)(a) en la Apelación de Admisibilidad de Gaddafi²⁵ donde sostuvo que un ‘caso’ incluía tanto la conducta del sospechoso que es la base de los cargos en su contra como la conducta que se le imputa llevada a cabo por otros perpetradores. También basándose en el caso Gaddafi, agregó que la ‘conducta’ que define ‘el caso’ es la conducta del sospechoso, así como la conducta descrita en los incidentes bajo investigación que se imputan al sospechoso. Un ‘incidente’ es un evento histórico definido en tiempo y lugar en el que se alega que uno o más perpetradores cometieron delitos que no pueden determinarse en abstracto sino en todas las circunstancias de un caso, incluido el contexto de los delitos

²² ICC. The Prosecutor v Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Décision relative à l’exception d’irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l’affaire soulevée par la défense’. (párrs. 53-58).

²³ Ibidem (párrs. 53, 56, 58, 59)

²⁴ Ibidem, párrafo 59.

²⁵ ICC. The Prosecutor v Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al- Senussi. Situation in Libya. ICC-01/11-01/11 OA 4. 21 May 2014.

y las alegaciones generales contra el sospechoso²⁶. Se trataba de una cuestión de coherencia en el Estatuto.

Finalmente, la Sala de Apelaciones estableció los criterios pertinentes para la evaluación del requisito de gravedad que son holísticos y deben realizarse caso por caso.²⁷ Estos incluyeron:

- Los factores cuantitativos (particularmente el número de víctimas) son importantes pero no determinantes;
- Criterios cualitativos (algunos factores ‘agravantes o cualitativos’ como la naturaleza, escala, forma de comisión de los delitos, incluidos los derechos humanos violados como resultado, el impacto en las víctimas, el papel y el grado de participación del acusado y los motivos discriminatorios);
- Algunos factores de sentencia en las Reglas 145(1)(c) y 145(2) (b) (incluyendo la extensión del daño causado, la naturaleza de la conducta, los medios empleados, el grado de participación del acusado, el grado de intención, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la indefensión de las víctimas, la crueldad de la conducta, la pluralidad de víctimas y cualquier móvil discriminatorio²⁸. Esto se debió a que el artículo 78(1) exige que la Corte tenga en cuenta “la gravedad del delito” al dictar sentencia. Los factores de la sentencia proporcionaron pautas útiles para evaluar la gravedad en virtud del artículo 17(1)(d) y garantizaron la coherencia en la interpretación del concepto de gravedad dentro del Estatuto²⁹

7. Caso Dominic Ongwen (Situación: Uganda)

Es un excomandante del Ejército de Resistencia del Señor, quien fue condenado a 25 años por 61 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el norte de Uganda entre julio de 2002 y diciembre de 2005. La Fiscalía llegó a elevar el número de cargos de siete (7) a setenta (70) confirmándose sesenta y un (61) cargos. Diecinueve (19) cargos se relacionaban con delitos sexuales y

²⁶ ICC. The Prosecutor v Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. párr. 65.

²⁷ Ibidem, párrafo. 94.

²⁸ Ibidem, párrafo. 89-92.

²⁹ Ibidem, párrafo. 93.

de género, incluida la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, el matrimonio forzado como un acto inhumano, la esclavitud, los ultrajes a la dignidad personal y la tortura como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.³⁰

Además, la sala de primera instancia estableció los parámetros legales de los elementos generales de los crímenes de lesa humanidad, a saber, un ataque sistemático o generalizado contra una población civil conforme a una política organizacional³¹ y crímenes de guerra cometidos en un contexto no internacional de un conflicto armado³²; los tipos de responsabilidad relevantes para la situación, a saber, perpetradores³³; la autoría indirecta³⁴ y la coautoría indirecta³⁵ y el delito de tentativa³⁶; y finalmente, las dos defensas planteadas por Ongwen, enfermedad o deficiencia mental³⁷ y coacción.³⁸

Este caso representa cuantitativamente, el mayor número de crímenes sexuales y de géneros imputados a un acusado. Además, representa un hito importante en el avance de la justicia de género. Ongwen es el primer caso de la CPI en donde la fiscalía presentó el cargo de matrimonio forzado como un acto inhumano equivalente a crímenes de lesa humanidad, aunque el Estatuto de Roma no incluye explícitamente este crimen. Además, es la primera vez que el crimen de embarazo forzado es juzgado por un tribunal internacional.

Los desarrollos más emblemáticos de esta decisión pueden resumirse de la siguiente manera:

- **Ultrajes a la dignidad personal**

Basándose tanto en el documento Elementos de los crímenes de la CPI como en la jurisprudencia de los tribunales para la antigua

³⁰ ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021.

³¹ Ibidem, párrafos 2673-2682.

³² Ibidem, párrafos 2683-2693.

³³ Ibidem, párrafo 2782.

³⁴ Ibidem, párrafos 2783-2785.

³⁵ Ibidem, párrafos 2786-2788.

³⁶ Ibidem, párrafo 2699.

³⁷ Idem, párrafos 2450-2457.

³⁸ ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021. párrafos 2581-2589.

Yugoslavia y para Sierra Leona, la Sala de Primera Instancia encontró que el delito de ultrajes a la dignidad personal tenía los siguientes elementos acumulativos:

- el perpetrador humilló, degradó o violó de otro modo la dignidad de una o más personas;
- la gravedad de la humillación, degradación u otra violación fue de tal grado que generalmente se reconoce como un ultraje a la dignidad personal; y
- dicha persona o personas estaban fuera de combate, o eran civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.³⁹

Asimismo, la gravedad del impacto del acto en la dignidad de una persona debe evaluarse caso por caso, pero no se exige que el sufrimiento o la lesión tengan efectos a largo plazo⁴⁰; en cuanto a la *mens rea*, el autor debe haber tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecieron la condición de víctima, pero no es necesario demostrar que el autor tenía una intención o un motivo discriminatorio o que había emitido un juicio de valor sobre la gravedad de los actos infligidos⁴¹. Aplicando estos requisitos a los hechos, la sala de primera instancia consideró que obligar a una persona a matar a otra persona con un garrote e inspeccionar cadáveres, obligar a una persona a ver cómo matan a alguien, así como obligar a las madres a abandonar a sus hijos en los caminos transitados constituía una violación de la dignidad de las víctimas lo suficientemente grave como para constituir el crimen de guerra de ultrajes a la dignidad personal.⁴²

La Sala dispuso que se entendería como embarazo forzado “el confinamiento ilegal de una mujer a la que se ha dejado embarazada a la fuerza, con la intención de afectar la composición étnica de cualquier población o llevar a cabo otras violaciones graves del derecho

³⁹ Ibidem, párrafo 2755.

⁴⁰ Ibidem, párrafo 2756.

⁴¹ Ibidem, párrafo 2757.

⁴² ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021 párrafos 2903 y 3065, este último de los cuales indica que Ongwen ha estado involucrado en estas actividades y por lo tanto culpable del delito de atentados a la dignidad personal.

internacional. Esta definición no se interpretará en modo alguno en el sentido de que afecta a las leyes nacionales relativas al embarazo”.

La sala de primera instancia explicó⁴³ en el párrafo 2723 que “la concepción forzada de la mujer podría ocurrir antes o durante el parto ilegal”⁴⁴ y que “el perpetrador no necesita dejar personalmente embarazada a la víctima a la fuerza, el confinamiento de una mujer que ha sido embarazada a la fuerza por otro es necesario y suficiente para el delito de embarazo forzado”. En atención al primer elemento de este delito, “l “confinamiento ilegal”, la sala de primera el punto de vista de que “la mujer debe haber sido restringida en su movimiento físico en contra de las normas del derecho internacional”, lo que no requiere una duración del “encierro ni que la privación de libertad debe ser severa como se requiere para el delito de reclusión. Con respecto al segundo elemento, ser “obligada a embarazarse”, la sala de primera instancia dijo que éste podría ir más allá de la mera violencia física y, al igual que los demás delitos en el estatuto, también pueden incluir otras circunstancias coercitivas como haber sido “causadas por temor a la violencia, coacción, detención, opresión psicológica o abuso de poder, contra ella u otra persona, o por aprovecharse de un entorno coercitivo, o que la mujer que quedó embarazada era una persona incapaz de dar un consentimiento genuino”.⁴⁵

Con respecto a los elementos mentales, que se capturan en el artículo 7(2)(f) por las palabras “con la intención de afectar la composición étnica de cualquier población o llevar a cabo otras violaciones graves del derecho internacional”, la sala de primera instancia enfatizó que esta oración está enmarcada de manera disyuntiva, por lo que “confinar a una mujer con la intención de violar, esclavizar sexualmente, esclavizar y/o torturar”⁴⁶ se incluiría en la segunda parte de la oración. Asimismo, la Sala de Primera Instancia consideró los antecedentes históricos de la disposición, “no se requiere que el imputado

⁴³ Ibidem. después de discutir la historia detrás de esta disposición con cierto detalle en los párrafos 2717-2722.

⁴⁴ ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021.

⁴⁵ ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021, párrafo 2725.

⁴⁶ Ibidem, párrafo 2727.

haya tenido la intención de mantener a la mujer embarazada más allá de estas intenciones alternativas”, es decir, que el delito se configura independientemente de que el imputado destinados específicamente a mantener a la mujer embarazada.

Ongwen fue declarado culpable de este delito porque dejó embarazadas a la fuerza a dos mujeres, no les permitió irse poniéndolas bajo fuerte vigilancia y les dijo que las matarían si intentaban escapar; debido a la naturaleza de los actos realizados por Ongwen y al hecho de que ocurrieron durante un largo período de tiempo, combinado con su intención de continuar cometiendo otros delitos, como matrimonio forzado, tortura, violación y esclavitud sexual, el elemento mental también se cumplió.

- **El acto inhumano del matrimonio forzado**

La sala de primera instancia expuso primero, con cierto detalle, la naturaleza y las consecuencias del matrimonio forzado al declarar en los párrafos 2748-2749⁴⁷:

“El elemento central y el acto subyacente del matrimonio forzado es la imposición de este estatus a la víctima, es decir, la imposición, independientemente de la voluntad de la víctima, de deberes asociados con el matrimonio, incluso en términos de exclusividad de la (violación forzada) unión conyugal impuesta a la víctima – así como el consecuente estigma social. Tal estado, más allá de su ilegalidad, tiene también efectos sociales, éticos e incluso religiosos que impactan gravemente en el bienestar físico y psíquico de la víctima. La víctima puede verse a sí misma como unida o unida a otra persona a pesar de la falta de consentimiento. Además, un grupo social dado puede ver a la víctima como un cónyuge “legítimo”. En la medida en que el matrimonio forzado resulta en el nacimiento de niños, esto crea efectos emocionales y psicológicos aún más complejos en la víctima y sus hijos más allá de los efectos físicos obvios del embarazo y la maternidad”.

“En consecuencia, el daño sufrido por el matrimonio forzado puede consistir en el ostracismo de la comunidad, el trauma psíquico, el

⁴⁷ ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15. 04 February 2021.

grave atentado a la dignidad de la víctima y la privación de los derechos fundamentales de la víctima a elegir a su cónyuge”.

La sala de primera instancia también llegó a explicar por qué la conducta que subyace al matrimonio forzado no está totalmente capturada por otros crímenes de lesa humanidad al distinguirla del crimen de esclavitud sexual, al indicar que:

“Para centrarnos en la esclavitud sexual y la violación en particular, estos delitos y el matrimonio forzado existen independientemente uno del otro. Mientras que el delito de esclavitud sexual penaliza la restricción o el control por parte del perpetrador de la autonomía sexual de la víctima mientras se encuentra en estado de esclavitud, el “otro acto inhumano” del matrimonio forzado penaliza la imposición de la “asociación conyugal” por parte del perpetrador con la víctima. El matrimonio forzado implica la imposición de esta asociación conyugal y no exige necesariamente el ejercicio del dominio sobre una persona, elemento esencial para la existencia del delito de servidumbre. Asimismo, el delito de violación no penaliza la imposición del “estado civil” a la víctima. Cuando se utiliza un concepto como ‘matrimonio’ para legitimar un estado que a menudo implica una violación en serie, las víctimas sufren un trauma y un estigma más allá del causado por ser una víctima de violación sola”.⁴⁸

8. Caso Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé (Situación: Costa de Marfil)

En 2019, el expresidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo y el líder juvenil Charles Blé Goudé fueron absueltos de crímenes de lesa humanidad a raíz de las elecciones presidenciales de 2010 después de que se abriera su juicio conjunto ante la CPI en enero de 2016.⁴⁹

Bagbo y Blé Goudé habían sido acusados de cuatro cargos de crímenes de lesa humanidad, asesinato, violación, otros actos inhumanos/

⁴⁸ ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021, párrafo 2750.

⁴⁹ ICC. Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. Trial Chamber I. ICC-02/11-01/15. 16 July 2019.

intento de asesinato, y persecución. Al parecer, estos delitos se cometieron cuando la violencia postelectoral barrió Costa de Marfil entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011. Sin embargo, ambos fueron absueltos por la debilidad de las pruebas. En concreto, los jueces no consideraron probada la existencia de un plan común dirigido a mantener a Laurent Gbagbo en el poder, que hubiese dado lugar a la comisión de crímenes contra la humanidad “de conformidad con o en cumplimiento de una política estatal u organizativa”, ni la concurrencia de patrones de violencia que permitiesen deducir la vigencia de una “política para atacar a la población civil”. Este caso fue la antítesis del caso de kennyata en donde se atacó a la Fiscalía por depender únicamente del Estado keniano puesto que en este se reponsabilizó a la Fiscalía por sostener su investigación en informes de ONG.⁵⁰

En especial, llama la atención la opinión del juez Henderson quién desestimó de manera reiterada los informes de Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales y de medios de comunicación, al considerar que habían sido elaborados a partir de rumores anónimos.⁵¹

No obstante, este caso es bastante controversial por las posiciones adoptadas por la mayoría y la disidencia en atención al medio probatorio y a la relación de los discursos de odio dado por los investigados y las acciones ejecutadas por los *Jeunes Patriotes*.

La decisión adoptada por la mayoría de los jueces en la sala de juicios se enfocó sobre dos eventos particulares que la primera instancia se desestimó rápidamente, de la siguiente manera:

“Sobre la base de las pruebas disponibles, una sala de primera instancia razonable podría determinar que el Sr. Blé Goudé accedió a movilizar a los jóvenes para ayudar a evitar que los manifestantes llegaran al edificio de RTI. Sin embargo, la evidencia no es capaz de respaldar la conclusión de que el Sr. Blé Goudé apeló a los jóvenes para que participaran en la violencia o indujeran de otra manera el

⁵⁰ Völkerrechtsblog. International Law & International Legal Thought. The ICC’s ‘evidence problem’. The future of international criminal investigations after the Gbagbo acquittal. 10 January 2019. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/the-iccs-evidence-problem/>

⁵¹ ICC: Reasons of Judge Geoffrey Henderson. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red. 16 July 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2019_07450.PDF

asesinato, la violación y las lesiones de los partidarios de Ouattara durante la marcha de RTI”.⁵²

Con respecto al segundo discurso, la mayoría admitió que, si bien no contiene un llamado directo a la violencia, el lenguaje utilizado tampoco es neutral y podría percibirse como que conlleva el riesgo de que algunas personas tomen el asunto en sus propias manos y se actúen más allá de lo que se les pidió.⁵³ Sin embargo, tal riesgo no debe asumirse y debe establecerse mediante pruebas⁵⁴. La sala indicó que la debilidad de las pruebas se basaba en que no había ejemplos de que las personas que asistieron a la manifestación cometieran alguna de las ‘supuestas’ ordenes, una conclusión reforzada por el hecho de que la violencia tuvo lugar a más de un kilómetro del lugar del discurso y por el hecho de que pudo haber otras circunstancias que condujeron a esta violencia.⁵⁵ Además, el significado del discurso también debe evaluarse en vista de las acciones posteriores de Blé Goudé, como se vio en una serie de transmisiones a fines de febrero y principios de marzo. Si bien estos discursos indican que estaba al tanto de la manera en que se habían implementado sus instrucciones de vigilancia y estaba al tanto de la violencia cometida después del discurso, el hecho es que la violencia había disminuido considerablemente entre su entrevista de principios de marzo y el 14 de marzo y ese es un esfuerzo por calmar la situación había tenido éxito.⁵⁶

En relación con la transmisión del 5 de abril en donde se habría ofrecido un discurso enardecido, la mayoría volvió a enfatizar que no hubo un llamado directo a la violencia por parte de Blé Goudé⁵⁷ ni hubo evidencia de que los perpetradores de la violencia escucharon este mensaje o cómo lo interpretaron⁵⁸.

⁵² ICC. Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. Trial Chamber I. ICC-02/11-01/15. 16 July 2019. Párrafo 1985.

⁵³ Ibidem, párrafo 1988.

⁵⁴ Ibidem, párrafo 1994.

⁵⁵ Ibidem, párrafos 1995-200 y 2008.

⁵⁶ Ibidem, párrafos 2001-2007.

⁵⁷ Ibidem, párrafo 2011.

⁵⁸ Ibidem, párrafo 2015.

Por su parte, quien suscribe, comparte la opinión del Juez Herrera Carbuccia,⁵⁹ la cual podría considerarse como muy fuerte, puesto que Herrera Carbuccia realiza un análisis detallado de antecedentes jurisprudenciales, ante cortes internacionales, nacionales y sistema ONU para alcanzar la conclusión de que Blé Goudé fue responsable “de inducir y solicitar la comisión de los siguientes crímenes de lesa humanidad, descritos en el artículo 7 del Estatuto, cometidos en general durante la violencia postelectoral en los bloqueos de carreteras por parte de los Jeunes Patriotes, y en particular durante la Marcha sobre RTI del 16 de diciembre de 2010 y ataques en la comuna de Yopougon, Abidjan, entre el 25 y el 28 de febrero de 2011 y el 12 de abril de 2011: (a) asesinato; (b) violación; (c) otros actos inhumanos; (d) tentativa de asesinato; y (e) persecución de civiles desarmados”.

El análisis anterior llevó al juez disidente a concluir:

“Es cierto que el discurso del odio *per se* no siempre es delictivo o una incitación a la violencia. A ser así considerado, debe demostrarse que estos discursos, incluidos los de incitación a la violencia, contribuyó a la comisión de un ataque generalizado y sistemático durante la violencia postelectoral y en particular durante los incidentes relevantes. Una Sala de Primera Instancia razonable podría determinar, a partir de las pruebas, que los discursos, “mots d’ordre” y llamados del Sr. Blé Goudé durante la violencia postelectoral, considerados en su conjunto, y a la luz del particular contexto social y político de esa violencia postelectoral, contribuyó sustancialmente a los actos de violencia cometidos por los Jeunes Patriotes. La evidencia analizada anteriormente apoya la existencia de un vínculo directo entre los discursos y “mots d’ordre” del Sr. Blé Goudé a los Jeunes Patriotes y los ataques que estos perpetraron en contra de civiles desarmados que se percibían como simpatizantes de Ouattara. ... Por lo tanto, sería razonable concluir que los Jeunes Patriotes fueron el instrumento de la voluntad del Sr. Blé Goudé para implementar la política de Estado. Teniendo en

⁵⁹ ICC. Dissenting opinion Judge Herrera Carbuccia (Public redacted version) Annex C. ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red. 16 July 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2019_07451.PDF

cuenta su retórica, que se centró en los extranjeros, la ONUCI y el Sr. Ouattara y.. , sería razonable concluir que el Sr. Blé Goudé sabía que los civiles atacados serían aquellos considerados partidarios del opositor Alassane Ouattara. Una Sala de Primera Instancia razonable también podría concluir que el Sr. Blé Goudé usó un discurso de odio que promovía la discriminación y la violencia, negando en última instancia a las víctimas de los crímenes cometidos por los Jeunes Patriotes sus derechos fundamentales a la vida, la libertad, la seguridad, la integridad física y la dignidad humana”.⁶⁰

Finalmente, en atención a los resultados, la ex Fiscal Bensouda declaró que “Estábamos completamente convencidos y teníamos la convicción de que la posición de la Sala de Primera Instancia estaba equivocada. Pero ahora la mayoría ha decidido. Y, por supuesto, todos tenemos que cumplir con eso”.⁶¹

9. Caso de Jean-Pierre Bemba (Situación: República Centroafricana)

Bemba es exvicepresidente de la República Democrática del Congo, con un rol activo en el conflicto de la República Centroafricana y fue detenido el 23 de mayo de 2008 en Bélgica siendo posteriormente entregado a La Haya.

Bemba fue la primera persona en ser condenada por la Corte bajo la doctrina de responsabilidad de mando/ responsabilidad del superior. También es la primera vez en la historia del derecho penal internacional que la violencia sexual contra los hombres se imputa como delito de violación y el primer caso ante la Corte en el que se escuchan testimonios de hombres víctimas de violencia sexual en apoyo de la acusación de violación. Sin embargo, este éxito duró poco.

El Sr. Bemba fue acusado en 2008 de crímenes de lesa humanidad y crímenes De guerra presuntamente cometidos en la República Cen-

⁶⁰ Ibidem, párrafo 646.

⁶¹ Traducción libre de: ‘We were completely convinced and had the conviction that the position of the Trial Chamber was wrong. But now the majority has decided. And, of course, we all have to abide by that.’ Fuente: Green Ruth. Twenty years on the frontline of International Criminal Justice. International Bar Association. Disponible en <https://www.ibanet.org/twenty-years-on-the-frontline-of-international-criminal-justice>

troafricana entre 2002 y 2003. Fue declarado culpable por la Sala de Primera Instancia en 2016⁶² y condenado a 18 años de prisión.⁶³ Sin embargo, el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones anuló su condena, tras lo cual fue puesto en libertad.⁶⁴ Dicha decisión fue un gran golpe para la reputación de la Corte. En junio de 2018, el señor de la guerra Jean-Pierre Bemba fue absuelto de los cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en la República Centroafricana entre 2002 y 2003 por la Sala de Apelaciones de la CPI.

La mayoría de la Sala de Apelaciones cambió su interpretación del Artículo 28(a)(ii). La Sala hizo una construcción amigable para el acusado de lo que podría ser entendido como “necesario” y “razonable” en el contexto de la responsabilidad del superior. A modo de ejemplo, el párrafo 170 de la decisión de apelación sostuvo, sin citar doctrina o jurisprudencia con autoridad que: “Los comandantes pueden hacer un análisis de costo/beneficio al decidir qué medidas tomar, teniendo en cuenta su responsabilidad general de prevenir y reprimir los delitos cometidos por sus subordinados”. Esa frase encarna un grado extraordinario de deferencia hacia el acusado. La Sala de Apelaciones demostró una escasa consideración por las raíces éticas de la doctrina que tradicionalmente impone deberes adicionales a los superiores militares, la mayoría de la sala transformó así la responsabilidad del superior en una amonestación con poco efecto y una carga legal que se elude con demasiada facilidad.

Queda reflexionar que la jurisprudencia que se leen más como opiniones personales, en lugar de argumentos cuidadosamente contruidos

⁶² ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08. 21 March 2016.

⁶³ ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08. 21 June 2016.

⁶⁴ ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08. 21 March 2016.

ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”. ICC-01/05-01/08 A. 8 June 2018.

que se basan en precedentes legales, plantean la preocupación de que los jueces estén participando en lo que el difunto juez Antonin Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos denominó como ‘especulaciones jurídicas hechas derecho’ puesto que se estarían realizando y dando prioridad a simples suposiciones sobre el contenido del Estatuto de Roma, a diferencia de una exégesis cuidadosa de los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, un examen sistémico de los precedentes legales existentes y las fuentes del derecho establecidas en el Artículo 21 del Estatuto. Lo señalado podría tener como consecuencia que los futuros abogados de defensa presenten teorías irreales o sin bases doctrinales y jurídicas que podrían ser consideradas por los jueces de la corte tal como ocurrió en este caso.

II. CONCLUSIONES

Tal como se ha apreciado en este breve artículo se destaca que, si bien la Corte Penal Internacional representa un gran avance en la lucha contra la impunidad, a nivel internacional, queda claro de que existen grandes retos a los que se deben enfrentar los interesados en alcanzar justicia ante este tribunal internacional. La Corte **no ha mantenido** una jurisprudencia consistente y sólida, lo que se puede apreciar en las diferentes opiniones disidentes y decisiones que pareciesen ser tomadas sin el reconocimiento previo al desarrollo histórico del derecho internacional penal y sus respectivas figuras. En todo caso, algo que si queda claro de todos estos casos es que la debilidad en la recolección y presentación de pruebas han afectado el resultado final de los casos. Por lo tanto, se debe destacar, a corto y mediano plazo, el rol principal que tiene y tendrá la tecnología para la recolección y preservación de las evidencias y pruebas. Se debe asumir que hay un cambio de paradigma con este tribunal, el cual hace cada vez más engorroso sobre cómo será evaluado el material probatorio. No se pueden recoger pruebas con lápiz y papel. En todo caso, nos tocará seguir observando y abogando por el fortalecimiento de esta corte encargada de luchar contra la impunidad.

III. BIBLIOGRAFÍA

- HOLLIGAN, Anna. Uhuru Kenyatta case: Most high-profile collapse at ICC. BBC. 05 December 2014. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-30353311> (Accesado 28 de junio de 2022)
- ICC: Reasons of Judge Geoffrey Henderson. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red. 16 July 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2019_07450.PDF
- ICC. The Prosecutor v Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al- Senussi. Situation in Libya. ICC-01/11-01/11 OA 4. 21 May 2014.
- ICC. About the Court. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. Dissenting opinion Judge Herrera Carbuccia (Public redacted version) Annex C. ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red. 16 July 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2019_07451.PDF
- ICC. Prosecutor v *Ahmad al-Faqi al-Mahdi*. No. ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence. 27 September 2016.
- ICC. Prosecutor v Ahmad al-Faqi al-Mahdi. No. ICC-01/12-01/15, Reparations Order, Appeal Chambers. March 8, 2018.
- ICC. Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta judgment on the Prosecutor’s appeal against Trial Chamber v(B)s “Decision on Prosecution’s application for a finding of non-compliance under Article 87 (7) of the Statute” (2015).
- ICC. Rules of Procedure and Evidence. Rule 68. As amended by resolution ICC-ASP/12/Res.7. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>
- ICC. Situation and cases. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08. 21 March 2016.
- ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08. 21 June 2016.
- ICC. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”. ICC-01/05-01/08 A. 8 June 2018.

- ICC. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the status of the Government of Kenya's cooperation with the Prosecution's investigations in the Kenyatta case. 05 December 2014. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-status-government-kenyas-0>
- ICC. The Prosecutor v Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Public Redacted. Trial judgment. ICC-02/04-01/15 04 February 2021.
- ICC. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti. ICC-02/04-01/05. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/uganda/kony> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. ICC-02/11-01/15. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. ICC-02/05-01/09. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. ICC-02/05-01/09. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Situation in Democratic Republic of the Congo).(ICC 01/04-01/06-2842) Decisión según el art. 74 del Estatuto CPI. Disponible en: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf.
- ICC. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Situation in Democratic Republic of the Congo) ICC-01/04-01/06. 07 August 2012.
- ICC. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta. ICC-01/09-02/11. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/kenya/kenyatta> (accesado 22 de junio de 2022)
- ICC. The Prosecutor v Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense'. No. ICC-01/12-01/18 OA. 19 february 2020.

- LÓPEZ MARTÍN, Ane Gemma. La Corte Penal Internacional hace historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo. Foro, Nueva época, vol 15, núm 2 (2012): 255-281. ISSN: 1698-5583.p 271-272.
- OHLIN, Jens Davi“, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability” (2012). Cornell Law Faculty Publications. Paper 577.
- Redress. ICC Prosecutor’s withdrawal of charges against Kenyatta, a blow to victims of the post-election violence In Kenya. 05 December 2014. Disponible en: <https://redress.org/news/icc-prosecutors-withdrawal-of-charges-against-kenyatta-a-blow-to-victims-of-the-post-election-violence-in-kenya/> (accesado 28 junio de 2022)
- Völkerrechtsblog. International Law & International Legal Thought. The ICC’s ‘evidence problem’. The future of international criminal investigations after the Gbagbo acquittal. 10 January 2019. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/the-iccs-evidence-problem/>

**PALABRAS DE CLAUSURA A CARGO
DEL PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES**

El acto de hoy que conmemora los 20 años del Estatuto de Roma en honor a uno de nuestros académicos más representativos de lo que es la disciplina penal y la lucha por los derechos humanos, constituye un privilegio para la Institución que presido. No queremos dejar pasar por alto la significación de un evento que marca un hito en el desarrollo del Derecho internacional penal. En tal sentido, sea propicia la oportunidad para agradecer esta iniciativa del profesor Fernando M. Fernández y la colaboración de los ilustres participantes que nos han acompañado en este acto. La competencia de los mismos en el tema que nos ocupa, destaca de manera inequívoca la importancia de esta materia en el mundo de hoy.

Ciertamente que quedaron atrás aquellos días en que no era fácil hablar de una jurisdicción penal internacional. Podemos recordar que se debe a un suizo, Gustave Moynier, la primera proposición de crear una jurisdicción criminal internacional. En efecto, en un informe presentado en 1872, al Comité Internacional de Seguridad para los heridos militares propuso un tribunal de cinco miembros cuya competencia debía ser para la represión de las infracciones a las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1864.¹

Igualmente podemos recordar el “desacuerdo” del profesor Vespasian V. Pella, pionero en esta materia, por lo limitado del alcance de la “Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional” aprobada en la Sociedad de las Naciones, Ginebra, 16 de noviembre de 1937, ya que la misma se limitaba a las infracciones cometidas en el marco de la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo. La misma ignoraba la amplitud del proyecto presentado por el mismo profesor Pella de Creación de una Cámara Criminal en el seno de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en París el 16 de

¹ Claude Lombois, *Droit Penal International*, Deuxieme Edition, Dalloz, 1979, París, p. 80.

enero de 1928. Dicho proyecto fue adoptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal.²

La creación de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998) acaba con un largo período de la historia de la humanidad durante el cual se asumían dos premisas básicas, hoy descartadas: el Derecho internacional sólo se aplica a los estados y el Derecho penal no se aplica a los estados. La Academia, en su esfuerzo por divulgar en el país la importancia del Estatuto de Roma para la defensa de los derechos humanos, no sólo apoya eventos como este sino publicaciones que contribuyan al objetivo señalado. En tal sentido promovió conjuntamente con la Editorial Jurídica Venezolana la valiosa obra de la Dra. Thairí Moya Sánchez, Premio Dr. Carlos Alberto Urbaneja: *La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela*. En el Prólogo a la obra señalada mencionábamos que:

Para la autora en consideración mucho de lo vivido en Venezuela es producto de lagunas legales que han contribuido a que no se pueda determinar claramente la responsabilidad de los altos funcionarios del gobierno en lo relativo a graves violaciones de los derechos humanos. La obra que hoy tenemos la oportunidad de prologar constituye un llamado inaplazable a realizar los cambios racionales requeridos por la normativa interna para asegurar el cumplimiento de la obligación adquirida por el Estado venezolano.³

A lo anterior añade la Dra. Moya:

... queda tan solo sugerir que la implementación del Estatuto de Roma pueda ser llevado a cabo mirando como vital la modernización de los diferentes códigos y leyes necesarias que están

² Vespasian V. Pella, *La Guerre-Crime et Le Criminels de Guerre. Reflexions Sur La Justice Pénale Internationale. Ce Qu'elle Est et ce Qu'elle Devrait Être*, Editions de la Bacouiniere, Neuchatel (Suisse), 1964, pp. 129 y 157.

³ Julio Rodríguez Berrizbeitia, "Prólogo" en Thairí Moya Sánchez, *La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios N.º 137, y Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2019, p. 18.

relacionadas con la materia, aunado al hecho de la enmienda constitucional y la sincronización que debe existir en el ordenamiento jurídico para garantizar así la lucha contra la impunidad”.⁴

No me queda sino agradecer a los participantes en el evento y ratificarle la importancia de ellos para construir una justicia penal internacional en nuestro país que se traduzca en el respeto a los derechos humanos independientemente de las posiciones ideológicas asumidas por cada quien. A nuestro homenajeado de hoy nuestra consideración a nombre de la Corporación, de respeto y admiración por la firme constancia mantenida a lo largo de los años, en la defensa de los derechos de los venezolanos.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

- LOMBOIS, Claude, *Droit Penal International*, Deuxieme Edition, Dalloz, 1979, París.
- MOYA SÁNCHEZ, Thairí, *La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios N.º 137, y Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2019.
- PELLA, Vespasian V., *La Guerre-Crime et Le Criminels de Guerre. Reflexions Sur La Justice Pénale Internationale. Ce Qu'elle Est et ce Qu'elle Devrait Être*, Editions de la Bacouniere, Neuchatel (Suisse), 1964.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, “Prólogo” en Thairí Moya Sánchez, *La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios N.º 137, y Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2019.

⁴ Thairí Moya Sánchez, ob. cit., p. 564.

**LOS 20 AÑOS DE VIGENCIA
DEL ESTATUTO DE ROMA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

**PALABRAS DE AGRADECIMIENTO
ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ**

Mis más sinceras y expresivas gracias por el acuerdo de Academia de Ciencias Políticas y Sociales de realizar estas jornadas con motivo de los 20 años de vigencia del Estatuto de Roma, como homenaje por el honor que se me ha dispensado de otorgarme el premio alma mater 2022 de la Asociación de Egresados y Amigos de la U.C.V.

Me siento muy honrado y no puedo menos que expresar mi complacencia por esta distinción, en la oportunidad de reunir a un selectísimo panel de expositores sobre un tema que toca la esencia de la protección de los derechos humanos en el plano universal y la reacción exigida ante crímenes atroces a los que ya hace referencia nuestro viejo y noble Código Penal, en aplicación del principio de justicia mundial, y que no solo deben ser objeto de prevención, sino de la más efectiva sanción, superando las barreras de pretendidos alegatos de soberanía o de territorialidad que ceden ante el respeto y la salvaguarda de la dignidad del ser humano.

En Venezuela, en el contexto universal en el que se afirma la primacía de los derechos humanos, pero ante la cruda realidad de su amenaza y violación, los órganos del Estatuto de Roma tienen el reto de dar una respuesta clara y efectiva que no permita la impunidad por los hechos que describe ese texto legal, a la vez que impulsa a los Estados a prevenir y sancionar esos crímenes que hoy ocurren y que no pueden ser simples puntos a tratar en la agenda de los organismos internacionales o noticias que se diluyen en las redes sociales, sino materias de verdadera prioridad por mandato de la dignidad humana y exigencia impostergable e inmediata de la paz y solidaridad entre todos los miembros de la comunidad de naciones. Esto no significa en forma alguna sacrificar principios por razones de pretendida eficiencia, pero sí impone que las legítimas expectativas de la sociedad no se vean aplazadas **sine die** por la lentitud del proceso; y que la justicia resplandezca con el halo visible

de la transparencia, sin condicionamiento por intereses subalternos y sin temor a la afirmación plena del bloque de los derechos humanos, cuya observancia irrestricta no pocas veces entra en pugna con la celeridad que trata de imponer el entorno social en el que nos movemos.

Venezuela fue el primer país en ratificar el Estatuto de Roma en América Latina, lo cual no es extraño por nuestro tradicional empeño en materia de fetichismo legal, de la misma manera que somos el primer país que abolió la pena de muerte, execrada de nuestra constitución desde 1864, aunque también -debemos reconocerlo- ocupamos el último lugar en el índice de respeto al estado de derecho, tenemos un porcentaje escandaloso del 92% de impunidad, figuramos entre los países con mayor corrupción en la región y en el mundo, siendo aterrador el último informe de Transparencia Venezuela que nos remitiera hace dos días el Dr. Carlos Ayala; es notoria la dependencia del sistema judicial del poder político o del gobierno, tal como se evidencia de la última reforma de la Ley del TSJ; y un tema de profunda reflexión, análisis y denuncias, compartido por voceros de la propia Fiscalía y reflejado en informes de comisiones de expertos independientes, tiene que ver con los atropellos y el uso letal de la fuerza por parte de los llamados “cuerpos de seguridad del estado”.

Por todo lo expresado, este tema del Estatuto de Roma nos concierne a todos y tiene prioridad entre nosotros por las investigaciones que cursan ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y ha sido objeto de investigaciones y trabajos por parte de especialistas en la materia, como ya lo ha destacado Luciano Lupini, como es el caso de Milagros Betancourt, Thairí Moya, Carlos Ayala, Victor Rodríguez Cedeño y Fernando Fernández, quienes hoy nos honran con sus intervenciones.

A la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su Directiva, a los ponentes y de manera especial a todos los que hoy participan, mi agradecimiento por la dedicatoria de un foro como este de tan alto nivel y actualidad.

Caracas, 1 de julio de 2022

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA LA REPÚBLICA DE CHILE 2022 19 DE JULIO 2022



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

UNIVERSITAS

Consideraciones sobre la propuesta de Constitución política para la República de Chile 2022

Apertura:
Julio Rodríguez Berrizbeitia

Ponentes:
Marisol Peña Torres (Chile)
Allan Brewer-Carías (Venezuela)

Moderador: Humberto Romero-Muci


VIDEO
CONFERENCIA

Martes: 19-07-2022
Hora: 11:30 AM VE - CH
10:30 AM CO - 12:30 PM AR

Inscripciones en:
<https://universitas.site/eventos>

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA LA REPÚBLICA DE CHILE

DRA. MARISOL PEÑA TORRES*

* Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad del Desarrollo y en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Ministra y ex Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile. Miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

Comienzo mis palabras con un sincero agradecimiento a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela por la honrosa invitación que me ha formulado para exponer sobre el proceso constituyente chileno y la propuesta de nueva Carta Fundamental que ha sido elaborada por la Convención Constitucional. Hago extensivo este agradecimiento al doctor Allan Brewer-Carías quien ha aceptado comentar mi exposición.

Una apreciación objetiva del proceso constituyente chileno requiere una contextualización y, al mismo tiempo, una caracterización de sus principales elementos, aspectos sobre los que versará mi intervención del día de hoy.

I. EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO EN EL CONTEXTO DEL DENOMINADO “CONSTITUCIONALISMO DE TERCERA GENERACIÓN” EN AMÉRICA LATINA

Una primera afirmación que me interesaría compartir con ustedes tiene que ver con el hecho de que el proceso constituyente chileno no puede ser mirado como un hito original en el contexto latinoamericano. Desde comienzos de la década de los noventa, nuestro continente ha venido observando la emergencia de varios procesos constituyentes que suelen estar caracterizados por el hecho de que el poder constituyente ha vuelto al pueblo soberano y éste confía a una asamblea constituyente, con amplias potestades, el reemplazo de la Constitución existente.

Gerardo Pisarello es uno de los autores que se ha dedicado a estudiar esos procesos constituyentes encontrando similitudes entre ellos que parecen obedecer a un cierto patrón común y que, a su juicio, demuestra el surgimiento de un nuevo estadio del constitucionalismo

denominado de “tercera generación”¹. En este sentido, una hipótesis inicial que me gustaría plantear tiene relación con la coincidencia entre los demás procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas y el proceso constituyente que se ha desarrollado en Chile a partir del año 2019.

Así, Pisarello ha sostenido que: “Tanto en Venezuela como en Bolivia y Ecuador, el detonante de las rupturas constituyentes fue la precarización rampante de las condiciones de vida de las capas populares y los sectores medios, unida a la acelerada pérdida de legitimidad de las elites dirigentes, y a la irrupción de nuevos movimientos sociales y políticos empeñados en destituirlos.”² A ello se une -según este autor- la crisis de las políticas neoliberales como se había apreciado tras el “caracazo” en Venezuela como punto de partida de la Constitución de 1999³.

En el caso de Chile, el origen del actual proceso constituyente se encuentra en el denominado “estallido social” del 18 de octubre de 2019. Ese día un centenar de jóvenes manifestaron su disconformidad con el alza de las tarifas del Metro (tren subterráneo que cruza la ciudad de Santiago), saltando los torniquetes en las diversas estaciones de la red. Esa protesta fue acompañada, paralelamente, del lanzamiento de objetos incendiarios a diversas estaciones del Metro que quedaron totalmente destruidas.

En los días que siguieron se desarrollaron diversas manifestaciones ciudadanas, ya no sólo en las calles de Santiago, sino que también en otras ciudades del país. Las movilizaciones sociales fueron permanentemente acompañadas de actos de vandalismo y destrucción como quemas de iglesias, saqueos de supermercados, destrucción de bienes públicos y afectación de la propiedad privada, especialmente de aquellos negocios ubicados en el sector céntrico de nuestra capital.

En su edición del día 19 de octubre de 2019, el diario *El Mercurio* -el de mayor circulación nacional- daba cuenta que: “Estado de emergencia en Santiago: Ola de violencia azota la capital y siembra caos y destrucción.” Más abajo indicaba que “Vandalismo deja a la capital sin

¹ Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Editorial Trotta. Madrid, 2014. p. 108.

² *Ibid.*, p. 112.

³ *Ibid.*, p. 113.

metro tras 24 años de servicio. Jornada comenzó con evasiones masivas y derivó en ataques incendiarios a edificios y a más de diez estaciones del tren (que quedó inutilizado por varios días), saqueos y graves disturbios por toda la ciudad que sobrepasaron a Carabineros (la policía).⁴

Conviene recordar también la información publicada por el periódico Washington Post, en su edición de 27 de noviembre de 2021, donde se afirmaba que “Chile ha sido, por décadas, la nación más estable de América Latina y una de las más prósperas. Su mirada favorable al desarrollo de los negocios ha permitido la inversión extranjera directa y un crecimiento económico sostenido. Su récord en la reducción de la pobreza ha sido impresionante.”⁵

La información recordada explica la sorpresa que causó en nuestro continente, y también en el resto del mundo, que un país de reconocida estabilidad como Chile se encontrara, de la noche a la mañana, envuelto en una espiral donde convivían la protesta social con manifestaciones inusitadas de violencia

Cabe preguntarse, entonces, ¿en qué sentido estas manifestaciones ocurridas en Chile coinciden con el inicio de otros procesos constituyentes latinoamericanos siguiendo la tesis de Pisarello?

- 1) En que la mayoría de los letteros que portaban los manifestantes clamaban por condiciones de mayor igualdad y equidad (educación de calidad, término de las deudas en materia educacional, pensiones dignas y acceso universal a las diversas prestaciones de salud, entre otras). Las originales demandas relacionadas con la vigencia y fortalecimiento de derechos sociales fueron acompañadas, más tarde, por otras vinculadas al reconocimiento identitario y a una mayor igualdad por parte de comunidades indígenas y de la población LGTBIQ+, planteándose como grupos excluidos e históricamente vulnerados.

Como sostenía, en los días posteriores al estallido social, la periodista María Olivia Monckeberg, “desigualdad y la estratificación social, así como el individualismo y el abuso en sus diferentes formas, fueron emergiendo dentro del poco feliz legado

⁴ Página A1.

⁵ Traducción libre del inglés.

del «modelo» que por aquel entonces llamaban «de economía de mercado» y al que hoy se define como neoliberal”⁶. El modelo al que ella se refería correspondía a aquel legado por el régimen militar encabezado por Augusto Pinochet y plasmado en la Constitución de 1980.

En la misma línea, el sociólogo Manuel Antonio Garretón afirmaba que el estallido era una forma de superar “el actual modelo económico social heredado de la dictadura y corregido por la Concertación, pero que no dejó de ser [...] un orden social abusivo en que mandan los poderes fácticos, y que generan desigualdades, injusticia, y abuso.”⁷

- 2) En que no faltaron los autores que vincularon la baja participación electoral, en las últimas elecciones generales, a una pérdida de confianza -y aún más- a una desafección de la ciudadanía hacia la clase política y las instituciones a través de la cual ella actuaba, lo que también habría incidido en la verdadera rebelión ciudadana que importó el estallido social.

La politóloga chilena, Claudia Heiss, se refirió a este fenómeno en los siguientes términos:

“La capacidad de representación de los partidos ha sufrido un grave deterioro, Ya no aparecen ante la ciudadanía como una forma efectiva de transmitir sus ideas, valores e intereses a la esfera de la toma de decisiones políticas en el gobierno y el Congreso. La distancia entre ciudadanos y líderes políticos aumentó. Esto se debió, al menos en parte, a los enclaves institucionales (contenidos en la Constitución de 1980).”⁸

En consecuencia, el proceso constituyente chileno registra evidentes coincidencias con las causas que han detonado la emergencia de otros procesos constituyentes en nuestro continente revelando, por un

⁶ Fuente: <http://palabrapublica.uchile.cl/2019/12/11/la-raiz-del-estallido-y-el-fracaso-del-modelo-neoliberal/>, consultado el 14 de julio de 2022.

⁷ Citado por Valentina Verbal, “La democracia en entredicho”, en Felipe Schwember; Valentina Verbal y Benjamín Ugalde, *La Constitución en disputa. Miradas sobre el debate constitucional chileno*, Ediciones Democracia y Libertad, Santiago, 2021, pp. 69-70.

⁸ Claudia Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., Santiago, 2020, p. 84.

lado, el agotamiento o decaimiento del régimen constitucional imperante y la necesidad de su reemplazo por uno nuevo donde la reivindicación de la igualdad sustantiva -entendida como igualdad de oportunidades- y el incremento de los mecanismos de participación directa jugarán un rol esencial.

“Y a lo anterior cabría agregar que un cambio de la situación imperante no se iba a traducir en un resultado satisfactorio con la simple modificación de la Constitución vigente”.

En este sentido, el abogado chileno -y convencional constituyente- Fernando Atria, ya había sostenido varios años antes del estallido social, que:

“La subsistencia de estos cerrojos (los que se imputaban a la Carta de 1980) es la marca de la continuidad de la Constitución actual (reformada en sucesivas oportunidades) con la de Pinochet. Ellos definen la trampa de Guzmán (profesor chileno indicado como el ideólogo de la Constitución), la forma tramposa en que la Constitución de 1980 da a la unidad política chilena: una forma esencialmente antidemocrática en la que el pueblo no es entendido como la fuente última de validez, sino como el peligro del cual hay que protegerse (...)”.

II. EL ORIGEN DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

Ante el escenario descrito anteriormente, la convocatoria efectuada por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, por cadena nacional de radio y televisión, el 12 de noviembre de 2019 a gestar un acuerdo “por una nueva Constitución” será complementado tres días más tarde, por el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, suscrito por todos los partidos políticos con representación parlamentaria con exclusión del Partido Comunista.

En este último se reconocía la “grave crisis política y social” por la que atravesaba el país y se instaba por una salida institucional cuyo objetivo fuera buscar la paz y la justicia social a través de un procedimiento inobjetablemente democrático. Este procedimiento consistía en

convocar a la ciudadanía a un plebiscito en el cual se respondieran dos preguntas: 1) ¿Quiere usted una nueva Constitución? y 2) ¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva Constitución: una Convención Mixta Constitucional integrada, por mitades, por parlamentarios y personas elegidas directamente por la ciudadanía o una Convención Constitucional conformada sólo por personas elegidas por el cuerpo electoral con el único propósito de redactar y proponer al país un texto de nueva Constitución? que finalmente sería sometido a un plebiscito “de salida” con sufragio obligatorio.

Este acuerdo se tradujo en la reforma constitucional materializada a través de la Ley 21.200 que fuera publicada en el Diario Oficial de 24 de diciembre de 2019. Este punto merece destacarse, pues resulta claro que la Convención Constitucional empezó a funcionar en Chile, en ejercicio del Poder Constituyente derivado y no del Poder Constituyente originario, pese a que el Reglamento General que se dio la Convención, en sus primeros meses de trabajo, así lo afirmara en su artículo 1°.

Del mismo modo, conviene puntualizar que la reforma constitucional, de diciembre de 2019, fijó límites materiales o sustantivos a la Convención Constitucional consistentes en el respeto al carácter democrático y republicano del Estado de Chile, así como a las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.⁹ Lamentablemente, la reforma constitucional no contempló ningún mecanismo para asegurar el cumplimiento de dichos límites. Por el contrario, sólo se previó una reclamación ante la Corte Suprema (cinco Ministros elegidos por sorteo) frente al incumplimiento de límites procedimentales por parte de la Convención agregando el artículo 136, en su inciso final, que “No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución” (referido a los límites materiales).

Ahora bien, la demanda por la sustitución de la nueva Constitución en Chile no tiene su origen exclusivo en el estallido social de octubre de 2019 y en la respuesta institucional con la que se pretendió encauzarlo.

En efecto, en la elección presidencial de 2013, un grupo de ciudadanos había impulsado la campaña “Marca tu Voto” a fin de incluir las

⁹ Art. 135, inciso final, de la Constitución Política.

siglas “AC” (Asamblea Constituyente) en su papeleta electoral¹⁰. El sitio web “Vota Inteligente” informó, posteriormente, que dicha campaña obtuvo un 8% de votos marcados en la primera vuelta de la elección presidencial, en tanto que, en la segunda vuelta, dicho porcentaje se elevó a un 10,2%.

Posteriormente, durante el segundo período de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se desarrolló un proceso de participación ciudadana a través de consultas individuales, encuentros locales autoconvocados, cabildos provinciales y regionales y sobre la base de una metodología diseñada por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia con asesoría, entre otros organismos, del PNUD, tendiente a auscultar los cambios constitucionales deseados por la ciudadanía.

El proceso aludido fue supervisado por un Consejo de Observadores Ciudadanos presidido por el abogado constitucionalista Patricio Zapata, quien por esos mismos días, publicaba un libro, “La casa de todos”, formulando una invitación a pensar en un renovado diseño constitucional para Chile y destacando, entre otras razones, la ilegitimidad de origen de la Carta vigente¹¹, sin perjuicio de su ilegitimidad sustantiva al mantener un diseño constitucional que, pese a las reformas introducidas, no había logrado ser verdaderamente inclusivo.¹²

El proceso participativo impulsado por el gobierno de la Presidenta Bachelet tradujo las demandas e inquietudes ciudadanas recopiladas en un proyecto de reforma de la Constitución vigente que ingresó al Senado el 6 de marzo de 2018 y que no alcanzó a tramitarse, pues nos encontrábamos a cinco días del cambio de gobierno asumiendo, también por un segundo período, el candidato de centroderecha Sebastián Piñera.

¹⁰ Puede apreciarse aquí una extraordinaria coincidencia con el proceso que dio origen a la Constitución colombiana de 1991, pues en las elecciones legislativas y municipales del año 1990, se impulsó la propuesta de depositar una papeleta extra, en las urnas electorales, a favor o en contra de una Asamblea Constituyente.

¹¹ Claudia Heiss sostiene que “el plebiscito (aprobatorio de la Constitución de 1980) “se realizó sin contar con las mínimas garantías democráticas: no había registros electorales ni capacidad de la opción “No”, contraria a la propuesta del gobierno de Pinochet, para poder hacer algún tipo de propaganda”. Agregaba que, incluso, se podía votar con el carnet de identidad vencido. Ob. cit., pp. 77-78.

¹² Patricio Zapata, *La casa de todos*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015. p. 62.

Pese a los esfuerzos desplegados con anterioridad, sólo el estallido social de 2019 tuvo la fuerza para impulsar el cambio de la actual Constitución. En el plebiscito desarrollado el 25 de octubre de 2020, en aplicación de las normas introducidas por la Ley 21.200, un 78.31% del cuerpo electoral se inclinó por la opción de redactar una nueva Constitución, mientras que un 79.18% de quienes sufragaron favorecieron la propuesta de avanzar hacia una Convención Constitucional íntegramente elegida por la ciudadanía¹³.

Las elecciones de convencionales constituyentes tuvieron lugar los días 15 y 16 de mayo de 2021 con la particularidad que, de los 155 miembros a elegir, 17 escaños quedaron reservados para representantes de los pueblos indígenas. Al mismo tiempo, el diseño electoral del plebiscito supuso la presentación de listas separadas de candidatos independientes y la aplicación de la paridad en términos de corregir el resultado obtenido a fin de que la Convención quedara integrada por un número equivalente de varones y mujeres.

La Convención Constitucional se constituyó el día 4 de julio de 2021 con el imperativo de redactar una propuesta de nueva Carta Fundamental que, finalmente, fuera sometida al escrutinio ciudadano. Para esos efectos, se le fijó un plazo inicial de nueve meses extensibles por otros tres más. La Convención utilizó la totalidad del plazo conferido entregando su propuesta al Presidente de la República el día 4 de julio de 2022. Este, a su vez, convocó de inmediato al plebiscito destinado a aprobar o rechazar dicha propuesta, el que se fijó para el 4 de septiembre del mismo año.

Resulta interesante recordar aquí las palabras de la Presidenta de la Convención Constitucional, la profesora del pueblo mapuche Elisa Loncón, al instalarse dicho órgano:

“Esta Convención que hoy día me toca presidir transformará a Chile en un Chile plurinacional, en un Chile intercultural, en un Chile que no atente contra los derechos de las mujeres, los derechos de las cuidadoras, en un Chile que cuide a la Madre Tierra, en un Chile que limpie las aguas, en un Chile libre de toda dominación. Un saludo especial a los lamngen mapuche del Wallmapu, este es un sueño de nuestros antepasados, este sueño hoy se hace realidad.”

¹³ www.servel.cl.

Las expresiones de la Presidenta de la Convención Constitucional resultaron anticipatorias de la orientación deconstructora y refundacional que caracterizaría el desarrollo de su trabajo a lo largo de todo el año de su funcionamiento dando lugar a propuestas de normas profundamente contrarias a la identidad constitucional chilena.

III. ¿HA SIDO EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO UNA EXPRESIÓN DE LAS REGLAS DEMOCRÁTICAS?

Creo que no pueden existir voces divergentes frente a la afirmación de que los procesos constituyentes deben desarrollarse dentro de los marcos democráticos. En este sentido, el Preámbulo de la propuesta de nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional, afirmaba que “Nosotras y nosotros, el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones, nos otorgamos libremente esta Constitución, acordada en un proceso participativo, paritario y *democrático*.”

El análisis que realizaré a continuación está enmarcado por la polémica doctrinal que han sostenido los filósofos del derecho Jeremy Waldron y Ronald Dworkin respecto a la forma de adoptar los acuerdos en democracia, así como también la vía para solucionar los desacuerdos.

Como sabemos, Waldron postula que lo importante es que los acuerdos sean fruto de un amplio proceso deliberativo (siguiendo a Habermas) en el que quienes participan están en una condición de igualdad esencial. Así, los arreglos son democráticos cuando son el fruto de un proceso de esas características que viene acompañado, además, por la primacía de la regla de la mayoría. Cualquier desacuerdo que subsiste debe solucionarse de la misma forma.¹⁴

Dworkin, en cambio, va más allá de la visión netamente procedimental de la democracia propuesta por Waldron para impulsar una forma de solucionar los desacuerdos radicada en los jueces, particularmente cuando se trata de los denominados “casos difíciles”. En su mirada, es a todas luces evidente que ninguna democracia brinda una auténtica igualdad de poder político¹⁵. Se trata, entonces, de asegurar

¹⁴ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

¹⁵ Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012. p. 46.

un resultado justo desde la perspectiva de los derechos de las personas entendidos como derechos morales.

En el caso del proceso constituyente chileno, podemos observar que ni el procedimiento ni el resultado se ajustaron integralmente a los estándares democráticos.

1. Análisis de aspectos procedimentales del proceso constituyente

No podría cuestionarse que el proceso constituyente llevado a cabo por la Convención Constitucional brindó iguales oportunidades de expresar sus opiniones a hombres y mujeres como consecuencia de la aplicación de la regla de la paridad¹⁶. De hecho, las dos mesas directivas con que contó la Convención estuvieron integradas por una mujer y un varón, respectivamente. En el caso de la primera mesa, sus integrantes fueron Elisa Loncón y Jaime Bassa mientras que la segunda estuvo conformada por María Elisa Quinteros y Gaspar Domínguez.

Por su parte, la participación de la ciudadanía durante el desarrollo del proceso constituyente presentó severos inconvenientes que llevan a sostener que se trató de un proceso carente de incidencia en el resultado. Para avalar esta afirmación basta considerar que la Convención Constitucional abrió un proceso de participación ciudadana que consideraba la presentación de iniciativas populares de norma, encuentros autoconvocados y cabildos populares. Al mismo tiempo, las diferentes comisiones en que se subdividió la Convención Constitucional invitaron a expertos y representantes de organizaciones sobre los temas a tratar a fin de conocer su opinión especializada. Del mismo modo, se convocó a una consulta popular indígena destinada a recabar el parecer de los pueblos originarios.

Quisiera detenerme sólo en las iniciativas populares de norma y en la consulta indígena.

Las primeras requerían, para efectos de su presentación, el apoyo de 15.000 firmas distribuidas a través de cuatro regiones distintas

¹⁶ En otra oportunidad hemos criticado la aplicación de la regla de la paridad en la Convención por el hecho de aplicar una corrección después de emitido el voto y no en la presentación de las candidaturas respectivas. Marisol Peña Torres, “Equidad de género en la nueva Constitución: avances y desafíos”, en *Revista Anales* Vol. XL, Instituto de Chile, Santiago, 2021, pp. 159-169.

del país¹⁷. De acuerdo a las estadísticas proporcionadas por la propia Convención Constitucional fueron admitidas 78 iniciativas populares de norma respaldadas por 980.332 personas. A pesar de que, cerca del término de su trabajo, la Convención informó que un 91.5% de las iniciativas aprobadas había pasado al texto de la nueva Constitución, esta información fue rápidamente desmentida por el propio Vicepresidente de dicho órgano, Gaspar Domínguez.¹⁸

Lo cierto es que, de las 78 iniciativas populares de norma presentadas, muy pocas se vieron reflejadas en el texto de la propuesta. Entre ellas, aquéllas que tenían que ver con el aborto libre y con el reconocimiento del valor constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos. Sin embargo, las iniciativas populares de normas que contaron con mayor apoyo de firmas, sencillamente, fueron desechadas, sin entregarse una respuesta coherente que lo justificara. Así ocurrió, por ejemplo, con la iniciativa denominada “Con mi plata no”, respaldada por 60.852 firmas -la de mayor apoyo-, y cuyo objeto era proteger la propiedad de los fondos ahorrados en las administradoras de fondos de pensiones (AFP) ante una posible estatización de los mismos. Consultada al respecto la coordinadora de la Comisión de Participación Popular de la Convención Paulina Valenzuela declaró “hay harto análisis que hacer, cuantitativo y cualitativo de toda esta información. *Esto es lo que ocurre cuando dos ideas son contrarias, una tiene que ganar y la otra tiene que perder*. En cuanto a la cantidad de votos que obtuvo “Con mi plata no”, es súper fácil en un tiempo corto conseguir esa cantidad de votos cuando tienes el dinero y las redes para poder hacer esa campaña” (El destacado es nuestro).¹⁹

La plataforma “Lupa Constitucional” informó de otras iniciativas populares de norma que habían contado con un fuerte apoyo ciudadano y que fueron rechazadas por la Convención Constitucional sin una

¹⁷ Artículo 35 del Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente de la Convención Constitucional.

¹⁸ <https://lupaconstitucional.malaespinacheck.cl/2022/05/06/impreciso-915-de-las-iniciativas-populares-de-norma-llego-al-borrador-de-la-nueva-constitucion/>, consultado el 16 de julio de 2022.

¹⁹ Fuente: Emol.com - <https://www.emol.com/noticias/Economia/2022/03/31/1056677/rechazo-comision-normas-participacion-popular.html>, consultado el 16 de julio de 2022.

adecuada respuesta. Entre ellas se cuentan las referidas a “Primero las víctimas”, destinada a brindar protección y garantizar el derecho a la seguridad ciudadana de los perjudicados por la comisión de delitos; “Libertad religiosa y de conciencia en la Nueva Constitución”, cuyo fin era garantizar la eficacia de estos derechos fundamentales en una sociedad democrática; “Emprende Libre”, orientada a asegurar el libre emprendimiento y la libertad económica y “Derecho a la vida” del no nacido en cuanto persona.

La frustración que generó el rechazo de estas iniciativas populares de norma llevó a que los autores de las mismas empezaran a inclinarse, claramente, por el rechazo de la propuesta de nueva Constitución. Así se desprende, por ejemplo, de las declaraciones de Macarena Letelier, vocera de la iniciativa “Con mi plata no”, difundidas por radio Pauta²⁰

“Con mi Plata NO es un movimiento social que no es ni de derecha ni de izquierda. Participamos del proceso constituyente, fuimos la iniciativa con mayor apoyo ciudadano, pero la Convención se negó a garantizar que los trabajadores sigamos siendo dueños de nuestro ahorros actuales y futuros. Es por esto que nosotros no podemos aprobar el texto de nueva Constitución, sino que debemos seguir luchando para que nuestras ideas queden reflejadas”, dijo

“Accedimos a participar de la campaña del Rechazo porque el rechazo hoy es ciudadano. Utilizaremos todos los espacios que nos den para entregar este mensaje. Rechazamos la nueva Constitución porque ella rechazó incluir lo que pedíamos la mayoría de los ciudadanos”, finalizó.

En lo que se refiere, ahora, a la consulta indígena planteada a quienes se autoidentificaban como pertenecientes a algún pueblo indígena que ascendían a 7.549 personas, la participación en la aludida consulta no superó el 0.3% de esa cifra²¹. Ello no deja de tener importancia si se considera que uno de los aspectos nucleares de la propuesta de

²⁰ Fuente: <https://www.pauta.cl/politica/franja-ciudadana-rechazo-propuestas-normas-convencion-constituyente>, consultado el 16 de julio de 2022.

²¹ Fuente: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/6489/, consultado el 16 de julio de 2022.

nueva Constitución era el carácter plurinacional que se venía asignando a nuestro Estado, como veremos más adelante.²²

En consecuencia, si bien la Convención Constitucional contempló mecanismos de participación y aporte de la ciudadanía a la labor que debía cumplir, es difícil sostener que exista una correlación directa entre los contenidos incluidos en la propuesta constitucional y dichos aportes. De la misma forma, la falta de incidencia del proceso participativo se pone de manifiesto al considerar que, a las personas que presentaban iniciativas populares de normas, que además cumplían con los requisitos de admisibilidad, no se les indicaba cuál era la razón por la cual ellas terminaban por ser desechadas.

2. Análisis de aspectos sustantivos del proceso constituyente

Así como he pretendido mostrar que el proceso constituyente chileno no ha sido verdaderamente democrático desde el punto de vista de los procedimientos que utilizó (al menos si tomamos la perspectiva de una democracia real y no formal), quisiera intentar justificar, seguidamente, por qué puede arribarse a la misma conclusión desde la perspectiva del resultado producido por la Convención, esto es, del contenido de la propuesta de nueva Constitución para Chile. Para este análisis distinguiré entre aspectos vinculados a la democracia política, a la democracia social y a la democracia económica.

2.1 Democracia política

En lo que se refiere a la democracia política, la propuesta de nueva Constitución omitió toda referencia a los partidos políticos como expresión del derecho de asociación. El artículo 183 de la propuesta sólo contemplaba, en términos genéricos, que: “Las organizaciones políticas reconocidas legalmente implementarán la paridad de género en sus espacios de dirección, asegurando la igualdad sustantiva en sus dimensiones organizativa y electoral y promoviendo la plena participación de las mujeres. A su vez, deberán destinar un financiamiento electoral proporcional al número de dichas candidaturas.” Agregaba que “El Estado y

²² En el artículo 1° de la propuesta constitucional indicaba que: “Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.

las organizaciones políticas deberán tomar las medidas necesarias para erradicar la violencia de género con el fin de asegurar que todas las personas ejerzan plenamente sus derechos políticos.” (Art. 163).

Por su parte, el “corazón” del sistema político constituido por el conjunto de relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional experimentó una fuerte embestida desde el punto de vista de los frenos y contrapesos. Específicamente, la propuesta mantuvo el carácter bicameral del Congreso Nacional bajo un modelo que se denominó de “bicameralismo asimétrico”. Este consistía en la conformación del Poder Legislativo por un Congreso de Diputadas y Diputados integrado, en principio, por 155 miembros, a los cuales se agregarían otros más dependiendo del procedimiento que se diseñara para la representación de los pueblos indígenas (Art. 252). Además, se contaría con una Cámara de las Regiones (en reemplazo del actual Senado) con la función de concurrir solamente a la formación de las “leyes de acuerdo regional” enumeradas en el artículo 268 de la propuesta.

En la práctica, la nueva conformación del Poder Legislativo importaba que la segunda cámara -de las regiones- iba a tener una intervención reducida en el proceso legislativo y que no pudiera ejercer el rol de contrapeso del Congreso de Diputadas y Diputados que ha caracterizado al Senado hasta el día de hoy. Baste ejemplificar con el hecho de que la Cámara de las Regiones sólo tendría la posibilidad de intervenir en la discusión y aprobación de proyectos de ley referidos a algunos derechos fundamentales (salud, educación y vivienda) dejando la deliberación del resto de ellos sólo al Congreso de Diputadas y Diputados, el que además podía aprobar los proyectos respectivos por la simple mayoría de sus miembros presentes (Art. 270.1).

Si a lo anterior, se une la consideración de que los miembros del Congreso de Diputadas y Diputados serían elegidos al mismo tiempo que el Presidente de la República puede concluirse que tampoco existiría un contrapeso real respecto de éste, pues era altamente probable que los parlamentarios elegidos pertenecieran a la misma corriente política del presidente.

En lo que se refiere al Poder Judicial, éste desaparece como tal, siendo reemplazado por un capítulo destinado a regular los “Sistemas de Justicia” que coloca, en un plano de igualdad, a los tribunales que

establece la ley y a la justicia indígena siguiendo la tesis del “pluralismo jurídico”²³.

Sin perjuicio de lo anterior, se crea un Consejo de Justicia, integrado por 17 miembros, de los cuales sólo 8 serían jueces, siendo incidente la participación de miembros generados políticamente. Sus poderes son, por lo demás, enormes, desde el momento que estará encargado de los nombramientos, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia (Art. 342).

La justicia constitucional, por su parte, queda mermada al eliminarse toda forma del control preventivo de constitucionalidad de la ley y al dejar confiada la acción de inaplicabilidad, como control concreto de constitucionalidad de los preceptos legales, a la decisión del juez que conoce del respectivo litigio, aun cuando la inaplicabilidad hubiese sido invocada por alguna de las partes (Art. 381.1 letra a). Sobre este punto, varios académicos hemos planteado que esta modificación importa una seria lesión al derecho de acceso a la justicia, relevado muy especialmente por la Comisión de Venecia, asesora del Consejo de Europa²⁴.

Como puede apreciarse, entonces, la democracia política se ve debilitada en la propuesta constitucional desde el momento en que no se considera el importante rol que cumplen los partidos políticos en democracia y que los mecanismos tradicionales de frenos y contrapesos entre los principales órganos del Estado se ven mermados.

2.2 Democracia social

Siempre he pensado que una de las características del constitucionalismo de nuestro continente es la tendencia hacia la “inflación” de derechos. Probablemente, porque los consensos han sido difíciles de construir en sociedades fragmentadas y con profundos problemas estructurales, una tendencia muy latinoamericana ha sido recoger, en

²³ Sara Araujo, “El constitucionalismo moderno, el pluralismo jurídico y el desperdicio de la experiencia”, en Boaventura De Souza Santos, Sara Araujo y Orlando Aragón Andrade, *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de las promesas falsas o imposibles*, Ediciones Akal, Ciudad de México, 2021. p. 135.

²⁴ Tribunal Constitucional de Chile, “Comisión de Venecia: Estudio sobre el Acceso Individual a la Justicia Constitucional”, en: *Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional* N.º 54, Santiago, 2014.

nuestras Cartas Fundamentales, amplios catálogos de derechos, como ya se observó, por ejemplo, en la Constitución brasileña de 1988. Se trata de una óptica muy distinta a la de los países europeos que, habiendo adoptado la fórmula del Estado Social de Derecho, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, no pretendieron solucionar el déficit de las políticas públicas relacionado con los derechos sociales, a través de exhaustivas regulaciones constitucionales.

En este sentido, conviene recordar las palabras de la ex Presidenta del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Jutta Limbach quien, al celebrarse los 60 años de la Ley Fundamental de Bonn, expresara que: “El principio del Estado social no otorga al individuo derecho fundamental alguno respecto de una protección adecuada por parte del Estado; ya que el derecho propuesto a una mínima alimentación, vestimenta y vivienda, no está incorporado en la Ley Fundamental.” Agregaba que, si bien el Estado debía velar por un orden social justo, “los objetivos del Estado, en general, se remiten al legislador, porque su tarea consiste en ocuparse de lograr un equilibrio entre los intereses en pugna y las condiciones de vida aceptables para todos.”²⁵

Las constituciones latinoamericanas más recientes, como las de Ecuador y Bolivia, han seguido precisamente el ejemplo inverso al contemplar una gran cantidad de derechos sociales y, además, al articularlos de forma muy minuciosa. Así, la Constitución del Ecuador clasifica los derechos reconocidos constitucionalmente en derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección con un amplio nivel de detalle. En la misma línea, la Constitución de Bolivia sigue una clasificación bastante similar agregando un capítulo especial destinado a los derechos relativos a la educación, la interculturalidad y los derechos culturales.

La Convención Constitucional chilena, sin duda, se inspiró en estos modelos, como lo demuestra la adaptación de algunos de sus prin-

²⁵ Jutta Limbach, “60 años de la Ley Fundamental Alemana: Un modelo para la democracia liberal y la economía social de mercado”, en *La Ley Fundamental Alemana y la Constitución Política Chilena. Estudio Constitucional Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010. p. 187.

cipios fundamentales. Este es el caso del “buen vivir” y el carácter de sujeto de derecho atribuido a la naturaleza siguiendo a la Constitución ecuatoriana de 2008. Otro tanto puede decirse de la “plurinacionalidad” recogida en la Carta boliviana de 2009.

La propuesta derivada de la Convención reguló, en su capítulo segundo, los derechos fundamentales y sus garantías, con dos características especialmente destacables: la primera, es la amplitud del catálogo de derechos incluido en la propuesta y, la segunda, es su increíble nivel de detalle.

Ciertamente, debe celebrarse la incorporación de algunos derechos destinados a colocar a Chile en una posición de vanguardia frente a los retos de la globalización como son los derechos digitales. Así, por ejemplo, podemos leer, en el artículo 86.1 que “toda persona tiene derecho al acceso universal a la conectividad digital y a las tecnologías de la información y la comunicación.” El artículo 89.1 asegura a toda persona el “derecho a participar de un espacio digital libre de violencia.”

Pero, sin perjuicio de ese tipo de avances, llama la atención que la propuesta introduzca nuevos derechos de un reconocimiento constitucional, a lo menos discutible. Entre ellos, el derecho de acceso al libro y al goce de la lectura (artículo 94), el derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura (artículo 59), el derecho a la ciudad y al territorio (artículo 52) y el derecho al ocio, al descanso y al disfrute del tiempo libre (artículo 91).

Por otra parte, los derechos sociales clásicos como el derecho a la educación, a la salud y a la seguridad social fueron objeto de una detallada regulación en la propuesta constitucional, lo que, a muchos, nos hizo sostener que se estaba restando espacio a la deliberación del legislador democrático conforme a las necesidades que se fueran presentando en cada momento histórico.

No puede desconocerse, sin embargo, que el fortalecimiento y amplitud de la regulación de los derechos sociales en la propuesta constitucional pretende ser una respuesta a las demandas y aspiraciones manifestadas durante el estallido social de octubre de 2019. La pregunta inevitable es si un mayor número de artículos destinados a recoger derechos sociales y a abordar cada uno de los detalles con que debieran desarrollarse cumple ese objetivo. O, más bien, se está produciendo una

confusión entre el ámbito propio de la regulación constitucional y el desarrollo de las políticas públicas.

En un estudio realizado por el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, se señaló que “Las Constituciones, como mecanismos contramayoritarios, sustraen ciertas materias de la deliberación democrática para asegurar su permanencia. Sin embargo, tal nivel de protección es excepcional dentro de un Estado de Derecho, y, por tanto, ellas también delegan ciertas materias a la ley, reconociendo la importancia de la deliberación democrática.” De esta manera, una cosa es proteger eficazmente ciertos derechos, pero la definición sobre la forma específica de esa protección suele ser entregada a la ley y a la política pública.”²⁶

Tomemos como ejemplo la norma contenida en el artículo 45.2 de la propuesta elaborada por la Convención Constitucional: “La ley establecerá un sistema de seguridad social público, que otorgue protección en caso de enfermedad, vejez, discapacidad, supervivencia, maternidad y paternidad, desempleo, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y en las demás contingencias sociales de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo. En particular, asegurará la cobertura de prestaciones a quienes ejerzan trabajos domésticos y de cuidados.”

Al tenor de la propuesta reseñada, podríamos preguntarnos si era necesario consignar, en la Constitución, las diferentes contingencias de seguridad social que pueden afectar a una persona durante su vida, aunque la redacción incluya la posibilidad de incorporar otras.

Si, como ha dado la impresión, el órgano constituyente ha intentado regular políticas públicas desde la Constitución, no caben dudas que le resta espacio al legislador democrático, al tiempo que rigidiza la posibilidad de brindar protección frente a las carencias respectivas conforme a las necesidades del momento.

En otro orden de consideraciones, cabe relevar el hecho de que la propuesta constitucional acoge, expresamente, el principio de progresividad, desarrollado por el derecho internacional de los derechos

²⁶ Centro de Políticas Públicas UC, “Contribuciones a la discusión constitucional: la garantía de los derechos sociales”, en *Temas de la Agenda Pública*. Año 17 N.º 151, Santiago, 2022. p. 12.

humanos. Así, su artículo 20 señala que “El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna de ellas podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio” y que “El financiamiento de las prestaciones estatales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales propenderá a la progresividad.”

No es del caso reproducir aquí el amplio debate, en la doctrina, acerca de la naturaleza de los derechos sociales y los problemas que acarrea su justiciabilidad. Pero es posible que, en esta audiencia, concordemos en que, ante todo, los derechos sociales se presentan como “derechos de prestación” que, aunque legítimamente propendan a asegurar un mínimo vital, para cada persona, en su eficacia, aparecen subordinados a las capacidades económicas del Estado.

Desde este punto de vista, una de las grandes interrogantes que abrió la regulación de los derechos sociales en la propuesta de nueva Constitución fue la de cómo podría compatibilizarse la progresividad en la plena satisfacción de los derechos fundamentales con los principios de sostenibilidad y de responsabilidad fiscal que fueron expresamente contemplados en el artículo 183 de la propuesta.

Como corolario de lo expresado, pueda afirmarse que, en lugar de una democracia más garantista en materia de derechos, la Convención Constitucional ha propiciado una merma de los niveles de deliberación democrática en materia de políticas públicas fomentando, de paso, una judicialización de la política, pues los derechos recogidos en la Carta Fundamental participan de la eficacia normativa directa de ésta y pueden ser reclamados judicialmente, aunque ello no se concilie con los recursos económicos disponibles.

2.3 Democracia económica

Uno de los elementos novedosos que se han distinguido en la Constitución aún vigente es la introducción del concepto de “orden público económico”. Este ha sido definido como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad ar-

ticulados en la Constitución.”²⁷ No se trató de constitucionalizar ni un modelo económico ni políticas económicas determinadas²⁸ sino que de generar el espacio para una regulación económica que manteniendo el rol del Estado como gran articulador diera también espacio a los privados para contribuir al desarrollo del país.

Sin embargo, no faltaron los detractores de este enfoque constitucional. Así, el profesor Francisco Zúñiga Urbina afirmó, en el año 1992, que “resulta indudable que bajo el concepto de Orden Público Económico se contienen elementos de una política económica determinada, lo que significa un sello ideológico concreto en las normas constitucionales que cristalizan los principios, derechos, garantías e instituciones que le son propias.”²⁹

El núcleo esencial del orden público económico se radicó en el principio de subsidiariedad que no fue recogido expresamente por la Carta Fundamental, sino que se desarrolló, implícitamente, a partir de lo prescrito en su artículo 3° en el que leemos: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.”

Es cierto que el principio de subsidiariedad fue estructurado, en la Constitución vigente, teniendo como eje central a los grupos intermedios entre la persona y el Estado. En consecuencia, a éste le corresponde un rol pasivo al reconocer y garantizar el libre despliegue de las potencialidades de los particulares en forma acorde a los fines propios de cada asociación, pero, a la vez, el Estado tiene un rol activo al amparar a dichos grupos, en forma supletoria o subsidiaria, cuando estos no alcanzan a desarrollarse por sus propios medios.

Esta concepción del Estado subsidiario de la actual Carta fue una de las más combatidas durante el proceso constituyente llevado a cabo por la Convención Constitucional. Fueron diversas las voces que se le-

²⁷ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Segunda edición actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012. p. 503.

²⁸ Arturo Fermandois Vöhringer, *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 30.

²⁹ Francisco Zúñiga Urbina, Constitución y Amparo Económico, en *Gaceta Jurídica* N.º 145, Santiago, 1992, pp. 10-18.

vantaron para sostener que dicha concepción era propia de un modelo de Estado neoliberal que no se preocupaba debidamente de la igualdad de oportunidades.

Fue así como, en una columna publicada por el diario electrónico El Mostrador, se alababa la aprobación, al interior del órgano constituyente, de una norma que identificaba a Chile con un Estado social de derecho que habría de dejar definitivamente atrás el criticado modelo subsidiario. Bajo el título “Hasta siempre Estado subsidiario, bienvenido el Estado social y democrático de derecho”, el columnista planteaba que:

“El nuevo “Estado social y democrático de derecho” aprobado en el Pleno de la Convención, implica un cambio total al paradigma expuesto. Ahora el Estado asumirá una posición activa, ni siquiera garantista, sino un deber de proteger el bienestar de las personas y la sociedad, promoviendo no solo su libertad sino también la igualdad. La responsabilidad de estos deberes sociales descansará en el Estado, dejando al mercado la libertad para generar riqueza, incluso fomentando su emprendimiento, pero en el entendido que ahora el Estado no puede desatender su obligación de generar las condiciones mínimas de dignidad e igualdad de oportunidades. Es decir, no seremos simples consumidores en un mercado en que cada uno vale según lo que tenga en el bolsillo... ahora seremos ciudadanos con los mismos derechos y obligaciones.”³⁰

Para los impulsores de la consagración del Estado social de derecho, éste terminaba sepultando a la subsidiariedad, de modo de transformar ambos conceptos en incompatibles. Así, la asociación entre un Estado decididamente más interventor en la promoción de los derechos sociales se hizo extensiva también a los derechos económicos que se vieron fuertemente afectados en la aludida propuesta.

Desde luego, los particulares verían dificultada su colaboración con el Estado en materia de seguridad social frente al establecimiento de un sistema público (artículo 45), de salud de cara a la instauración

³⁰ El Mostrador. Columna de José Ignacio Cárdenas, de 18 de abril de 2022. <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/04/18/hasta-siempre-estado-subsidiario-bienvenido-el-estado-social-y-democratico-de-derecho>, consultado el 16 de julio de 2022.

de un sistema nacional de carácter universal, público e integrado (artículo 44) y de educación, desde el momento que la propuesta afirmó que el eje del Sistema Nacional de Educación era la educación pública (artículo 36).

Pero, uno de los más aspectos más graves, a mi juicio, se centra en la regulación de los derechos de propiedad y de la libertad de emprender. En ambos casos, la propuesta remite a la ley la determinación del contenido y límites del respectivo derecho bajo límites muy amplios. En el caso de la propiedad, dicha determinación debe efectuarse conforme a su función social y ecológica y, en el caso del libre emprendimiento, teniendo en cuenta la promoción del desarrollo de las empresas de menor tamaño y la seguridad en la protección de los consumidores (artículos 78 y 80). No debe olvidarse, por otra parte, que las leyes llamadas a determinar los límites y contenido de estos derechos debieran ser aprobadas por la simple mayoría de los miembros presentes del Congreso de Diputadas y Diputados sin que tuvieran siquiera el contrapeso de ser reevaluadas por la Cámara de las Regiones, por no tratarse de leyes de acuerdo regional.

A lo anterior debe agregarse la declaración de utilidad pública e interés general de las tierras calificadas de indígenas, lo que facilitará, sin duda, su expropiación para cumplir la finalidad de su restitución entendida como un “mecanismo preferente de reparación, de utilidad e interés general” (artículo 79).

Del mismo modo, el debilitamiento evidente del mecanismo expropiatorio en la propuesta constitucional ha sido objeto de gran preocupación. Todos sabemos que la verdadera garantía del derecho de propiedad se hace ostensible al intentarse la privación de ésta. La propuesta de la Convención Constitucional consignó una fórmula genérica conforme a la cual “La propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.”

El concepto del “justo precio” ocasionó un fuerte debate en Chile, pues pese a los argumentos de que se había seguido en esta materia el ejemplo del Derecho Comparado (Francia), se hacía caso omiso a que la historia de nuestro país registraba un progresivo debilitamiento del derecho de propiedad que se expresó en varias reformas introducidas a

la Constitución de 1925. Ellas posibilitaron el proceso de reforma agraria desde fines de la década de los sesenta, así como la nacionalización del cobre a comienzos de los años setenta con nefastas consecuencias.

De allí que la Constitución que empezara a regir el 11 de marzo de 1981 estableció un estatuto expropiatorio fortalecido frente a su predecesora del año 1925 permitiendo que el afectado siempre tuviera derecho a indemnización por “el daño patrimonial efectivamente causado.”³¹

El concepto de “justo precio”, sin embargo, abre la alternativa de que la indemnización no proceda por ese daño, sino que por el valor correspondiente al avalúo fiscal vigente para efectos de la contribución territorial, que suele ser mucho menor.

Como puede comprenderse, estas propuestas regulatorias constituyen un importante desincentivo a la inversión y al emprendimiento y, por ende, al desarrollo del país, lo que aún resulta más grave frente a la incertidumbre que la propuesta constitucional genera en materia minera y en un país que ha vivido de la exportación de minerales, particularmente del cobre.

Es así como se omite toda mención a las actuales concesiones mineras (de exploración y de explotación), amparadas por la garantía del derecho de propiedad. Escuetamente, el artículo 147 indica que “El Estado debe establecer una política para la actividad minera y su encadenamiento productivo, la que considerará, a lo menos, la protección ambiental y social, la innovación y la generación de valor agregado.” ¿Se respetarían los derechos adquiridos bajo el estatuto constitucional actualmente vigente? ¿Serían reemplazadas las concesiones mineras existentes hasta hoy por meros permisos administrativos sujetos a caducidad en cualquier momento? Estas son algunas de las preguntas que se han levantado, por parte de los empresarios e inversionistas, que han sido el motor de la actividad minera en nuestro país.

De esta forma, si la democracia supone derechos eficaces que reconozcan atributos que son propios de la naturaleza humana y que emanan directamente de su dignidad, bien puede decirse que la propuesta constitucional, dada a conocer el 4 de julio pasado, al debilitar los derechos

³¹ Artículo 19 N.º 24º de la Constitución.

de naturaleza económica, dista mucho de fortalecer la democracia, cuyo valor está ligado profundamente al desarrollo, al crecimiento y a la real igualdad de oportunidades en cualquier país.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Al terminar mis palabras esta tarde quisiera dejarles una breve reflexión acerca del carácter “plurinacional” que la propuesta de nueva Constitución sugiere como definitorio de nuestro Estado. Como sabemos, ésta fue la fórmula adoptada por Bolivia en la Constitución de 2009, siendo éste un Estado donde sobre el 60% de la población tiene el carácter de indígena. En Chile, en cambio, la población indígena bordea el 10% de la población.

En este punto, está al margen de toda discusión que nuestros Estados han suscrito el Convenio 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fomenta el reconocimiento de la identidad de nuestros pueblos originarios promoviendo la libre determinación, pero en un contexto que es compatible con la organización de nuestros Estados.

La propuesta constitucional no sólo define al Estado de Chile como plurinacional, en su artículo 1º, sino que reconoce, explícita y nominativamente, a los pueblos preexistentes en su artículo 5º garantizándoles, además, su libre determinación y el pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales, entre los que se encuentran el derecho al autogobierno y al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones o autoridades, propias o tradicionales (artículo 34).

La plurinacionalidad no sólo se extiende al reconocimiento de los derechos mencionados, sino que también a la garantía, para los pueblos indígenas, de participación en todas las instancias decisorias del Estado con escaños reservados en el Congreso de Diputadas y Diputados (artículo 252) y en la Cámara de las Regiones (artículo 254) y con representantes (2) en el Consejo de Justicia encargado del gobierno judicial (artículo 344). Paralelamente, en la estructura administrativa del Estado, se les confiere el derecho a habitar en “autonomías territoriales indígenas” con las competencias y el financiamiento necesarios para el adecuado ejercicio de su libre determinación (artículos 234 y 235).

El mecanismo del “pluralismo jurídico”, impulsado por la propuesta que comentamos, merece un párrafo aparte, pues gran polémica levantó la aprobación de la norma conforme a la cual “El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia” (artículo 309.1). A diferencia de la regulación existente en la Constitución boliviana no se han incluido criterios para precisar en qué casos y condiciones una persona podría quedar sometida a la jurisdicción indígena que, de más está decirlo, obedece a una lógica muy distinta a la de la justicia ordinaria, en la medida que se basa en costumbres y prácticas ancestrales.

Puede comprenderse, a partir de esta somera descripción de la plurinacionalidad, que muchos chilenos y chilenas sientan en esta definición una deconstrucción muy profunda de nuestra identidad, pues el sentimiento prevaleciente, incluso entre muchos integrantes de los pueblos originarios, es que Chile se ha desarrollado como una nación integrada y abierta frente a las diversidades que puedan darse en su interior. Un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas sería naturalmente deseable, pero lo que no queremos es que éste se lleve al extremo de generar las bases de un proceso de desintegración de nuestra nación y de nuestro Estado, sobre todo, si éste parece animado por miradas ideológicas que intentan convencernos de que, hasta hoy, hemos vivido en un Estado colonialista³².

Termino agradeciendo, una vez más, la generosa invitación de esta Academia hermana y vuestro interés por nuestro proceso constituyente que esperamos, sinceramente, tenga un adecuado final, en el plebiscito de salida del 4 de septiembre próximo.

³² Boaventura De Souza Santos et al., ob. cit.

**CONMEMORACIÓN DEL CINCUENTENARIO
DE LA PROMOCIÓN DE ABOGADOS
AÑO 1971 DE
LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
03 DE AGOSTO DE 2022**

**PALABRAS DEL PROF.
JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES**

Es un honor para mí el poder dirigirme a ustedes con estas breves palabras para conmemorar los cincuenta años de la promoción de abogados (1971) de la Universidad Central de Venezuela. La satisfacción es doble no sólo por celebrar una fecha importante para un grupo de venezolanos, muchos de los cuales han dedicado una vida a la búsqueda de esos principios que al final pueden resumirse en la lucha por una sociedad mejor a través del logro de la justicia. También por haber comenzado su larga trayectoria por el camino del Derecho en una Universidad que el 22 de diciembre del año pasado arribó a sus trescientos años. En efecto, la UCV es un emblema del ser cultural venezolano y casa de muchos de los grandes hombres, entre ellos juristas, que han dado su aporte a la construcción de lo que somos como país. Su nacimiento el 22 de diciembre de 1721, representó un hito clave en todo el devenir del período colonial venezolano, proceso complejo que con sus altos y bajos, anunciaba un cambio sustancial en la sociedad colonial venezolana. Algunos hablan de que habíamos alcanzado un grado de madurez interna que nos permitía aspirar y obtener del Rey Felipe V la elevación del Colegio Seminario de Santa Rosa de Lima hacia el estatus de Real Universidad de Caracas (luego también Pontificia por Bula de Inocencio XIII de 1722).

Todo ello en medio de una sociedad políticamente compleja liderada por alcaldes y regidores del ayuntamiento caraqueño, el Rector y los profesores del antiguo Colegio de Santa Rosa de Lima, el Obispo y su jerarquía eclesiástica, productores agropecuarios y comerciantes y además funcionarios españoles en concordancia con los nuevos vientos que soplaban en la península en la que la dinastía de los Borbones pretendía reorganizar y modernizar a España y sus posesiones ultramarinas de acuerdo a las nuevas tendencias político sociales que se vivían en Europa.

Todo ese conjunto de factores que se agrupaban alrededor de la institución cultural más importante de la que sería la Capitanía General de Venezuela a partir de 1777, iba a generar todo un proceso que culminaría en los importantes cambios que vivirían los venezolanos a partir de 1810. Muchos de los próceres de nuestra independencia asocian sus nombres con la misma institución de la cual ustedes son parte. Ese espíritu de cambio que se vivió al final de la época colonial y que se continuó viviendo a lo largo de toda la historia de la UCV fue un elemento nada desdeñable en el paso de ustedes por dicha institución académica. Pero son precisamente estos espacios, en los cuales hoy nos reunimos, testigos entre los años 1856 y 1953 de los cambios experimentados por nuestra historia republicana. Ellos nos hablan de una pléyade de hombres, muchos de los cuales recordamos a través de los mármoles y lienzos que cuelgan en las paredes de este viejo palacio de los venezolanos, que pensaron que la fuerza del intelecto podía privar sobre cualquier otra forma de organizar en paz, con justicia y respetando el estado de derecho, el país que todos ansiaban para vivir mejor.

Por eso este recinto forma parte del espíritu de la Universidad Central de Venezuela. Él ha visto desfilar a muchos presidentes de la república, ha sido testigo de importantes sucesos estudiantiles y populares de los años 1928 y 1936, ha presenciado las deliberaciones de las comisiones que redactaron la Constitución de 1961 y ha vivido junto con los autores de los mismos los trabajos entre otros científicos, de juristas apasionados con hacer del Derecho un instrumento útil para el logro del bien común.

Sea el momento oportuno para recordar a los que no están presentes, bien porque sus vidas cambiaron para el mundo en que el tiempo no priva o por las razones que hoy afectan a muchos venezolanos que se tuvieron que desplazar de la tierra que aman. Hoy los tenemos presentes en este acto de celebración y recuerdo. Sirva la ocasión para manifestar, en nombre de mis compañeros de la Corporación, nuestros altos sentimientos de respeto y afecto por los integrantes de esta Promoción y sus familiares que hoy nos acompañan.

Igualmente, nuestro reconocimiento a las autoridades de las instituciones gremiales aquí presentes, Colegio de Abogados de Caracas, Federación de Colegios de Abogados e Impreabogados. La labor que

ustedes realizan por el gremio al cual representan, merece el respeto y el apoyo de todos. La Academia de la cual soy parte, se une al mismo, deseando las más estrechas relaciones en la obligación común de velar por el estado de derecho en el país y el bienestar de quienes ejercen esta digna profesión al servicio del bien común de todos los venezolanos.

Personalmente por ser hijo, padre y esposo de Ucevistas siento a la Universidad Central de Venezuela como mía propia. Es un sentimiento que comparto con todos ustedes. Finalmente quiero agradecerle, a los organizadores de este acto y a los ponentes Gabriel Ruan Santos, José Antonio Pérez Osuna, Alejandro Leandro Sánchez, habernos solicitado nuestro modesto apoyo para el acto que hoy celebramos. Es un acto de recuerdo en un momento importante para nuestra historia republicana, en el cual las sombras que se ciernen sobre nosotros se iluminan con el espíritu de miles de venezolanos que se educaron, al igual que ustedes en la Institución que “vence las sombras”.

Les deseo por último un feliz momento y una grata vivencia de la experiencia vivida.

Julio Rodríguez Berrizbeitia
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

**CONMEMORACIÓN DEL CINCUENTENARIO
DE LA PROMOCIÓN DE ABOGADOS
DE LA UCV, AÑO 1971**

PROF. GABRIEL RUAN SANTOS*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Me toca participar en este acto académico con un doble papel. Como representante de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y como integrante de la promoción. En el primer papel debo ser fiel con la narración de los hechos históricos a los que debo hacer referencia para exponer el contexto del acontecimiento que conmemoramos y valorar su trascendencia colectiva. Como miembro de la promoción de abogados egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela UCV, en el año 1971, me uno al sentimiento común del grupo, el cual se expresa, por un lado, como una carencia psicológica por no haber tenido el ritual de graduación en el Aula Magna de la Universidad, con el atuendo protocolar de la toga y el birrete, las gloriosas voces del orfeón universitario, la presencia de las autoridades universitarias electas y la compañía de los apreciados profesores de la carrera y de nuestros familiares; pero, por otro lado, con la sensación de que tuvimos que ejecutar actos casi heroicos para lograr el restablecimiento de la institución y obtener legalmente nuestros títulos profesionales, a los cuales teníamos pleno derecho. Fue una lucha plagada de incertidumbre, pero finalmente coronada por el éxito.

Para comprender las causas que provocaron el acontecimiento y ese sentimiento nuestro, opino que es indispensable recordar el contexto histórico y político que vivió la comunidad universitaria en aquellos tiempos tormentosos, que tuvieron inicio desde el año 1969. La memoria nos lleva a los factores clave de la inquietud juvenil de la época, como eran los libros del filósofo revisionista del marxismo Herbert Marcuse, al liderazgo del anarquista francoalemán Daniel Cohn-Bendit (alias Dany El Rojo), a la revuelta de la Universidad de Nanterre y al Mayo Francés. Factores que, no obstante provenir de un país lejano, por obra de la globalización incipiente de aquel momento y la propaganda política tuvieron un efecto disparador en el ambiente político de la UCV.

Marcuse aportó el mensaje de absoluta inconformidad con la sociedad capitalista de los años sesenta del siglo XX, centrado en la necesidad de cambiarla de raíz, por ser causante de la “alienación de la conciencia”, más importante que la “alienación material” de Marx, prédica contenida en los libros incendiarios de moda, que también leímos: “El Hombre Unidimensional”, “Eros y Civilización”, “Revolución y Razón” y “El Final de la Utopía”; por su parte, Dany El Rojo aportó la improvisación del líder populista revolucionario negador de los partidos políticos; la revuelta de Nanterre, la necesidad imperiosa de cambiar las instituciones educativas con su lema “la escuela ha muerto”; y la insurrección popular de mayo de 1968 en París, la oportunidad de aliar a todos los rabiosos descontentos, aunque tuvieran distintas ideologías, contra el establecimiento social y político.

El clima juvenil descrito tuvo un caldo de cultivo propicio en los estudiantes de la UCV y en parte de sus profesores y autoridades. El relato épico de la izquierda guerrillera se había desgastado por la derrota político-militar, eran los días de la “Pacificación”, y la efervescencia ideológica de los jóvenes copeyanos y adecos buscaba salidas para sus inquietudes, que más se acercaban a una “rebeldía sin causa” con los partidos y liderazgos democráticos tradicionales, no obstante, el incipiente deterioro que presentaban para ese entonces algunas instituciones de la democracia venezolana, incluidas las universidades estatales autónomas. Fue la ocasión para levantar las banderas iconoclastas nacidas en la juventud francesa, para proponer con urgencia inusitada! el movimiento abigarrado de “renovación académica”, el cual buscaba transformar todas las estructuras universitarias de carácter jerárquico, principalmente las de autoridad profesoral, por otras que dieran lugar a la participación igualitaria y espontánea de todos los sectores de la comunidad universitaria, así como también cambiar los “pensa” de estudios, considerados anacrónicos. Aunque se dieron numerosas discusiones y diálogos públicos, en las aulas, auditorios y pasillos, con presumible buena fe, en el fondo, debajo de la superficie, era una batalla por el poder político en la UCV, para atacar realmente al poder nacional, percibido por algunos en ese momento como débil, y reinventar el tema de la revolución, que abandonaba la guerrilla rural carente de futuro.

En aquel contexto, corría ya el año 1970, las autoridades rectorales se plegaron a la “renovación académica” y presionaron fuertemente y

con amenazas a todas las facultades para hacer los cambios administrativos y académicos. El Decano de la Facultad de Ingeniería y su Consejo de Facultad se opusieron a la orden rectoral y ello precipitó la remoción de todos ellos y la intervención de esa Facultad, así como la posterior renuncia de más de sesenta profesores de la misma. Quedando al garete una de las instituciones más prestigiosas de la UCV y de Latinoamérica. Con posterioridad, los partidos de la ultraizquierda –arrastrados por sus sectores más extremistas- se apoderaron violentamente del movimiento y comenzaron a tomar físicamente todas las facultades opuestas a la “renovación académica”, que imponía el rectorado, incluida nuestra Facultad de Derecho. Hago memoria, y recuerdo personalmente el día en que después de tomar la rectoría de la Escuela de Derecho y algunas aulas, la turba anarquizada intentó tomar el decanato. Elías López Latorre y yo, atravesamos un escritorio en la puerta del decanato, nos subimos sobre él y exhortamos a los estudiantes no comprometidos con la toma a defender la Facultad. Con el argumento de que quien ponía el desorden y el caos (o sea, la causa) deseaba la intervención del gobierno (o sea, el efecto) los agitadores de ese triste día optaron por irse para no quedar en evidencia frente al estudiantado, que se mostraba escandalizado.

La violencia política desbordada se apoderó totalmente del recinto universitario y el gobierno del doctor Rafael Caldera, con el apoyo de la mayoría parlamentaria del Congreso de la República, resolvió intervenir la UCV con el respaldo de la Guardia Nacional. Las actividades universitarias suspendidas provisoriamente, quedaron permanentemente suspendidas, desde octubre de 1970, lo cual se prolongó por ocho largos meses. El Congreso de la República aprobó con urgencia una reforma legislativa parcial de la Ley de Universidades, y en su ejecución el gobierno dispuso la intervención de la UCV, removió las autoridades rectorales y designó un rector interino. Se prohibió la disidencia respecto al tema, dentro de los partidos que apoyaban la intervención.

Durante la suspensión provisoria de las actividades académicas, un grupo de becarios de la Facultad de Derecho habíamos logrado presentar, no sin tropiezos u objeciones, los últimos exámenes pendientes de la carrera, a fin de no perder el inicio próximo de los cursos en el exterior. Y con sendos certificados expedidos por el decano, doctor Enrique Pérez Olivares, legalizados por el ministro de Educación, partimos y

logramos ser admitidos en los postgrados escogidos, en forma condicionada a la presentación posterior de los títulos universitarios. Personalmente, recuerdo que en la Universidad de Roma nos preguntaban si éramos o no éramos graduados - “siete o non siete laureati”- y nosotros respondíamos que éramos y no éramos graduados, pues habiendo cumplido todos los requisitos legales, la ocupación militar de la Universidad impedía la entrega de los títulos.

Pero la mayoría de nuestros compañeros de promoción tuvieron que esperar al segundo trimestre del año siguiente (1971) para presentar esos últimos exámenes de la carrera y obtener seguidamente sus respectivos títulos, a través de procedimientos administrativos carentes de solemnidad, en el despacho del rector interino o en la secretaría del rectorado. Aunque estaba lejos de los acontecimientos en la UCV, en esos precisos momentos, sentía muy cerca el dolor de mis compañeros.

De esta manera, quedaba consumada nuestra frustración. La situación política y la ocupación militar de nuestra Universidad nos negaban el derecho de culminar la carrera con los honores y gratificaciones que ameritaba nuestro esfuerzo por más de cinco años, si tenemos en cuenta los cierres temporales que precedieron a esa ocupación. Así mismo, nuestra querida Universidad, que vence la sombra, quedaba ensombrecida por estos dolorosos acontecimientos y muy herida en su institucionalidad y prestigio académico. Con el paso de los años y la recuperación de la autonomía universitaria, la UCV logró preservar su prestigio y la buena marcha de sus actividades, hasta los tiempos actuales, en los cuales la institución universitaria ha vuelto a ser acosada por la política y los intereses extraños a su seno, hasta el punto de agonizar por la falta inducida de recursos públicos y el objetivo gubernamental no disimulado de suprimir la autonomía universitaria. Con todo el corazón, nos solidarizamos con las autoridades, profesores y estudiantes actuales, que tratan de superar la tormenta y salvar a nuestra amada UCV.

En nuestra imaginación, esperamos vehementemente que el espíritu épico y glorioso de las “boinas azules” y del himno de la Universidad venza las fuerzas adversas a la autonomía universitaria y a la libre búsqueda del conocimiento universal.

Caracas, 3 de agosto de 2022.

**PALABRAS DE JOSÉ ANTONIO PÉREZ OSUNA
EN LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES, CON OCASIÓN
DE LOS 50 AÑOS DE LA GRADUACIÓN
DE ABOGADOS DE LA UCV 1971**

I. LA TURBACIÓN DEL MOMENTO

Permítanme señores que los haga partícipes un instante, de esta inmensa turbación; perdonenme colegas que deposite ante el Sagrado Altar del cariño paternal, la austera solemnidad de mi entusiasmo. Aquí mismo, un piso más arriba en el Paraninfo de solera, durante la tarde del 30 de julio de 1945, hace setenta y siete años, papá, “El Negro” José Antonio Pérez Díaz, daría el discurso de orden en representación de los graduandos de aquella ocasión, cuando recibían en sus manos el título del doctorado de abogados, apretando en sus pechos la medalla como símbolo y galardón en el rudo ejercicio de la vida profesional, colocando los rectos principios de una conciencia indeclinable de ser consecuente, con los postulados de la doctrina social que lo acompañó y profesó de por vida.

Me enteraría hará cosa de dos semanas atrás, por intermedio de dos apreciados compañeros de la Promoción que El Negro, como uno más de nosotros, con la prudencia, serenidad y firmeza que lo caracterizaba, nos arrimaría una al mingo del esfuerzo colectivo de todos, en aquel inolvidable 30 de marzo de 1971 que hoy conmemoramos.

En estos espacios ucevistas de entonces, abrigo hoy de las Academias que nos abre sus generosas puertas, no quiso decirle adiós a la Matrona Señorial de San Francisco, ni despedirse del patio de José María Vargas y de Juan Manuel Cajigal, porque le dolía dejar la universidad. Confesaría que cuando los estudiantes nos vamos por esos caminos de la Patria, a pedirle un pedazo de lecho y de cobija al retablo de la realidad venezolana, al filo de la madrugada, en el dialogo sublime y sempiterno de la tierra y del bronce con el árbol, quien sabe cuántas veces, habrá florecido la ceiba centenaria al mojarse sus raíces con el llanto y esperanza de un “hasta luego”.

Por la gratitud de ustedes, del Colegio de Abogados, del Instituto de Previsión social del Abogado, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y de los inigualables organizadores de este rencuentro; con la fe depositada en la Divina Providencia que ha sabido ser condescendiente con nuestros escasos merecimientos, estamos aquí, con un temblor devoto en las pupilas y en el corazón, consumiendo íntegramente el recuerdo de aquella última fogarada de nuestra vida estudiantil que junto a tantos compañeros, compartimos en la inolvidable jornada de hace cincuenta y un años y que hoy evocamos, en este sobrio rincón de la Universidad solariega, portando la boina azul vasca que sobrehilaron las manos sosegadas y bondadosas de Oneida Betancourt de Morales.

Y bien vale la pena evocar a Andrés Eloy: ¿cómo podía resultarnos ajena la boina azul, si fuiste tú, nada menos y nada más, el partero del símbolo y autor de la letra del himno del estudiante? Tu colocaste la primera boina azul en la estampa de los tuyos, azul de cielo entero, y que ahora la ajustas en nosotros. Tu andar por la vida, poeta, gracias a Dios no iba a ser andar de rábula, sino andar de pueblo... pues su marcha era tu canto, tu canto era la Patria... y te inspiraste en Luis Felipe y en nuestro querido compañero Andrés Eloy cantando: “Tengo dos hijos, tierra/ tengo dos hijos, cielo” ...

II. INICIO DEL ENCUENTRO UCEVISTA

Veníamos juntos desde octubre de 1965, en aquella sección “F” del primer año de la carrera de Derecho, en la Hacienda Ibarra ucevista de amores y yerbabuena con Haydé Domínguez, Yajaira Saravia, Olga Kolst, Marisol López, Ingrid Sanoja, Pablo Contreras, Arturo Calzadilla, Roberto Delgado, Beatriz Jaimes, Alexis Pinto Dáscoli, Matty Raitán, Mario Tepedino, y Georgina Morales, y “Sandrina” Álvarez, Leonor Mayorca, Mimí Pérez Sardi, Andrés Eloy Blanco, Fernando Vegas, Gustavo Mijares, Rafael Caballero, Harry Ter Horst, Alfredo Espinoza, Germán Pérez, Acacia de Castellanos, Fredy Vásquez, Omaira Domínguez, Baldo Alessi, Beatriz Bello, Mirna Masyrubi, Aura Marina Kolster, Agustín Gómez Marín, Roberto Ruiz, Oneida Betancourt, José Alberto Morales, Servio Tulio León, Nelly Huet, Reynaldo Gadea, Alejandro Leandro, Hilario García Masabe, Vanesa Latorraca, Alfonso Soued,

Heraclio Gherzi, Víctor “Bitoco” Rodríguez, Francisco Meléndez, Agustín Zapata, Humberto Figuera, Manuel Romero, Bernardo Loreto Yanes y su prodigiosa guitarra.

La nación venezolana experimentaba el naciente régimen político de la democracia de partidos que apenas contaba con siete años de existencia. ¡Qué moza y agraciada era nuestra democracia! Y no nos dábamos cuenta que lo era, percatándonos quizá del modesto papel que empezamos a desempeñar por defenderla y promoverla. Desde los salones y pasillos de la UCV, se fue dando el gran debate ideológico y político sobre el destino venezolano, al que nos pegamos entonces para que Venezuela se institucionalizara como una nación seria, normal, de libertades, en democracia y tras el logro de la justicia social.

III. CONTRAPUNTO COMO TESTIMONIO

El 11 de mayo de 1969, el tabloide CONTRAPUNTO que se publicaba en nuestra Facultad de Derecho, sólo cuando se podía levantar alguna platica, varios de sus articulistas aquí presentes, analizaron lo que entonces sucedía desde tiempo atrás, con los movimientos estudiantiles pro Reforma o Renovación Universitaria, muy en boga en varias escuelas que se habían declarado en emergencia, y demostraban con documentos y testimonios, el divorcio entre alumnos y profesores.

No voy a referirme a este episodio ya desarrollado por el doctor Gabriel Ruan Santos, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, compañero de causa y miembro muy querido de nuestra Promoción 71, en su luminosa intervención previa plasmando el contexto histórico y político que el proceso renovador desembocó en el allanamiento de la Universidad y la paralización de sus actividades durante casi un año. Sólo quiero agregar a sus palabras el significado que le daba a ese proceso el doctor Enrique Pérez Olivares, entonces Decano de la Facultad de Derecho, quien lideraba la tesis que una renovación académica, para que fuera completa y eficiente, exigía a su vez una reforma administrativa.

En exclusiva entrevista para CONTRAPUNTO, el 1 de marzo de 1969, Pérez Olivares enfiló el proyecto renovador señalando que como concepción Napoleónica en la que se basaba la Ley de Universidades

desde 1958, la Universidad era una, donde la voluntad del Rector creaba una especie de monarquía o feudo propio, y personalmente tenía la iniciativa para modificar, suprimir, o crear facultades enteras él solo. Manejar al mismo tiempo lo económico-administrativo y del personal con lo académico, producía una concentración de poder muy grande, y una tendencia a la corrupción evidente, que hasta cualquier Decano cometía.

En el ínterin, nuestra vida estudiantil se desarrollaba con especial distancia a memorizar códigos y leyes, tratando de amenizar el devenir diario universitario. Contábamos pues con “el Padrino” y “Tony” Fernández atendiéndonos en la cafetería, sin duda nuestro mejor salón de clases. Al mediodía, el poeta Alcides improvisaba ripios. Mohingo, con su editorial andante en escaparates de pasillos mostraba los mejores títulos arrugados. Atronadoras eran las pitas madrugadoras de Heberto Roldán. Los camaradas exponían en murales y paredes, las virtudes de Lenin y del imperialismo soviético, mientras el doctor Sebastián Artiles comentaba en clases que el “Magallanes será campeón”.

CONTRAPUNTO, en sus ediciones informaba del acontecer de la Facultad estampando trabajos y opiniones de diversa naturaleza: Harry Ter Horst razonaba sobre las protestas estudiantiles a nivel mundial; Gabriel con su “Integración versus lucha” incentivando a las juventudes políticas llenarse del más sublime coraje. El análisis del Rector de la Universidad Simón Bolívar, doctor Ernesto Mays Vallenilla, sobre “Educación y Tecnología”. La entrevista al doctor Gert Kummerow sobre “La Crisis del Derecho”. La exclusiva colaboración del escritor mexicano Carlos Fuentes, con “La Revolución de Mayo”.

En las planchas para las elecciones de la Asamblea de la Facultad y del Claustro por la Juventud Demócrata Cristiana se proponían los nombres de Rosa Blanca González, Blas Delascio, Blanca Elena Vera, Rafael “el gato” Briceño, Servio Tulio León, Aura Marina Kolster, Oscar Ramos, y en llave inseparable el “one-two” de Reynaldo Gadea y Alejandro Leandro. Por los “independientes” y su ORU, Rosita Baroni y Elizabeth Azopardo acicalaban y prestigiaban la oferta electoral.

Antes, el 25 de junio de 1968, CONTRAPUNTO nos había brindado en sus páginas centrales, un requiebro lírico con Carmen Villegas

preguntándose “y el ser supremo acaso muere?”; Agustín Gómez Marín ripostaba con “aquel como yo dice vivir sin saberlo, y la lluvia maduró sus senos”; Omar Estacio plasmaba que “muerto estás y vivo fuiste”; Rosita Parada atendiendo niños necesitados brindaba “un pequeño mensaje”; y Fernando Vegas aseguraba que “los árboles como los seres humanos se encogían de hombros”.

Difícil olvidar aquella apoteósica faena en el coso de la Macarena, de Claudio Gorcira, “el araguato loco”, quien ante un torito mañoso noble y de casta, le sacó pases de antología, aunque la fiera no dejó de apretujarlo contra las tablas y pasarle por encima tras un par de chicuelinas de rodillas. El 6 de marzo de 1970 se anunció la COPA CONTRA-PUNTO de pelota en el campo de Sierra Maestra, con los equipos del tabloide, “Los Mayores”, “Cañadonga” y “Los Más Grandes”, donde participaron entre muchos la Reina del Deporte Universitario Minerva Salas, el Decano Pérez Olivares y el Director Nelson Rodríguez, Hepsie Murillo, Graciela Mendoza, Rafael Caballero, Domingo Trujillo, Asdrúbal Aguiar, los Fernandos Araujo y Vega, Freddy Ramírez, Roberto Delgado, Hermógenes Sáez, destacándose Reynaldo en el tercer cojín, Agustín como relevista y en el jardín derecho Bernardo, Gabriel y Alejandro, quien ya apuntaba a manejar un equipo del “Big Show”.

Cuando la edición del 5 de agosto de 1970 anunció el “Primer Festival de la Canción de la Facultad de Derecho”, a celebrarse en la primera semana de octubre en el teatro de Arquitectura, otro allanamiento disfrazado suspendería definitivamente todas las actividades universitarias. El pugilato por mantener el poder económico-administrativo no se hizo esperar. Tratar de controlar los acontecimientos, y desplegar las banderas de un movimiento renovador que había nacido de la misma raíz y mejor devoción estudiantil convirtió los campos, pasillos y aulas de la UCV en un frente de batalla, donde el enfrentamiento de las distintas maquinarias políticas y el resurgimiento de grupos anárquicos acabaron con la noble meta de una reforma integral.

Pienso modestamente que desde aquellos tiempos de hace más de medio siglo, la Universidad no ha vuelto a tener la oportunidad que tuvimos nosotros, de profundizar en una verdadera renovación de sus estructuras a nivel académico y administrativo.

IV. CONSENSO POLÍTICO. LOS ESTUDIANTES DEL 5º AÑO DE DERECHO INGRESAMOS EN LA ALLANADA UCV

Largo sería describir en esta crónica las instancias, tenidas y preparativos que se llevaron a cabo, para que los estudiantes del último año de Derecho colaboráramos en el reinicio de las actividades universitarias. Sobre ese 30 de marzo de 1971, no estoy al tanto de conocer si la historiografía tendrá reportes al respecto, pero para nosotros, para la UCV y para el país, resultó ser un hecho de traza histórica suficientemente curtido, del cual este Palacio de las Academias no debe sentir el menor rubor por abrirnos sus espacios, no para celebrar sino para conmemorar la ocasión.

Después de un operativo muy bien organizado por varios colegas aquí presentes, unos cien estudiantes lograríamos ingresar al recinto universitario a las cuatro de la madrugada del cronístico 30 de marzo, burlando el cerco que nos tenían los militares allanadores y grupos anárquicos empeñados ambos en mantener cerrada la Universidad.

Permítaseme hacer un reconocimiento a la dirigencia universitaria de entonces, que pese al enfrentamiento de posiciones irreconciliables –del PCV, MIR, AD, de la Juventud Demócrata Cristiana copeyana e independientes-, se lograría el consenso mediante un mecanismo que mantuvo las posturas de cada grupo, pero que daría el paso necesario hacia la reactivación de las actividades ucevistas.

Fernando Vegas, Baldo Alessi, Fredy Vásquez, Juan Bautista Gimón y Pedro Martínez, en representación de sus organizaciones dejaron constancia verbal en el propio salón de clases, antes de iniciarse el primer examen de sus posiciones políticas sobre el allanamiento de la UCV y de la Reforma de la Ley de Universidades. No obstante, las desavenencias, predominó la sensatez y el buen juicio, y se comprometieron a no impedir la asistencia, y a participar con todos los compañeros de pupitre, en pro del interés nacional para que la Universidad fuese reabierta, como tenía que ser.

En el celebrado consenso para llevar a feliz término la empresa, mucho tuvo que ver, por su parsimonia y don de gente conciliatoria, nuestro inolvidable Ricardo Ron Sánchez, quien hace cosa de unos tres años, sus cenizas fueron abrazadas en la Bahía de San Francisco, California, donde según la tonada popular “nunca llueve” ...

El esfuerzo colectivo de unos y otros con sus colores blanco, amarillo, rojo mezclados con nuestro verde esperanza, reforzados por la UNIDAD unida de concordarnos, fue reconocido por el propio Presidente Caldera, cuando en su rueda de prensa del día siguiente 1° de abril, y ante una pregunta del periodista Nicolás Rondón Nucete, del diario El Universal, al referirse a la situación universitaria expresaría que los estudiantes del 5° año de Derecho habíamos ido a presentar exámenes finales, con lo cual se lograba dar un paso más en la normalización de la UCV.

Medio siglo completo pasó desde aquel imborrable episodio, y hoy, aquí reunidos agradeciendo a Dios y a María Auxiliadora, lo generoso que ha sido la vida con nosotros, no habría mejor momento de compartir tanta dicha con ustedes. Quisiera evocar la memoria de magníficos profesores y colegas, entre otros, que en estos cincuenta años ya no están más con los suyos, y uno mi mejor oración a las de ustedes, por el eterno descanso de sus almas peregrinas: doctores Luis Loreto Hernández, Casado Hidalgo, Martínez Espino, Elbano Provenzali, Manuel Antonio Padula, Jaime Parra Pérez, Chibly Abouhamad, Gonzalito García Bustillos, Pedrito González, Monki Chapellín, Luis Felipe Herrera, William Ruiz, Lucy Pérez Azpurbua, Cheo Mendoza, Armando Armas, Leopoldo Robles, la “Nena” Kovac, Fernando Araujo, Jesús Ernesto Franco Ernesto Lesseur, Blas Delascio.

Y en nombre de tantos otros, nuestro insigne profesor Luis Villalba Villalba, “edecán” del Libertador, quien en su vibrante oratoria en pro de los valores bolivarianos de entonces hoy vueltos pavesas, nos acotaba que sin unidad la Patria se esfuma, “como el aroma de las rosas de malerve en el breve fulgor de una mañana”. Reflejaba pues las posiciones y distanciamientos que, si en verdad se perfilaron en la Universidad nuestra, y que han venido repitiéndose en el país nacional desde tiempos inmemorables, nos demostró que era inútil aniquilarnos y que no hay otra razón sino la de tolerarnos y entendernos.

Junto a todos los que ya no están, la diáspora de nuestros días nos ha clavado otra daga en nuestros corazones. Un grupo considerable de compañeros del 71, andan ahora por lugares y paisajes que no son los de uno. Grises sus cielos, muy pálidos sus cosmoramas, fríos sus aires, y lejos, muy lejos del deslumbrante sol caribeño. Dios permita

que regresen pronto, ya que todos nos necesitamos en la hora infortunada en que vivimos, pero esperanzadora.

V. EL LARGO CAMINO HACIA LA DEMOCRACIA

¿Y ahora en qué andamos, qué hacer? Bueno mis queridas y queridos compañeras y compañeros, señoras y señores, pienso que tenemos que continuar en la senda de la larga marcha hacia la democracia, que empezamos a recorrer en aquella primera vez que nos encontramos en los predios de la UCV, del augural mes de octubre de 1965, y que coronamos con nuestro grado el 10 de mayo de 1971, cuando recibimos el título de abogados por Secretaría del Rectorado sin Aula Magna, sin voces y sin colores de bandera.

Pero nunca nos amilnamos, y ante las adversidades de los tiempos idos y de los desvariados de hoy, seguimos animosos morenizándonos de sol, interpretando el sentimiento de la Venezuela que queremos y que tenemos tan cerquita. Ya todo está inventado y no hay nada más que improvisar. Volver pues sobre nuestros pasos, regresar por el éxito demostrado con creces, durante la experimentada alternativa democrática de la República Civil. Sigo pensando que el futuro de Venezuela tiene que mirar hacia los logros palpables del pasado.

Parafraseando a Vincent Van Gogh, como decíamos hace 25 años en la Parroquia Universitaria, hoy en estos joviales 50, Venezuela nos muestra todo lo que es; lo que nos rodea; todo lo que hemos amado y amaremos; nuestros padres; nuestras mujeres; nuestros hijos y nietos; nuestros campos y ciudades que caminamos; nuestros hogares; esta acogedora casona franciscana; la mole lozana del Avila; y las acacias y araguaneyes y el almíbar de las atiborradas matas de mangos; la invencible y gloriosa UCV; estas muchachas con sus boinas azules de libertad que pasan y modelan y ríen. Todo esto amigos y hermanos es la Patria venezolana, a la que tanto debemos de lo que somos, por lo que no nos queda otra alternativa diáfana y posible sino servirla y quererla. ¡Gracias por este reencuentro ucevista tan nuestro y de todos...en Venezuela es la cosa!

PRESENTACIONES DE LIBROS

**PRESENTACIÓN DEL LIBRO
HOMENAJE A JESÚS CABALLERO ORTÍZ
02 DE AGOSTO DE 2022**



**HOMENAJE A
JESÚS CABALLERO ORTÍZ**



COORDINADORES
GUSTAVO URDANETA TROCONIS
RAFAEL BADELL MADRID
BELEN RAMÍREZ LANDAETA
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
ANTONIO SILVA ARANGUREN
GONZALO PEREZ SALAZAR



FUEA
FUNDACIÓN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y ADMINISTRATIVOS





Academia
de Ciencias
Políticas
y Sociales



Presentación del libro

Homenaje a Jesús Caballero Ortíz



Apertura:
Julio Rodríguez Berrizbeitia

Intervienen:
Gustavo Urdaneta Troconis
Rafael Badell Madrid
Jesús Caballero Ortíz

Clausura:
Cecilia Sosa Gómez



Martes: 02-08-2022
Hora: 11:30 AM VE

Inscripciones en:
<https://universitas.site/eventos>

**PALABRAS DE APERTURA A CARGO
DEL PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

Sres. Miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Sres. Miembros de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda)

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

Sr. Dr. Jesús Caballero Ortiz homenajeado en este acto y familiares y amigos del mismo.

Señores y señoras

Es un acto de extraordinario valor para la Corporación que presido el poder participar en este libro homenaje a una de las figuras más emblemáticas del Derecho administrativo venezolano de los últimos años. Por otra parte, se trata de un jurista con una amplia relación con la Academia a lo largo de su dilatada y valiosa carrera profesional. En efecto, el Dr. Jesús Caballero Ortiz ha tenido vivencias dignas de ser señaladas con Académicos y la Corporación. Así podemos señalar el haber recibido en sus primeros años de estudio de la carrera a la cual ha dedicado su vida, clases de Derecho administrativo, general y especial por parte de los académicos Eloy Lares Martínez y Tomás Polanco Alcántara. Igualmente tuvo la oportunidad de trabajar en la Procuraduría General de la República cuando era Procurador General el académico José Santiago Núñez Aristimuño. También, su tutor de tesis doctoral (“Las empresas públicas en el Derecho venezolano”) fue el académico Allan Randolph Brewer-Carías el cual señaló que el trabajo para aspirar al título de Doctor del homenajeado de hoy merecía ser digno de reconocimiento por la sistemática empleada, y el manejo de la bibliografía. A lo anterior añadió que dicha obra debe ser considerada como un punto

de referencia sobre cómo han de elaborarse y prepararse en el futuro tesis de doctorado en nuestro país.

Adicionalmente debemos añadir que el Dr. Caballero Ortiz fue merecedor de una “Mención Honorífica” de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por su obra “Incidencias del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen del funcionario público” (Caracas, 1991). El estudio monográfico que acabamos de mencionar utiliza el material aportado por la dogmática jurídica con el objeto de poner sobre el tapete los problemas derivados de la redacción del art. 8 de la entonces Ley Orgánica del Trabajo, la cual pretendía resolver un viejo tema del Derecho administrativo venezolano, en lo que respecta a la determinación de los ámbitos de aplicación de los respectivos regímenes funcionarial estatutario de Derecho público y de Derecho laboral, en lo que concierne a los funcionarios.¹

El profesor Caballero Ortiz ha consagrado su vida al Derecho administrativo abriendo áreas de investigación tales como: empresas del Estado, institutos autónomos, actividad empresarial del Estado, administración del poder judicial, recurso jerárquico impropio y relación jurídica administrativa por no nombrar sino algunas de ellas. Dichas áreas, más muchas más, son expuestas en la obra de sus alumnos como se atestigua en los eventos organizados en su honor y en este libro (2 tomos) que hoy presentamos.

Desde esta perspectiva ha sido un gran generador del estudio del Derecho administrativo lo cual sabiamente ha sabido compatibilizar con su actividad laboral como servidor público. Tal como señala el profesor Gustavo Urdaneta Troconis en la introducción de la obra que hoy presentamos, cuando habla de:

“...un rasgo de la carrera profesional y académica del profesor Caballero que merece ser destacado: su amor por el Derecho administrativo que no es sólo un amor teórico, un simple gusto por las instituciones, los libros y los conceptos sino que ese apego por el Derecho administrativo se proyecta también en el nivel práctico, haciendo que esas categorías teóricas y esos conceptos abstractos

¹ Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Semblanza de Jesús Caballero Ortiz”, *RVLJ*, N.º 16, 2021, p. 34.

se apliquen en la realidad de las cosas, logrando que éstas se ajusten efectivamente a aquellos, con lo cual se obtiene un evidente beneficio en el funcionamiento de las instituciones regidas por el Derecho Administrativo; pero también reflejándose en un claro provecho para la colectividad”.²

Hoy es motivo de orgullo para la Academia el poder presentar esta obra que reconoce el trabajo de toda una vida dedicada a la investigación del Derecho administrativo en nuestro país. Su laborioso ejemplo ha sido capaz de generar toda una serie de temas como los incluidos en la obra que hoy se presenta. Con acierto lo expone el académico Rafael Badell Madrid en los siguientes términos:

“No cabe duda, de que a quien rendimos homenaje con esta publicación contribuyó en forma determinante a la evaluación del régimen de control del poder público, del estado de Derecho y del Derecho procesal administrativo, no sólo desde lo académico, también desde el ejercicio profesional mediante el impulso de iniciativas que le ofrecieron la oportunidad perfecta para hallar la aplicación práctica a su saber”.³

Hoy reconocemos en la persona del Dr. Jesús Caballero Ortiz un trabajo que lo engrandece en la docencia, el ejercicio de la carrera judicial y la investigación jurídica. Su ejemplo constituye para todos, un modelo a seguir en una vida dedicada a la prosecución de los valores representados por el Derecho. En un momento duro para el país en que pensamos que hay un reacomodo axiológico el mensaje de nuestro homenajeado de hoy, tiene más vigencia que nunca. Como señala Mauro Barberis:

“Los estudios jurídicos están viviendo un auténtico giro ético, es decir, los juristas parecen ocuparse cada vez menos de reglas y cada

² Gustavo Urdaneta Troconis, “Presentación. Jesús Caballero Ortiz: investigador y abogado en ejercicio”, en *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Funeda y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2022, p. 22.

³ Rafael Badell Madrid, “Presentación”, en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Funeda y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2022, p. 30.

vez más de principios y valores: en resumen, de ética, entendida como el conjunto de todos los valores prácticos (morales, políticos, jurídicos...). Incluso quien enseña Derecho privado o constitucional se encuentra frente al mismo problema que quien enseña Filosofía del Derecho o teoría del Derecho o doctrina de la justicia: por un lado, no puede evitar hablar de valores; por el otro, tampoco se resigna a convertirse en una suerte de propagandista”.⁴

Dr. Jesús Caballero Ortiz la Academia está profundamente agradecida con usted por haber dedicado toda una vida para difundir los valores implícitos en el Derecho administrativo sin convertirse en un propagandista.

Muchas gracias

Julio Rodríguez Berrizbeitia
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

BIBLIOGRAFÍA

- BADELL MADRID, Rafael, “Presentación” en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Funeda y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2022.
- BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, “Semblanza de Jesús Caballero Ortiz”, *RVLJ*, N.º 16, 2021.
- URDANETA TROCONIS, Gustavo, “Presentación. Jesús Caballero Ortiz: investigador y abogado en ejercicio”, en *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Funeda y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2022.

⁴ Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 11.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO
HOMENAJE AL DR. JESÚS CABALLERO ORTÍZ

DR. RAFAEL BADELL MADRID*

* Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela. Socio fundador de Badell & Grau Despacho de Abogados.

Me complace mucho haber participado, en representación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, junto con los profesores Belén Ramírez Landaeta, Gustavo Urdaneta Troconis, Antonio Silva Aranguren, Gonzalo Pérez Salazar y Carlos Carrillo Artiles, en la coordinación de esta importante publicación que se hace conjuntamente con la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y con el Instituto de Derecho Público, en homenaje al notable jurista venezolano Jesús Caballero Ortiz, con ocasión de su 80° aniversario de vida, lo que me da la oportunidad de manifestar, una vez más, mi admiración y aprecio por este extraordinario profesor.

Jesús Caballero Ortiz tiene una importancia muy especial dentro del derecho público venezolano. Por más de cinco décadas ha sido un profesor emblemático en la Universidad Central de Venezuela, tanto en los estudios de pregrado como en postgrado. También ha sido un factor fundamental en el Instituto de Derecho Público de la misma Universidad Central de Venezuela, del cual fue su Director. Además, es autor de una importante obra escrita, que es referencia obligada para estudiantes, profesores, investigadores y para la comunidad jurídica en general.

El gran talento y probidad de Jesús Caballero Ortiz le permitió no sólo hacer vida académica, sino que además le llevó a ocupar importantes cargos, como el de Magistrado del Consejo de la Judicatura y Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, llegando a presidir ambas instituciones. Desde su posición de Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contribuyó de manera extraordinaria a la construcción de una muy importante línea jurisprudencial a favor de la evolución del régimen de control del poder público, del Estado de derecho y del derecho procesal administrativo.

La obra que con mucho orgullo presentamos se divide en dos tomos, con un total de 1.122 páginas y está organizada en cinco secciones:

(i) Fundamentos Políticos, Filosóficos y Constitucionales; (ii) Organización Administrativa; (iii) Actividad Administrativa, Función Pública; (iv) Rama Judicial y (v) Derecho Tributario.

Cada una de esas secciones se nutre de los interesantes estudios de los profesores Cecilia Sosa Gómez, Ana Elvira Araujo, Jorge Kiriakidis, Asdrúbal Aguiar Aranguren, Henrique Meier Echeverría, Luis Herrera Orellana, Carlos García Soto, José Peña Solís, Allan Brewer-Carías, José Ignacio Hernández, Armando Rodríguez García, Gabriel Sira, José Araujo Juárez, María Amparo Grau, Alejandro Canónico, Cosimina Pellegrino, Irene Loreto, Manuel Rojas Pérez, Nicolás Badell, Rosibel Grisanti, José Antonio Muci, Carlos Luis Carrillo Artiles, Alejandro Fuenmayor, Adolfo Hobaica, Gabriel Ruan Santos, Luis Fraga Pittaluga, José Gregorio Torrealba, Humberto Romero-Muci y quien escribe estas líneas.

La primera sección sobre *Fundamentos Políticos, Filosóficos y Constitucionales* cuenta con el valioso aporte de la Dra. Cecilia Sosa Gómez, Individuo de Numero de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, profesora en varias universidades venezolanas y una jurista de reconocida trayectoria en la carrera judicial, con un estudio titulado *Recomponer a Venezuela: Una visión político-jurídica* en el que concluye que, ante una serie de problemas económicos, jurídicos y políticos, debe plantearse una hoja de ruta según la cual “*comencemos por resolver primero la relación institucional con los ciudadanos y apliquemos la Constitución, el ataque certero a la inflación, la productividad, la inversión extranjera, manejo racional de los recursos disponibles, el empleo digno y capacitación para el trabajo, un salario acorde al trabajo realizado, la diversificación de la economía bajo los criterios de competencia, una educación de calidad, edificar la justicia, dar castigo a la criminalidad y a la corrupción, recuperar la autoridad ética, renovar la infraestructura y medio ambiente y afianzar la conciencia de lo que significa el valor de la libertad*”. Todo ello para volver a encaminarnos hacia una democracia moderna.

Ana Elvira Araujo García, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y colaboradora especial por el Estado Zulia de esta Corporación, realizó un estudio muy importante y denso titulado *Un proyecto de reforma constitucional (agosto a*

noviembre de 2007) y Venezuela en 2021, donde analiza el inconstitucional intento de reforma constitucional del año 2007, cuyo proyecto “estuvo integrado, básicamente, por tres elementos A) Reelección indefinida del Presidente de la República; B) Concentración y centralización del poder en el Ejecutivo Nacional, es decir, en el Presidente de la República. Disminución muy importante, diría casi extinción, de la descentralización política con la consiguiente merma de competencias y recursos para los Estados y Municipios; y C) Instauración de un modelo económico estatizado y centralizado”; para luego hacer referencia a una serie de eventos que ocurren en la Venezuela actual y que, entre otros, *“Han convertido a Venezuela en un país donde no es posible satisfacer las necesidades mínimas de la población en razón de la destrucción institucional del Estado y el abandono de su infraestructura”.*

También colaboró en esta sección Jorge Kiriakidis, especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de París II y profesor de postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila, con un estudio titulado *Una mirada crítica al “federalismo cooperativo” de la constitución venezolana de 1999*, que se desarrolla bajo interrogantes como *¿Qué se entiende por federalismo cooperativo?* y *¿Desarrolla la Constitución nacional un Estado federal cooperativo?* Al mismo tiempo, analiza si dicho modelo es auténticamente funcional en Venezuela para concluir que, en efecto, existe en la Constitución un modelo de Estado federal cooperativo. No obstante, ese modelo ha sido mal formulado *-exempli gratia-* con la Constitución de 1999, que eliminó el sistema bicameral. El autor finaliza su estudio con la propuesta de replantear el sistema federal con la necesaria inclusión de una cámara federal que garantice la autonomía de las entidades federadas.

Asdrúbal Aguiar Aranguren, profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello, profesor titular extraordinario de la Universidad del Salvador de Buenos Aires y profesor visitante del Miami Dade College, se unió al homenaje con un trabajo de investigación intitulado *Derecho internacional y gobernanza global post covid-19: el deconstructivismo del derecho y las relaciones internacionales en la era digital*, en el cual analiza la particular interacción de los aspectos propios del derecho internacional con los novedosos fenómenos de la era digital para concluir que: *“Ha de asumirse libre de ataduras dogmáticas, recibirla animados*

por un espíritu crítico fundado en una clara visión antropológica como eje y premisa para la valoración de todo lo demás, a saber, desde la persona humana y su carácter perfectible, a fin de hacer trazados re-constructivos de los órdenes necesarios y sus garantías esperadas”.

Henrique Meier Echeverría, profesor jubilado de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Metropolitana -de la que también fue Director Fundador-, contribuyó con un valioso aporte sobre la *Aproximación al fracaso de la función social del derecho en Venezuela* en el que considera que el derecho no puede observarse como un sistema cuyo objeto sea únicamente obtener la admiración de sus destinatarios por formulación estética o sus enunciados lingüísticos. El derecho debe ser, para el profesor Henrique Meier, un sistema con vocación social y verdaderamente eficaz. Tras analizar los pormenores de la función social del derecho, el autor concluye que *“La restauración de una sociedad de convivencia civilizada y de un Estado democrático de Derecho pasa por corregir las graves injusticias, desigualdades y exclusiones del pasado que condujeron a las masas empobrecidas a confundir el rechazo a una dirigencia gubernamental, política, económica, gremial y académica insensible a esos problemas, sorda y ciega ante el clamor popular, con el rechazo al sistema democrático que tanto esfuerzo costó instaurar en el país”.*

Más adelante figura un trabajo de Luis Alfonso Herrera Orellana, profesor de la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Autónoma de Chile, que lleva por título *Limitación y control del poder antes de la República: Aproximación al estudio del derecho público hispánico*. El muy interesante estudio se refiere a los mecanismos de control de la administración durante la época previa a la independencia de Venezuela mientras estuvo vigente el derecho indiano con la idea de demostrar *“(I) que la idea de limitación del poder de la autoridad es anterior a las revoluciones modernas y estaba presente en la tradición jurídica hispánica, (II) que en el derecho hispano e indiano existieron instituciones y técnicas orientadas a la limitación y control del poder, (III) que la adopción por las repúblicas hispanoamericanas del derecho administrativo francés no era indispensable y que ha sido más bien problemática al no ser parte de la tradición jurídica propia, y (IV) que de esa elección institucional*

se han derivado importantes consecuencias prácticas que afectan hasta el presente la relación entre la Administración y los particulares, para finalizar con algunas reflexiones en torno a la pertinencia de conocer más a fondo el derecho indiano”.

La Dra. Daniela Urosa Maggi, profesora en la Boston College Law School y en la Universidad Católica Andrés Bello, denominó su excelente trabajo *Notas sobre el acceso a la justicia para la protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y grupos en situación de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En su estudio la profesora Daniela Urosa analiza el derecho de acceso a la justicia dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde dos perspectivas: (i) como derecho humano tutelado por la Convención Americana de Derechos Humanos y (ii) desde la perspectiva del acceso a la propia justicia interamericana. Todo ello con énfasis en el *“acceso a la justicia de grupos en especial situación de vulnerabilidad y su tratamiento en las Reglas de Brasilia 2008 sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y posteriormente actualizadas y adaptadas en el Foro de Quito de 2018 y los principales estándares de protección del acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos de contenido económico, social, cultural y ambiental (DESCA) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.*

Carlos García Soto, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, realizó un valioso aporte sobre *El bloqueo de la función legislativa y de la función contralora de la Asamblea Nacional por el Tribunal Supremo de Justicia: Una introducción*. En su investigación presenta lo que -en sus palabras- debe ser un caso de estudio para el constitucionalismo comparado, esto es, *“cómo desde el máximo tribunal se estableció una política judicial sistemática para bloquear al Parlamento”*, centrando sus consideraciones en *“el bloqueo de la función legislativa y de la función contralora de la Asamblea Nacional por el Tribunal Supremo de Justicia”.*

Para cerrar esta primera sección, está mi estudio que decidí titular *“Violación al derecho de propiedad desde la revolución bolivariana”*, en el que formulo algunas consideraciones sobre la lamentable y

regresiva trayectoria del derecho de propiedad desde el año 1999 hasta este momento.

La Sección II de este libro homenaje se titula *Organización Administrativa* e inicia con un estudio del Dr. José Peña Solís, profesor titular en la Universidad Central de Venezuela y de reconocido prestigio en el área del derecho público, sobre *La potestad organizativa de la Administración Pública Nacional Central*, en el que desarrolla el tema de la potestad organizativa de la administración a través de un análisis descriptivo y crítico. El Dr. José Peña Solís llega a dos conclusiones fundamentales “(i) *La interpretación concordada de los artículos 156, numeral 32 y 236, numeral 20, de la Constitución, revela el diseño de la potestad organizativa de la Administración Pública Central, concebida en sus dos modalidades; la potestad general y la potestad de autoorganización, la cual aparece articulada en los sistemas de reserva constitucional, legal y reglamentaria o de Administración Pública, destacando la última por su importancia cualitativa y cuantitativa en el caso de la potestad de la Administración Central, cuyo ejercicio es atribuido en forma casi total (titularidad y autoorganización) al Presidente de la República de la República en Consejo de Ministros, y (ii) El análisis de cómo en la práctica ha sido ejercida la potestad organizativa de la Administración Central, pone en evidencia la clara usurpación de la misma por el legislador parlamentario y el legislador delegado, al sustituir al Presidente de la República en Consejo de Ministros, en el ejercicio tanto la potestad general como la potestad de autoorganización, lo que sin duda configura una violación ostensible de los artículos 156, numeral 32 y 236, numeral 20, de la Constitución...*”.

El Dr. Allan R. Brewer-Carías, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela y reconocido iuspublicista venezolano y de Iberoamérica, contribuyó a esta obra con un trabajo titulado *La transformación de Petróleos de Venezuela S.A.: de la constitución exitosa de una empresa del Estado a su total destrucción institucional posterior*. Brewer-Carías recuerda que PDVSA nació “*como una empresa comercial cuyo fin era el de generar beneficios económicos empresariales, lo que explica que después de veinte años de operar con tal carácter, en 1994, era catalogada como la segunda mayor empresa petrolera del*

mundo, y la mayor empresa de cualquier sector de América Latina". El notable autor narra cómo a partir del año 2002 el Estado venezolano comenzó a tomar el control de PDVSA teniendo como desenlace su propia destrucción institucional.

Seguidamente, el Dr. José Ignacio Hernández, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, en la Universidad Católica Andrés Bello y profesor invitado en la Universidad Castilla-La Mancha, se refiere a *Los contratos de interés público nacional y las empresas del estado: el caso de PDVSA*. En su trabajo brinda valiosas reflexiones sobre el interesante caso de PDVSA que por su especial condición de empresa del Estado es una entidad de la administración pública facultada para suscribir contratos de interés público nacional en tanto los objetivos que persigue son también de interés público. Este razonamiento permite concluir al autor que *"los contratos de prenda suscritos por PDVSA en 2016 sobre las acciones de Citgo Holding, Inc., fueron contratos públicos de interés nacional que debieron haber sido autorizados por la Asamblea Nacional, al ser celebrados con corporaciones extranjeras"*.

El reconocido profesor Armando Rodríguez García, profesor y director del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, realizó un valioso aporte a esta sección intitulado *Algunas particularidades organizativas y funcionariales en las universidades nacionales autónomas*. En su trabajo se propone *"sistematizar, en un conjunto medianamente ordenado de notas, algunos de los datos que contribuyen a identificar ciertas particularidades de las Universidades Nacionales autónomas, en su cualidad de expresión institucional dentro de la Administración pública venezolana"*, para concluir que *"el sentido del objetivo que nos hemos propuesto, apunta a permitir constatar, a través de esta verificación, la complejidad global de la Administración Pública, y con ello la frondosidad, amplitud, diversidad y dinamismo propios del Derecho administrativo como disciplina, cuyo conocimiento, enseñanza y aplicación no conviene reducir, mediante el empleo irreflexivo de simplificaciones y analogías. Antes bien, esa riqueza de contenidos y opciones invita a estimular la curiosidad por explorar las capas internas de la substancia y sus antecedentes para, de esa forma, poder conocer lo que*

se ubica más allá de las palabras integradas en la sintaxis de las normas, y entonces, aumentar con ello nuestras capacidades de percibir, construir y transmitir”.

Luego Gabriel Sira Santana, profesor en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, formula unas importantes consideraciones sobre *Las asociaciones público-privadas en Suramérica*. El profesor Sira Santana describe su trabajo “*como un sencillo homenaje al profesor Jesús Caballero Ortiz, quien en su importante obra bibliográfica aborda en más de una ocasión el tema de la contratación con el Estado y la necesidad de limitar las prerrogativas de la Administración a fin de evitar abusos del Poder en desmedro de los particulares contratantes y el propio interés general que se persigue con estas contrataciones*”. Su valioso estudio se refiere especialmente a la necesidad de confianza que debe guiar las relaciones de las asociaciones público privadas señalando que “*nos encontramos frente a una asociación entre dos personas –una pública y otra privada– y, como toda asociación, su éxito requerirá que haya confianza recíproca y buena voluntad para lograr los objetivos trazados*”.

Finaliza esta sección sobre *Organización Administrativa* con un trabajo del Dr. José Araujo Juárez, profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, intitulado *La fundación del Estado. Régimen de derecho público. Control público*. En su análisis el profesor José Araujo se refiere a la teoría de la potestad pública para la consecución de los fines del Estado -proveniente de la teoría general del derecho- y su necesidad para el desenvolvimiento de las actividades realizadas por el Estado, centrando su estudio en el régimen de control público de tales potestades y actividades. El estudio del profesor José Araujo abarca importantes temas como el régimen de control de tutela, el régimen de control público general y se refiere particularmente al régimen de control parlamentario, sobre el cual señala que “*su alcance y características dependen del papel que en el cuadro del sistema de Gobierno represente, y se ejerce no sobre una función jurídica sino política del Gobierno y de la Administración Pública; por consiguiente, el control parlamentario es un control público eminentemente político*”.

La tercera sección de esta obra homenaje contiene estudios sobre *Actividad Administrativa y Función Pública* e inicia con algunas

consideraciones sobre la *Constitución económica y el servicio público de contenido económico en Venezuela* desarrolladas por la Dra. María Amparo Grau, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. El estudio de la Dra. Grau parte de la premisa de que la noción del servicio público “*se ha formulado desde la perspectiva orgánica, material, formal, normativa, doctrinaria y jurisprudencial, atendiendo a sus características en sus orígenes y teniendo en cuenta los cambios en su evolución, pero en todo caso dando lugar a una multiplicidad de nociones que abarcan desde el servicio público como actividad de titularidad estatal y con exclusión del sector privado hasta la del servicio público prestado por particulares en ejercicio de su libertad de empresa, bajo la regulación estatal*”.

El profesor Alejandro Canónico Sarabia, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, comparte algunas notas sobre los *Retos de la transparencia y la publicidad en la contratación pública*, en las que aborda los mayores desafíos que enfrenta el régimen de contratación pública y pone de manifiesto la necesidad de que “*dentro de los procedimientos de compras públicas se cumpla con el principio de transparencia y especialmente con una adecuada publicidad, para garantizar la libre concurrencia, la competencia y la eficiencia en dichos procedimientos*”. El autor enfatiza que “*los contratantes deben idear y aplicar mecanismos conducentes a conciliar, en todo momento, el cumplimiento del deber de transparencia, publicidad y no discriminación, en la tramitación de los procedimientos de compras públicas, con el cumplimiento efectivo de la confidencialidad, cuando proceda excepcionalmente*”.

La profesora Cosimina Pellegrino Pacera, profesora de pregrado y postgrado en la Universidad Central de Venezuela, también realiza un valioso y original aporte con un estudio titulado *Apuntes sobre la eficacia del acto administrativo (utilización de Whats-App como medio de notificación)* en el que explica la posibilidad del “*uso de una aplicación de mensajería instantánea (Whats-App) como medio utilizado por la Administración pública para comunicar sus decisiones a las personas*”. Aunque para algunos no es viable la implementación de una plataforma de esa clase para efectuar la notificación de actos administrativos, de acuerdo con la Ley Orgánica de Procedimientos

Administrativos, la profesora Cosimina Pellegrino opina que *“mientras esa herramienta tecnológica permita garantizar que el notificado tome conocimiento en forma cierta del acto administrativo, podría considerarse como un medio de publicidad válida”*.

La Dra. Irene Loreto González, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, realiza una *Reflexión sobre las telecomunicaciones en la era digital, una reforma normativa necesaria*. La Dra. Loreto examina el *“alcance que ha tenido la normativa de telecomunicaciones en Venezuela con vista a ciertas realidades contemporáneas, el vertiginoso movimiento de la tecnología y la paralización en el crecimiento del marco regulatorio”*. El análisis de la autora pone especial cuidado en el estudio de *“la regulación del área digital en materia de telecomunicaciones, ya que el modo centralizado al control del Estado como funciona actualmente, pareciera coartar las libertades constitucionales”*. Para la autora, la modernidad implica un cambio sustancial que es, en sus palabras, necesario *“para orientar la legislación, y un gran reto para lograr que el Derecho continúe siendo un canal que facilite la justicia y el bien común, probablemente “escapando” del control directo del Estado a través del tradicionalmente llamado servicio público de las telecomunicaciones”*.

Manuel Rojas Pérez, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela, colaboró con esta obra con un estudio sobre *La Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública del CLAD y algunas referencias sobre automatización e inteligencia artificial en la administración pública*, en el que continúa con una línea de investigación que ha venido desarrollando y que es, precisamente, *“la innovación en el sector público y su implicación en el régimen de los empleados públicos*. En su estudio el profesor Rojas Pérez exalta cómo el fenómeno relativo al avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) *“ha penetrado en todos los ámbitos de la vida y de las relaciones sociales”*, por lo que a juicio del autor *“no sería comprensible ni admisible que la Administración permaneciese al margen o, simplemente, se quedase retrasada en su implantación, frente a lo que es ya común en la experiencia cotidiana de los individuos y las empresas”*.

El profesor Nicolás Badell Benítez, profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, contribuyó con un estudio sobre la *Regulación administrativa de las empresas FinTech. Especial referencia al derecho venezolano* lo que es, como señala el propio autor “*un tema novedoso en el derecho comparado y, tanto más, en el venezolano, no solo por lo incipiente de la legislación que lo trata, sino por originarse en el acelerado impacto que ha tenido la tecnología en los mercados financieros durante los últimos años*”. El profesor Nicolás Badell toma como punto de partida el hecho de que “*la tecnología ha tenido un impacto trascendental en el crecimiento de los diversos sectores que comprenden el sistema financiero a nivel mundial (banca, seguros, mercado de valores, entre otros)*” cuestión que no solo afecta el desenvolvimiento de los operadores de ese sector económico sino que, además, “*ha provocado la generación de nuevos modelos y prestadores de servicios mucho más dinámicos, innovadores y sofisticados que los tradicionales, facilitando el acceso de las personas a una nueva oferta productos financieros*”.

Seguidamente, Rosibel Grisanti de Montero, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo y de la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, cierra esta sección sobre *Organización Administrativa* con un estudio sobre la *Función pública y seguridad social en el municipio*, en el que busca “*determinar cuál es el sentido y alcance de estos regímenes de jubilaciones existentes en la Administración Pública Municipal*”, teniendo especialmente en cuenta que 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 Municipios (1986), no estableció un régimen único en esta materia, sino que dejó en vigencia una serie de regímenes especiales.

La cuarta sección de esta obra homenaje consta de varios estudios sobre la *Rama Judicial* del poder público. Este apartado comienza con un trabajo del académico José Antonio Muci Borjas, profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, titulado *Discrecionalidad Judicial. Breve disertación sobre la discrecionalidad de los tribunales de justicia en el ejercicio de la función*

jurisdiccional en el cual analiza el significado del término “discrecional” que distingue como “*un adjetivo -y discrecionalidad una cualidad- cuyo verdadero significado varía en función de (i) el órgano del Poder Público actuante, (ii) la función estatal (política, normativa, administrativa o judicial) que dicho órgano ejerce, y (iii) la norma de Derecho atributiva de la potestad con base en la cual se actúa*”. En su estudio el autor examina temas como la discrecionalidad del poder legislativo y ejecutivo, la discrecionalidad de la administración pública y, finalmente, la discrecionalidad judicial.

El profesor Carlos Luis Carrillo Artiles, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, miembro del Instituto de Derecho Público de esa Universidad también realizó un valioso aporte a esta sección que se titula *Peculiaridades de la disciplina judicial en el derecho comparado* en el que estudia temas como la disciplina judicial, la inexistencia de jerarquía que supedita a instrucciones verticales y lo que ha denominado la “*entelequia de jerarquía del órgano ejercitante de la disciplina judicial con respecto al juez disciplinable*”, independencia y autonomía judicial, la inamovilidad del juez, la idoneidad del juez, el error judicial inexcusable como causal de reproche disciplinario e incluso el carácter vinculante del precedente de la doctrina jurisprudencial constitucional y su eventual incidencia en la configuración de la responsabilidad disciplinaria judicial.

El cierre de la sección de contribuciones sobre la *Rama Judicial* corresponde a un trabajo conjunto del Dr. Alejandro Fuenmayor, especialista en derecho de las telecomunicaciones, y del profesor Adolfo Hobaica, especialista en Finanzas Públicas y Derecho Fiscal por la *Université de Droit, d’Economie et Sciences Sociales* de París, sobre el *Conflicto de jurisdicciones. Estados Unidos de Norteamérica y Venezuela. Caso Direct TV*. En su estudio los autores explican a detalle las vicisitudes que rodearon el conocido “Caso Direct TV” en medio de la delicada situación derivada de la pandemia por COVID-19. Los colaboradores explican que su decisión de analizar este caso obedece a la necesidad de “*darle un sentido a lo que realmente sucedía, aplicando nuestros conocimientos jurídicos en beneficio del colectivo, el cual se veía realmente atropellado con la situación que súbitamente dejó más*

de 2.200.000 hogares en Venezuela - más de 8.000.000 de personas - que pagaban por ese servicio, sin ningún tipo de señal de televisión”.

Esta obra en Homenaje al jurista Jesús Caballero Ortiz finaliza con una sección dedicada al estudio de temas sobre *Derecho Tributario*. El primero de los trabajos de este apartado es un aporte del profesor Gabriel Ruan Santos, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Metropolitana, sobre la *Situación actual del arbitraje tributario en Venezuela* teniendo en consideración que *“la figura del arbitraje ha sido siempre poco compatible con el derecho público y el ejercicio de las potestades estatales, tanto en el ámbito interno como en el internacional, porque en el primero ha chocado con el orden público normativo y en el segundo con la soberanía de los Estados y las políticas tributarias, conceptos asumidos como fuertes dogmas jurídicos inspirados en las ideologías estatistas desde la aparición misma de la institución histórica del Estado o como celosas prevenciones”.*

El profesor Luis Fraga-Pittaluga, especialista en Derecho Administrativo y miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), colaboró en esta sección con una investigación sobre *La actividad administrativa consultiva de la administración tributaria* en la que formula importantes consideraciones acerca de *“la actividad consultiva de la Administración Tributaria, desde sus orígenes hasta sus efectos”*, advirtiendo que *“se trata de una regulación que desborda la simple actividad consultiva interna de la Administración. Fraga-Pittaluga analiza cómo el fin último de la actividad consultiva de la administración tributaria “es lograr la sistematización, racionalización y difusión de la doctrina tributaria de la Administración, a modo de parámetro indispensable tanto para la propia Administración como, y especialmente, para los contribuyentes, a los fines del oportuno y adecuado cumplimiento de las leyes tributarias”.*

Luego, José Gregorio Torrealba, profesor en las especializaciones de Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello, examina *La definición de “inversión” y el treaty shopping*, pasando por las distintas definiciones que a lo largo

del tiempo se han formulado sobre el alcance y contenido del término “inversión” además de los requisitos necesarios para que se materialice y reconozca su existencia. Este trabajo, como lo expresa el autor, constituye un *“acercamiento a los diferentes elementos que han de ser tomados en cuenta para determinar si se está o no frente a una inversión protegida y el tratamiento actual que les da la jurisprudencia arbitral internacional”*.

Cierra la sección sobre *Derecho Tributario* el Dr. Humberto Romero-Muci, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, destacado tributarista y profesor de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, que colaboró con un importante trabajo que intituló *La metamorfosis kafkiana de la unidad tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias*, en el que estudia *“la (i) crónica del proceso doloso de desconstitucionalización y desdemocratización del tributo y deslegalización de la UT, (ii) cómo la UT degeneró en una de las muestras más grotescas de manipulación de la tributación como un medio de control social, (iii) las distintas vías de hecho administrativas, normativas y judiciales puestas en pie por el régimen para progresivamente restarle efectividad al medio corrector, exacerbar la presión fiscal y muy particularmente, manipularlo a conveniencia como un medio de intimidación y control político y (iv) las antinomias asociadas a la “dolarización” de las sanciones tributarias, su invalidez ex turpi causa y el despropósito de estas como expresión de un derecho sancionatorio máximo o del enemigo”*.

Nos hemos reunido hoy, el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para presentar este Libro Homenaje y expresar a nuestro querido profesor Jesús Caballero Ortiz nuestro agradecimiento por sus muy importantes y valiosos aportes a las ciencias jurídicas en Venezuela.

Agradezco especialmente a la Dra. Belén Ramírez Landaeta la invitación que me formuló para acompañarlos en este homenaje tan merecido.

**PRESENTACIÓN DE LAS OBRAS:
BOLETÍN N.º 167 EN HOMENAJE AL
DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA
Y LA CONTROVERSI DEL ESEQUIBO
20 DE SEPTIEMBRE DE 2022**



BOLETÍN
de la
Academia de Ciencias
Políticas y Sociales

Se invita a la presentación de la obras:

Boletín N° 167 en
Homenaje al Dr. Luis Henrique Farias Mata

**LA CONTROVERSI
DEL ESEQUIBO**
La controversia del Esequibo

Academia
de Ciencias
Políticas
y Sociales

UNIVERSITAS

Apertura:
Luciano Lupini Bianchi
Presentación de las obras:
Héctor Faúndez Ledesma
Rafael Badell Madrid

Semblanza de Luis Henrique Farías Mata

VIDEO
CONFERENCIA

Martes: 20-09-2022
Hora: 11:30 AM VE

Clausura:
Cecilia Sosa Gómez

Inscripciones en:
<https://universitas.site/eventos>

PRESENTACIÓN LIBRO SOBRE LOS COLOQUIOS DE LA CONTROVERSIA DEL ESEQUIBO

DR. HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA *

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor Titular en la Universidad Central de Venezuela. Abogado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, con ‘distinción máxima’, de la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Internacional y Comparado de los Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia; Master en Leyes (LL.M.), Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard; Doctor of Philosophy (PhD.), King’s College, Universidad de Londres.

Dr. Luciano Lupini,
Primer Vice Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,
Distinguidos académicos,
Señoras y señores,
Amigos todos.

Desde su fundación, en 1915, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha estado pendiente de la controversia del Esequibo, y ha reivindicado los derechos e intereses de Venezuela en la zona en disputa. Fue Carlos Álamo Ybarra quien, en 1938, en su trabajo de incorporación como miembro de número de la Academia, puso en la agenda de esta corporación un minucioso estudio sobre las *Fronteras de Venezuela con la Guayana Británica*, subrayando los aspectos históricos más resaltantes de esta controversia.

En 1981, junto con la Academia de la Historia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales organizó un ciclo de conferencias sobre la controversia del Esequibo. Dicho ciclo de conferencias fue el punto de partida de un amplio debate nacional sobre uno de los asuntos más persistentes y más dolorosos durante nuestra existencia como Estado independiente. En 1983, bajo la coordinación del Académico Tomás Enrique Carrillo Batalla, la Academia de Ciencias Políticas recopiló todas esas conferencias, a veces elaboradas en forma de un trabajo más extenso -incluyendo mapas y documentos-, y las publicó, en formato de libro, con el título *La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba*, del cual ha habido dos reimpresiones.

A través de comunicados públicos, sistemáticamente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha manifestado su posición respecto

de la reclamación del Esequibo, su convicción de que Venezuela debía comparecer en el procedimiento incoado ante la Corte Internacional de Justicia, representada por un equipo de profesionales -venezolanos y extranjeros- altamente calificados, convencidos de que nos asisten la razón y la justicia, y preparados para hacer valer, en forma adecuada, los argumentos de Venezuela en cuanto al objeto de la controversia: la nulidad del laudo de París, y los títulos de Venezuela que le permiten reclamar la plena soberanía sobre el territorio en disputa.

Una vez interpuesta la demanda de Guyana, fiel a su compromiso con Venezuela y la defensa de sus intereses, particularmente cuando éstos se refieren a la integridad territorial de la Nación, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha seguido pendiente de esta controversia, advirtiendo de los peligros que nos acechan, destacando las oportunidades que tenemos por delante, y aportando lealmente sus conocimientos y sus capacidades en un asunto que le concierne a todos los venezolanos. Con ese propósito, entre el 6 de mayo de 2021 y el 21 de abril de 2022, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales organizó un ciclo de coloquios sobre la controversia del Esequibo. En doce jornadas, de la mano de profesionales altamente calificados, venezolanos y extranjeros, se analizó los distintos ángulos y particularidades de esta controversia.

Entre los juristas extranjeros, tuvimos la suerte de contar con el generoso aporte intelectual de Ricardo Abello (Colombia), Antonio Remiro Brotóns (España), Jorge Cardona Llorens (España), Allan Estrada Morales (Guatemala), Luis García-Corrochano (Perú), Silvina González Napolitano (Argentina), Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua), Salvador Herencia Carrasco (Canadá), Carlos Jiménez Piernas (España), y Mónica Pinto (Argentina). Es oportuno destacar que el profesor Brotóns es uno de los asesores de Venezuela en esta controversia.

Entre los venezolanos, además de juristas, contamos con el aporte inapreciable de historiadores, diplomáticos, internacionalistas, politólogos, economistas, ingenieros, geógrafos, un capitán de navío, y representantes de organizaciones de la sociedad civil. Entre los juristas, además de especialistas en Derecho Internacional, también participaron destacados expertos en Derecho Constitucional y un profesor de Derecho privado. Entre los expertos en Derecho Internacional, deseo destacar -de manera muy especial- el nombre del Embajador Víctor Rodríguez

Cedeño, que durante largos años fue miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y que participó activamente a lo largo de todas estas jornadas. Todos ellos, cada uno dentro de su especialidad, hicieron gala de un razonamiento riguroso, que se ocupó de cada uno de los aspectos de esta controversia. No hubo espacio para el diletantismo o para la improvisación.

En la primera jornada, luego de unas palabras de apertura de Julio Rodríguez Berrizbeitia, en su condición de presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, intervinieron los académicos Luis Cova Arria, Gabriel Ruan Santos, Humberto Romero-Muci, Eugenio Hernández Bretón y Carlos Ayala Corao, para referirse al papel que le ha correspondido jugar a la Academia en la defensa del territorio en disputa.

La segunda jornada estuvo dedicada a la formación de la República y al territorio venezolano en las distintas constituciones de Venezuela, poniendo de relieve que, hasta el momento en que se dictó el laudo de París, la región situada al oeste del río Esequibo siempre formó parte de Venezuela. El panel de expertos estuvo conformado por los destacados constitucionalistas y académicos Allan Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao, Cecilia Sosa Gómez, y Jesús María Casal.

El tercer coloquio se ocupó de analizar los antecedentes de esta controversia. Para ello, se contó con la valiosa participación de los historiadores Manuel Donís y Edgardo Mondolfi Gudat, además de las intervenciones del profesor Eloy Torres (diplomático de carrera), y del internacionalista Rajivh Morillo Dáger, siempre bien provisto de sus mapas.

La cuarta jornada estuvo dedicada al examen del compromiso arbitral de 1897, de las reglas estipuladas por las partes, y de los títulos históricos respecto del territorio en disputa a que allí se hace referencia, y que debían ser considerados por el Tribunal arbitral. En esta ocasión, intervinieron Luis García-Corrochano (Perú), presidente del Comité Jurídico Interamericano, quien se refirió a algunos aspectos teóricos del arbitraje, Allan Estrada Morales (Guatemala), quien expuso sobre la disputa por el territorio de Belice, y los venezolanos Gabriel Ruan Santos, Asdrúbal Aguiar, y Claudio Briceño, quienes disertaron sobre distintos aspectos de los títulos alegados por Venezuela respecto del territorio del Esequibo.

El laudo arbitral del 3 de octubre de 1899 y el memorándum Mallet-Prevost fueron el tema a tratar en el quinto coloquio. Para ello, se contó con la inestimable participación de los académicos Rafael Badell Madrid y Carlos Ayala Corao, y la profesora Milagros Betancourt. Hace cuarenta años, siendo profesor de Derecho Internacional Público en la UCAB, el Dr. Badell fue el impulsor de un juicio simulado sobre la controversia del Esequibo, al que tuvo la generosidad de invitarme a participar. Carlos Ayala, a sus dotes de constitucionalista, une la circunstancia de que, en las postrimerías del siglo pasado, durante cuatro años, le correspondió ser el facilitador de Venezuela ante el Buen Oficiante designado por el Secretario General de las Naciones Unidas en el caso del Esequibo. Milagros Betancourt, hoy profesora de Derecho Internacional Público, durante muchos años, fue parte del servicio exterior de Venezuela. Las certeras exposiciones de estos tres panelistas entraron de lleno en uno de los puntos medulares de esta controversia.

La sexta jornada de esta serie de conferencias versó sobre el Acuerdo de Ginebra y la demanda de Guyana. En dicha ocasión, el panel de expositores estuvo conformado por el profesor español Antonio Remiro Brotons y los venezolanos Emilio Figueredo, Sadio Garavini, Carlos Romero, y Juan Carlos Sainz. El Acuerdo de Ginebra es el instrumento jurídico del que se ha aferrado la Corte para sostener que tiene competencia para conocer de este caso; siendo así, el Derecho aplicable a esta controversia tendrá que ser el que se deriva de dicho tratado. Para ello, nada mejor que las reflexiones de dos juristas expertos en Derecho Internacional Público (Brotons y Sainz Borgo), un diplomático que sirvió como Embajador de Venezuela en Guyana (Sadio Garavini), y un politólogo (Carlos Romero).

La demanda de Guyana, la competencia de la Corte Internacional de Justicia para conocer de ella, y las opciones de Venezuela, fueron el objeto del séptimo ciclo de conferencias. Los expositores fueron el jurista español Jorge Cardona Llorens, quien abordó los aspectos teóricos de la competencia de la Corte, el jurista venezolano Víctor Rodríguez Cedeño, el Embajador Sadio Garavini, y el internacionalista Kenneth Ramírez.

La competencia de la Corte Internacional de Justicia para dictar medidas provisionales fue abordada en la octava jornada de este ciclo

de conferencias. Silvina González Napolitano, de Argentina, desarrolló el marco teórico, Carlos Jiménez Piernas, de España, se ocupó de la práctica de la CIJ en materia de medidas provisionales, Salvador Herencia Carrasco, de la Universidad de Ottawa, ilustró el tema refiriéndose a las medidas provisionales adoptadas por la Corte en el caso de *Gambia c. Myanmar*, Mónica Pinto, de Argentina, comentó el caso de las papeleras que se había proyectado construir en el margen oriental del río Uruguay, en el caso *Argentina c. Uruguay*, Jorge Luis Fuguett se refirió a la explotación económica y a los daños ecológicos causados en el territorio del Esequibo, y Héctor Faúndez Ledesma disertó sobre la pertinencia de medidas provisionales en el caso *Guyana c. Venezuela*.

La competencia de la Corte Internacional de Justicia respecto de lo que ella llama “la cuestión conexa” con el arreglo definitivo de la controversia sobre la frontera entre Guyana y Venezuela fue el tema de la novena jornada de esta serie de coloquios. En ella participaron como expositores los expertos en Derecho Internacional Asdrúbal Aguiar Aranguren, Víctor Rodríguez Cedeño, y Héctor Faúndez Ledesma.

Si bien la Corte Internacional de Justicia ha excluido referirse a la frontera marítima, siendo evidente que cualquier sentencia que dicte la Corte tendrá un efecto directo en la proyección de la frontera terrestre en los espacios marinos y submarinos adyacentes al territorio en disputa, la décima jornada abordó el tema de la plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela. Los expositores fueron la geógrafa Josmar Fernández, el profesor de Derecho Internacional Jesús Ollarves, y el Capitán de Navío Pablo Cohen.

Puesto que el objeto de la demanda es que la CIJ declare la validez del laudo, y puesto que éste es el primer punto que tendrá que abordar la Corte, la penúltima jornada de este ciclo de conferencias estuvo dedicada a la nulidad o validez del laudo de París. Los expositores fueron el jurista nicaragüense Orlando Guerrero Mayorga, que disertó sobre la aquiescencia de Nicaragua en el caso del laudo arbitral del rey de España, el jurista colombiano Ricardo Abello, que se ocupó de los aspectos teóricos de la nulidad de un laudo arbitral en el Derecho Internacional, y los juristas venezolanos Víctor Rodríguez Cedeño y Héctor Faúndez Ledesma, que se refirieron a las razones por las que el laudo de París es nulo.

El último coloquio de esta serie de conferencias estuvo dedicado a examinar los aspectos económicos, políticos y estratégicos que plantea esta controversia. Para ello, se contó con la valiosa participación del economista y experto petrolero José Toro Hardy, el ingeniero Eduardo Páez Pumar, y el politólogo Ricardo De Toma. Concluidas sus exposiciones, correspondió al académico Allan Brewer-Carías -uno de los juristas más notables de Venezuela e Iberoamérica, y un profundo conocedor de la formación de la República y su territorio- presentar las conclusiones generales del evento, que, en lo sustancial, ponen de relieve los títulos históricos de Venezuela sobre el territorio en disputa, señalan las irregularidades cometidas por el Tribunal arbitral, y las razones por las que el laudo es nulo.

Durante estas jornadas, no hubo chauvinismo ni afirmaciones fantásticas, carentes de fundamento, sino una reflexión seria sobre el objeto de la controversia. Hubo una argumentación lógica, que el lector sabrá valorar, y que la Corte Internacional de Justicia debería tener en cuenta.

Venezuela ya se ha incorporado al procedimiento ante la Corte. En lo inmediato, está pendiente que ésta decida sobre la excepción preliminar de inadmisibilidad de la demanda, planteada por Venezuela. Si ésta es desestimada, Venezuela deberá presentar su contra-memoria con los argumentos que le asisten en este caso. Ocurrido lo anterior, la Corte convocará a las partes a una audiencia pública, para que cada una de las partes presente su caso. Probablemente, dentro de unos 3 años, o un poco más, habrá una sentencia sobre los méritos de esta controversia, que ya está cercana a cumplir dos siglos. El tiempo está corriendo para que los abogados de Venezuela hagan su tarea. Hace cuatro años y medio que Guyana introdujo su demanda, y ese trabajo ya debería estar hecho. Siendo éste un asunto del mayor interés nacional, sería bueno que ese trabajo se compartiera con el país, que se nos dijera cuál es la estrategia, y cuáles son los argumentos de fondo que se están manejando por los abogados de Venezuela. No conocemos ni la memoria de Guyana, ni el escrito de excepciones preliminares que se ha presentado a la Corte, ni el equipo de expertos venezolanos que está trabajando en este caso. Éste no es un asunto para aficionados, y esperamos estar en buenas manos. Pero éste no puede ser un secreto de Estado, que no se

pueda compartir con el resto de los venezolanos; después de todo, la sentencia que dicte la Corte será pública, y afectará a la Nación como un todo. La Academia ha sido generosa con el gobierno nacional, no sólo alertando sobre los riesgos que tenemos por delante y exponiendo su posición a través de diversos comunicados, sino participando, de manera franca y leal, en las reuniones a las que se nos ha convocado. Pero no hemos recibido el mismo trato, y tenemos razones para temer que las cosas no se están haciendo bien, o que no se están haciendo en absoluto.

Sería lamentable que, por torpeza o ignorancia de quienes tienen la misión de defender los intereses de Venezuela, éstos no supieran reclamar lo que son nuestros derechos, y que la Corte Internacional de Justicia fallara de una manera distinta a la que en justicia corresponde. No habrá una nueva oportunidad para que se enmiende una aberración jurídica e histórica, cometida mediante un acto absolutamente arbitrario y contrario al Derecho Internacional. No podemos desperdiciar esta oportunidad, dejando este asunto en manos de aficionados, o abordando esta tarea con quienes carecen de la convicción de que la justicia está de nuestra parte. Tenemos que hacerlo bien. De lo contrario, mañana el país se lo reclamará a quienes hoy tienen las riendas de este asunto, y que nos están conduciendo por el camino equivocado.

Ahora, quiero ofrecer, a ustedes, el texto que recoge las ponencias que se presentaron durante esta serie de coloquios, y que constituyen un aporte más, de un grupo de intelectuales, venezolanos y extranjeros, y de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para la defensa de los derechos de Venezuela en el territorio del Esequibo. Pero aún quedan muchas tareas por delante, que estoy seguro que estos mismos profesionales, y otros que se le sumen, sabrán asumir como propias, desde esta misma tribuna, o desde cualquier otra.

Sirva la ocasión para agradecer, una vez más, a todos los expositores que hicieron posible la realización de este ciclo de coloquios, aportando generosamente su tiempo y sus conocimientos. Nuestro agradecimiento es extensivo a todos los académicos, a la Junta Directiva, a Julio Rodríguez Berrizbeitia, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a la Dra. Cecilia Sosa Gómez, secretario de la Academia, a los académicos que sirvieron de moderadores en cada una de estas jornadas, a Evelyn Barbosa, a Universitas Fundación, y a todo el

personal administrativo y técnico, que nos brindó su apoyo constante para que estas jornadas concluyeran en forma exitosa. Por supuesto, mi agradecimiento a los académicos Rafael Badell Madrid y Allan Brewer- Carías, que son los responsables de que hoy tengamos esa serie de conferencias en formato de libro, y mi especial agradecimiento al Dr. Brewer-Carías por haberse encargado de su distribución a través de las librerías globales.

Muchas gracias.

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN
DEL BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
NÚMERO 167 CORRESPONDIENTE
AL PERÍODO ENERO-MARZO 2022,
EN HOMENAJE
AL DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA
DR. RAFAEL BADELL MADRID***

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular y jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

En continuación con la tradición iniciada por esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales hace 86 años, cuando publicó su primer Boletín, en abril de 1936, y lo dedicó a homenajear al jurisconsulto venezolano doctor Francisco Aranda, hoy tengo el honor de presentar el Boletín Nro. 167 en homenaje al Dr. Luis Henrique Farías Mata.

La primera parte de este Boletín es enteramente dedicada al Dr. Farías Mata. En esa sección, en primer lugar, publicamos la semblanza del Maestro Farías Mata, quien nació en Carúpano, Estado Sucre, el 3 de julio de 1929 y falleció en Porlamar, Estado Nueva Esparta, el 2 de agosto de 2018.

El Dr. Luis Henrique Farías Mata se incorporó como Miembro Correspondiente de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales por el Estado Nueva Esparta, el 19 de enero de 2010, de allí que publicáramos, en primer lugar, su trabajo de incorporación intitulado “¿Por qué la comunidad andina?”.

También en el Boletín 167 se publica el discurso del Académico Dr. René De Sola, quien al recibirlo en la Academia dijo: “constituye para la Academia la satisfactoria confirmación de su acierto en haber elegido Individuo de Número a Luis Henrique Farías Mata, a quien recibimos con los brazos abiertos y con la seguridad de que sus aportes enriquecerán el acervo científico de nuestra Corporación”.

El segundo trabajo del maestro Farías Mata publicado en este Boletín en su homenaje se titula: “¿Eliminada la acción popular del derecho positivo venezolano?”, referido a la legitimación para interponer recurso contra los actos de efectos generales, regulado en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y sus respectivas interpretaciones constitucionales y doctrinarias.

Asimismo, se encuentra publicado su trabajo sobre la “Jurisdicción judicial laboral y contencioso-administrativa”. En este trabajo, el

maestro Farías Mata buscó delimitar el concepto procesal de acto administrativo a través de una nueva y parcial referencia a la sedicente doctrina de los actos excluidos.

El trabajo intitulado “Acto administrativo, materia del recurso contencioso de anulación” que fue publicado en las XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela, Tomo II, del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Lara, celebradas en el año 1993.

Así también se encuentran en este Boletín las Palabras del Dr. Luis Henrique Farías Mata en el Acto Homenaje al Dr. Ricardo Antequera Parilli, celebrado el 19 de noviembre de 2013.

El Dr. Luis Henrique Farías Mata fue profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela desde 1958, y su Decano durante los años 1972 a 1975. Bajo su conducción se fundó la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de esa Universidad.

Aún después de su jubilación, Farías Mata se mantuvo dando clases en la especialización de derecho administrativo en los cursos de postgrado, en los cuales llegó a ser su director.

En 1981 fundó en los estudios de pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello, la primera cátedra de procedimiento contencioso administrativo en Venezuela, donde se mantuvo dando clases por muchos años.

A consecuencia de lo anterior, parte muy importante de la obra del Maestro Farías Mata fue la cantidad de discípulos que dejó el Maestro, de diferentes generaciones y universidades, y quienes le profesamos auténtica admiración y respeto, por la dimensión de su personalidad, por sus condiciones humanas: humildad, generosidad, prudencia y amabilidad, y por su contribución al desarrollo del derecho público en Venezuela y, en particular, de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de sus clases, conferencias, escritos, estudios, dictámenes y sentencias, por eso este Boletín reúne doce trabajos escritos por sus discípulos en su homenaje.

Primero: El del Dr. José Ignacio Hernández intitulado “Luis Henrique Farías Mata y la construcción jurisprudencial del derecho administrativo venezolano. Introducción al estudio sistemático de las

decisiones y votos salvados del Magistrado Farías Mata”, en el cual explica cómo el derecho administrativo venezolano es, al igual que en el derecho comparado, obra iniciada por la jurisprudencia, y cómo en esa jurisprudencia del contencioso administrativo destacó la figura del magistrado Luis Henrique Farías Mata.

Luego, las palabras de Apertura de la Jornada en Homenaje al Dr. Luis Henrique Farías Mata a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, entonces Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mediante las cuales expresó el compromiso ético que era para ésta “reconocer a quién desde la ciencia y la práctica exaltó el digno y exigente oficio del juez y en la docencia alcanzó la verdadera dignidad de “maestro de maestros”.

En esta sección se encuentra un trabajo de mi autoría intitulado “Consideraciones generales sobre la jurisdicción contencioso administrativa”, en el cual se desarrolla el tema desde tres puntos de vista: en su aspecto sustantivo, como forma de control para asegurar el sometimiento a derecho de los actos y demás actuaciones de los órganos que ejercen función administrativa; desde su concepción orgánica, como el conjunto de órganos que componen esta jurisdicción y su régimen de competencias; y por último, desde el punto de vista adjetivo para determinar los medios de impugnación, las reglas procesales que gobiernan cada uno de esos medios de impugnación y los poderes del juez en la admisión y sustanciación de las acciones o recursos, en las decisiones, cautelares o definitivas, y en la ejecución del fallo.

Publicamos el estudio del académico Prof. Henrique Iribarren Monteverde sobre “La teoría del contrato administrativo en el pensamiento de Luis Henrique Farías Mata”. El Prof. Iribarren Monteverde expuso en su trabajo cómo los aportes del maestro Farías Mata colaboraron en la consolidación de una de las más importantes instituciones del derecho administrativo.

La investigación del Prof. José Antonio Muci Borjas relativa a “La discrecionalidad administrativa. Consideraciones a partir de la decisión judicial que resolvió el asunto “Depositaria Judicial””, es otro de los contenidos de este homenaje, mediante el cual recordó la trascendencia de esta decisión, expresando que esta sentencia fue la primera en rechazar la clasificación de los actos administrativos en discrecionales y

reglados, sobre la base de la libertad, «...máxima en el primero, mínima en el segundo...», de la que dispone la Administración al momento de actuar dentro de la Ley; en efecto, para la sentencia “Depositaria Judicial”, lo cierto era que todos los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales.

El académico Dr. Humberto Romero-Muci, con la autoridad que le da ser uno de los más destacados tributaristas en el país, aporta un muy interesante trabajo intitulado “Luis Henrique Farías Mata tributarista”, en el cual señala que aunque no es una perspectiva ampliamente conocida, el maestro Luis Henrique Farías Mata contribuyó notablemente al pensamiento tributario nacional.

El trabajo del Prof. Gerardo Fernández Villegas sobre “El aporte del Profesor Farías Mata al amparo constitucional en Venezuela” resalta cómo “el Magistrado Farías Mata se constituyó, desde la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en un factor importante para la conformación de la acción de amparo y luego para la interpretación de la Ley Orgánica de Amparo sobre de Derechos y Garantías Constitucionales”.

La Dra. María Amparo Grau, también discípula de nuestro homenajeado, formula algunos “Comentarios a las sentencias de los casos Despacho Los Teques y Raufast de la Sala Político-Administrativa, ambas de fecha 26-07-1984”, casos estos en los que el profesor Luis Henrique Farías Mata fundamentó importantes aportes respecto del tema de los vicios del acto administrativo.

El trabajo de la Dra. Cecilia Sosa Gómez intitulado “El proceso administrativo en la conceptualización del Maestro Luis Henrique Farías Mata” señala que la concepción del maestro Farías Mata sobre la justicia administrativa era bastante particular, desde que caracterizaba el proceso no solo por su continuidad en el tiempo, “de lo administrativo a lo judicial, sino, por el énfasis que caracteriza las facultades del funcionario administrativo, para dictar actos administrativos como los poderes del juez contencioso administrativo y sus sentencias”.

El estudio del Dr. Román José Duque Corredor sobre la “Metodología y enseñanza del derecho administrativo según el Maestro Luis Henrique Farías Mata” destaca que la metodología del maestro Farías Mata “fue la de formarnos más que conocedores de las leyes

administrativas, la de hacernos conocedores del derecho administrativo experimental”. Continúa el profesor Duque Corredor: “Puede decirse que su método de estudio y de investigación, era la de la investigación jurídica formal, o el examen del derecho administrativo por el contenido de sus leyes y su conexión sistemática con su dogmática general, de actividad administrativa, acto y contrato administrativo y justicia administrativa, para interpretar sus normas y facilitar su aplicación.

El escrito del Prof. Gabriel Ruan Santos intitulado “Experiencias legislativas compartidas con el Maestro Luis Henrique Farías Mata” se refiere a la década de los años setenta, cuando el Prof. Ruan se desempeñaba como abogado director en la Procuraduría General de la República y el maestro Farías Mata asesoraba a la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados del Congreso de la República.

Además, se incluyen en este Boletín discursos realizados en homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata, tales como: el pronunciado por el Dr. René De Sola en la sesión inaugural del Congreso Internacional de Derecho Administrativo, el 19 de abril de 2006, y las palabras de clausura a la Jornada en Homenaje al Dr. Luis Henrique Farías Mata a cargo del Dr. Aníbal Rueda, Magistrado emérito de la Corte Suprema de Justicia y rector emérito de la Universidad de Carabobo.

Terminamos esta primera parte, destinada a homenajear al académico Dr. Luis Henrique Frías Mata, con las Palabras pronunciadas por el académico Prof. Henrique Iribarren Monteverde en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 07 de agosto de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Dr. Luis Henrique Farías Mata.

PRONUNCIAMIENTOS

Seguidamente publicamos los pronunciamientos dictados por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales durante los meses de enero, febrero y marzo del año en curso, entre ellos:

El Pronunciamiento sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de enero de 2022, que fue dictada con el objetivo de modificar la actual composición del Tribunal Supremo de Justicia mediante una disminución del número de sus

integrantes y la designación de nuevos Magistrados e intervenir en su organización y funcionamiento.

El Pronunciamiento sobre la Ley de Registros y Notarías, del 01 de marzo de 2022, mediante el cual la Corporación alertó a la comunidad sobre los vicios que contiene dicha reforma y la gravedad de las medidas adoptadas por el Poder Público Nacional que amenazan el pleno acceso de la población al servicio público que prestan los Registros y Notarías.

El Pronunciamiento sobre la responsabilidad internacional de la Federación de Rusia y su violación flagrante de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el conflicto bélico contra Ucrania, publicado en fecha 23 de marzo de 2022.

El Pronunciamiento en rechazo a la “Ley de impuesto a las grandes transacciones financieras”, del 24 de marzo de 2022, por el cual la Academia alertó a la ciudadanía que la modificación de este impuesto viola las más elementales garantías constitucionales que rigen y condicionan la legitimidad de la tributación en Venezuela y los derechos de los contribuyentes.

Asimismo, publicamos los pronunciamientos conjuntos suscritos por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, entre los cuales se encuentran:

El Pronunciamiento de las Academias nacionales ante la situación de las instituciones científicas, humanísticas y de educación superior del país, del 02 de febrero de 2022, en el que conjuntamente se denunció cómo las universidades, los institutos de investigación científica y humanística y las Academias nacionales han sido limitadas en su enorme potencial mediante las políticas llevadas a cabo por el poder público nacional, contrarias a la estabilidad social y al progreso económico del país.

Pronunciamiento de las academias venezolanas en solidaridad con el pueblo ucraniano, del 28 de febrero de 2022.

Y, finalmente, la Declaración conjunta de las Academias Nacionales de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de América Ibérica sobre la agresión de la Federación Rusa a Ucrania.

EVENTOS

En este Boletín Nro. 167 reseñamos 5 eventos que fueron celebrados por la Corporación en el período comprendido entre el mes de enero y marzo del año 2022.

Los dos primeros corresponden al noveno y décimo encuentro del Ciclo de Coloquios sobre la Controversia del Esequibo.

El noveno encuentro, celebrado el 20 de enero de 2022, estuvo referido a la competencia de la Corte Internacional de Justicia y la cuestión relacionada con la determinación de la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela y contó con las palabras de apertura a cargo del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, seguidas de la participación del Dr. Juan Carlos Sainz Borgo, sobre “La representación del Gobierno de Venezuela en la demanda de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia”; del Prof. Víctor Rodríguez Cedeño, quien intervino con su ponencia “Sobre el principio del *uti possidetis iuris* en el contexto de la controversia territorial sobre el Esequibo”; del Dr. Asdrúbal Aguiar, que realizó una exposición sobre “La competencia de la Corte Internacional de Justicia y la cuestión conexa sobre la frontera entre Guyana y Venezuela”; y finalmente el académico Dr. Héctor Faúndez Ledesma, experto sobre el tema, disertó sobre “La competencia de la Corte Internacional de Justicia respecto de la cuestión relacionada con el arreglo definitivo de la controversia sobre la frontera entre Guyana y Venezuela”.

El décimo encuentro tuvo lugar el 17 de febrero de 2022 y versó sobre la plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela. En esta oportunidad el académico Prof. Carlos Ayala Corao dio las palabras de apertura y participaron los ponentes: el Prof. Josmar Fernández, introdujo el tema con su exposición intitulada “La plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela”; el Dr. Jesús Ollarves Irazábal quien lo complementó con sus “Reflexiones sobre los problemas en torno a la delimitación de la frontera marítima entre Venezuela y Guyana y el Derecho aplicable”; y el Prof. Pablo E. Cohen Celis, que de igual forma se refirió al tema de “La plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela”.

El siguiente evento reseñado en el Boletín Nro. 167 fue el celebrado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 22 de enero

de 2022 y estuvo dirigido a la exposición de consideraciones constitucionales y tributarias en torno a la entonces recién publicada Ley de Registros y Notarías.

En esta ocasión el Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales abrió el evento, e intervinieron la Dra. Cecilia Sosa Gómez quien expuso sobre “La naturaleza jurídica de la actividad registral y notarial, derechos fundamentales involucrados y sujetos incididos por la manera en que se reformó la ley”; el Dr. Humberto Romero-Muci, con su ponencia sobre la “Dolarización, deslegalización y expolio por el uso del Petro como unidad de cuenta de las tasas en la Reforma de Ley de Registros y Notarías”; el Prof. Juan Cristóbal Carmona con una disertación respecto del “Fraude constitucional en la Ley de Registros y Notarías. Caso del impuesto sobre transacciones inmobiliarias”; el Prof. Luis Fraga-Pittaluga, quien intervino para tratar el tema de “La manipulación de los elementos estructurales del tributo en la Ley de Registros y Notarías y el caso de la base imponible en las operaciones inmobiliarias”; y por último el académico Dr. Román Duque Corredor, que realizó un “Balance conclusivo del foro sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Registros y Notarías”.

Seguidamente el Boletín Nro. 167 reseña el onceavo encuentro del Ciclo de Coloquios sobre la Controversia del Esequibo que estuvo referido a la nulidad o validez del laudo de París.

En este encuentro celebrado, el 17 de marzo de 2022, tuve el honor de dar las palabras de apertura a las valiosas intervenciones del Dr. Orlando Guerrero Mayorga, quien desde Nicaragua participó para tratar “El Laudo del Rey de España Alfonso XIII del 23 de diciembre de 1906”; del Prof. Víctor Rodríguez Cedeño, sobre “La controversia con Guyana sobre el territorio Esequibo, la validez/nulidad del laudo arbitral del 3 de octubre de 1899”; y del académico Dr. Héctor Faúndez Ledesma, quien expuso “La nulidad del Laudo de París, del 3 de octubre de 1899”.

El quinto evento publicado en este Boletín Nro. 167 se corresponde con la sesión solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales celebrada el 21 de marzo de 2022, con ocasión de la juramentación de la junta directiva nuestra Corporación para el período 2022-2023.

PRESENTACIONES DE LIBROS

En el período comprendido entre enero y marzo de 2022, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tuvo el honor de presentar 2 valiosas obras:

La primera, el Boletín Nro. 165 de la Academia, correspondiente al período julio-septiembre del año 2021, publicado en homenaje a Tomás Polanco Alcántara. Esta presentación se llevó a cabo el 1º de febrero de 2022.

La segunda obra, presentada el 24 de febrero de 2022, fue el libro “La condena internacional al estado venezolano en el caso Allan Brewer-Carías por el Comité de los DDHH de la ONU” de la autoría del académico Dr. Allan Brewer-Carías.

En esta oportunidad intervino el Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para dar inicio a la presentación de la obra y palabras del Dr. Javier Cremades y del académico Dr. Allan Brewer-Carías.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

En este Boletín Nro. 167 publicamos un total de diez trabajos de investigación, de académicos, profesores y abogados, entre ellos:

1. Consideraciones sobre la guerra actual en Ucrania. Causas históricas y con-secuencias inmediatas. Palabras del Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el Prof. Luciano Lupini Bianchi.
2. Publicamos un valioso trabajo del académico Dr. Luis Napoleón Goizueta: Situación laboral de los empleados públicos de Universidades, Academias e Institutos de Investigación. El Dr. Goizueta estudia la situación planteada a partir de las decisiones unilaterales que en materia laboral ha tomado el Gobierno Nacional y finaliza con algunas reflexiones y sugerencias, entre ellas la necesidad de una acción conjunta de todos los sectores afectados con estas medidas del gobierno.
3. El académico Dr. Ramón Guillermo Aveledo colaboró en este Boletín homenaje al Dr. Farías Mata mediante un estudio

titulado: El bicameralismo en América Latina, donde analiza las ventajas y desventajas de las formas unicamerales y bicamerales, así como la presencia de cada una en los Estados de Latinoamérica para concluir en que el bicameralismo contribuye a limitar el poder para mantenerlo al servicio del bien común y el fortalecimiento de los valores del constitucionalismo liberal.

4. La académica Dra. Cecilia Sosa Gómez realizó un trabajo titulado: Crisis del principio de la separación de poderes en Venezuela, Clave Para comprender el tema:

La autora concluye que “la forma de gobierno de democracia representativa sólo puede funcionar si en ejercicio de la libertad política y constitucional de los poderes, se evitan los abusos de poder, mediante la vigilancia y control recíproco de poderes separados”.

5. Se incluye además un muy interesante trabajo intitulado La Filosofía (Jurídica) como puente entre el Derecho y la Ciencia frente a los problemas que nos envuelven a todos, del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia.

6. El académico Dr. Hernández Bretón relata una memorable cena que tuvo como anfitrión al maestro Luis Henrique Farías Mata, el día de reyes de 1986. El título: Cena de Reyes.

7. Un interesante caso de derecho comparado es el excelente estudio realizado por el brillante abogado Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes, referido al caso del deportista Novak Djokovic.

Urdaneta Cordido-Freytes trata un tema que estremeció al mundo deportivo el 5 de enero de 2022 a propósito de la detención de Novak Djokovic, quien había llegado a Australia para competir en el Grand Slam del Australia Open. El Nro.1 del mundo Djokovic fue deportado el 16 de ese mes, por la supuesta violación de las regulaciones migratorias y sanitarias australianas, específicamente de las normas que exigen la vacunación obligatoria del coronavirus, con lo que se le impidió participar en la competencia.

Urdaneta Cordido-Freytes analiza con detalle los aspectos legales involucrados en las revocatorias de visa de Djokovic que

trajeron como consecuencia su deportación. Examina la regulación australiana sobre la materia, así como los hechos, los alegatos y las decisiones recaídas en los procedimientos judiciales incoados por Novak Djokovic contra la administración pública australiana.

8. Publicamos también en esta sección un estudio sobre El Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras. La antijuridicidad de una exacción que atenta contra un sistema tributario racional democrático, del Prof. Leonardo Palacios Márquez.
9. El Dr. Eduardo Wallis Brandt ha colaborado con este Boletín a través de una valiosa e interesante investigación sobre la Administración de Justicia en la América Española: Una mirada a través del litigio de una casa tienda en la Caracas de 1760, donde se refiere el proceso judicial civil que pretendió la nulidad de la venta de un inmueble denominado “Casa Tienda”, hecha por el albacea sobre el bien de un menor, en la ciudad de Caracas durante la segunda mitad del siglo XVIII.

Damos las gracias al Dr. Eduardo Wallis Brandt, no solo por su colaboración con el Boletín, sino también por la donación a la Biblioteca de esta Academia de los documentos históricos que usó para su investigación.

10. Nuestro primer vicepresidente, Prof. Luciano Lupini Bianchi, formuló unos Comentarios sobre la decisión de la Corte Suprema del Reino Unido del 20 de diciembre de 2021 recaída en el caso *Maduro Board of the Central Bank of Venezuela v. Guaidó Board of the Central Bank of Venezuela*.

Este trabajo destaca los puntos principales del fallo sobre una disputa que inició el 20 de mayo de 2020 cuando la Junta del Banco Central de Venezuela nombrada por Maduro demandó al Banco de Inglaterra, por la negativa a entregar las reservas venezolanas de oro (de 31 toneladas), por un valor entonces equivalente a 1.950 millones de dólares; y que culminó en el reconocimiento por parte del Reino Unido de Juan Guaidó como presidente interino de Venezuela.

ACUERDOS

Como es usual en los Boletines de la Academia, en este Nro. 167 aparece igualmente publicada la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales “Juan Germán Roscio”, junto con la nómina de las personas a quienes se les ha otorgado esta Orden.

Como hacemos siempre, en este Boletín publicamos los Boletines Digitales de la Academia, correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo del año 2022.

Agradecemos la permanente y extraordinaria ayuda de la Lic. Beatriz Martínez y el impecable trabajo de diagramación de la Sra. Margarita Páez Pumar.

En nombre del Consejo Editorial del Boletín de la Academia: Dra. Cecilia Sosa Gómez, Dr. Eugenio Hernández Bretón y quien les habla ponemos a disposición de toda la comunidad jurídica, este Boletín Nro. 167, dedicado al Dr. Luis Henrique Farías Mata, que ya está publicado en nuestro portal web: www.acienpol.org.ve

Señores y señoras.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

UN CRASO ERROR DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA CON RELACIÓN AL AUTO PARA MEJOR PROVEER

PROF. SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ*

Sumario: Henrique Iribarren Monteverde. Antecedentes. 1. ¿Qué es el auto para mejor proveer? 2. ¿Oportunidad para decretar el auto para mejor proveer? 3. ¿Cuántos autos para mejor proveer puede dictar el juez en un proceso? 4. ¿Tiene eficacia el auto para mejor proveer decretado posteriormente a la oportunidad prevista para ello en la ley? 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

El auto para mejor proveer es una potestad que otorga la ley al juez, a fin de clarificar algún punto o determinados aspectos del juicio que considera que estén dudosos u oscuros, a fin de decidir la causa estableciendo los hechos de la manera cómo sucedieron en la realidad o lo más cercano a ello, porque esta actitud es un imperativo impuesto por la ley, en virtud de lo establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que le ordena al juez, como norma de conducta procesal, tener por norte de sus actos la verdad, que procuraran conocer en los límites de su oficio. Por ello, veremos el alcance de la facultad para dictar el auto para mejor proveer, la oportunidad para dictarlo y su eficacia.

Palabras claves: auto para mejor proveer, oportunidad, eficacia.

* Profesor emérito de la UCAB–UCV. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

The order to better provide is a power that the law grants to the judge, in order to clarify some point or certain aspects of the trial that he considers to be doubtful or obscure, to decide the cause by establishing the facts as they happened in the trial. reality or as close to it, because this attitude is an imperative imposed by law, by virtue of what is established in article 12 of the Code of Civil Procedure, which orders the judge, as a rule of procedural conduct, to have as north of their minutes the truth, which they tried to know within the limits of their office. Therefore, we will see the scope of the power to dictate the car to better provide, the opportunity to dictate it, and its effectiveness.

Keywords: measure to better provide, opportunity, effectiveness.

HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE

Transcurría el lunes dos de mayo de dos mil veinte y dos, y al medio día recibo una llamada de un amigo y directamente me pregunta si era cierto el fallecimiento de Henrique Iribarren. No tenía respuesta para esa interrogante, por lo que le afirmé que ciertamente habíamos pasado ambos por una crisis de salud, debido al COVID-19, aunque la salud de Henrique había estado mucho más comprometida que la mía. Inmediatamente me comuniqué con un amigo común (más cercano a Henrique), quien me confirmó la noticia. Efectivamente, Henrique había partido prematuramente a la eternidad.

Circunstancias como esa, incontinente, activan los recuerdos, y rememoré que pertenecía a la tercera cohorte de alumnos a quien me correspondió imbuirlos en los vericuetos de la práctica jurídica en materia civil, lo que inició una amistad que se prolongó hasta el día de su fallecimiento. Aunque nuestro ejercicio profesional fue por ramas diversas, tuvimos la oportunidad de encontrarnos en algunas ocasiones en esas labores, aunque no enfrentados; además, fueron notorios los éxitos que obtuvo en su desarrollo como abogado.

Coincidíamos en la Universidad Católica Andrés Bello, porque nos correspondía impartir clases el mismo día, por lo que tuvimos agradables e importantes tertulias en el salón de profesores de la Escuela de Derecho, en la que se abordaron tópicos jurídicos, políticos, académicos y familiares, en los que nos quedaron gratas enseñanzas.

Posteriormente, coincidimos en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, aunque él ingresó previamente a mi incorporación, lo que me permitió ahondar la relación y el afecto.

Por todo ello, dedico este trabajo a su memoria.

ANTECEDENTES

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23 de octubre de 2007, profirió la sentencia número 1986, mediante la cual -según lo establecido en la decisión de referencia- declaró parcialmente con lugar la demanda de nulidad propuesta, por razones de inconstitucionalidad, conjuntamente con la acción de amparo cautelar, y subsidiariamente medida cautelar innominada, solicitada por los ciudadanos abogados Juan Carlos Velásquez y Javier Simón Gómez González, contra diversos artículos de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de su Reglamento.

En el dispositivo del aludido fallo, la Sala Constitucional procedió a anular algunos de los artículos de las citadas regulaciones legales; así mismo, ordenó que los llamados Miembros Correspondientes Nacionales de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales pasaran a tener la condición de “Individuo de Número” de la mencionada Corporación; además, exhortó a la Asamblea Nacional a legislar respecto a las Academias Nacionales, en atención a los principios recogidos en la sentencia de referencia.

Posteriormente, varios años después, uno de los Miembros Correspondientes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que no fue parte del aludido proceso, aunque el dispositivo de la sentencia número 1986 atañe a su condición como Miembro Correspondiente de la mencionada Corporación, en el sentido de que el indicado fallo establece una nueva categoría para los Miembros Correspondientes dentro de la organización de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, posición creada por la decisión en comento y no por la ley que la rige, por lo que la Sala Constitucional profirió una sentencia normativa, lo que está prohibido de conformidad con lo dispuesto en la recién sancionada Ley del Tribunal Supremo de Justicia que expresamente prohíbe las sentencias normativas. En ese sentido es oportuno citar la opinión del profesor Pedro Planchart, quien sostiene siguiendo doctrina autoral patria, que la interpretación judicial no tiene en nuestro sistema positivo la fuerza suficiente para elevarse a la categoría de fuente formal de derecho objetivo, ya que la normativa constitucional y de derecho sustantivo venezolano otorga potestad para la creación y derogación de leyes a la Asamblea Nacional, organismo que tiene la legitimidad para legislar,

aunque reconoce que el Alto Tribunal, constitucionalmente, tiene algunas potestades legislativas, estas no alcanzan para crear ni derogar leyes, salvo el recurso de inconstitucionalidad; ya que de acuerdo con la normativa constitucional, la función del Tribunal Supremo de Justicia es ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de la Constitución.¹

El Miembro Correspondiente, que no fue parte en el aludido proceso, solicitó el 13 de diciembre de 2021 (catorce años después de haberse proferido el fallo²), a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cumplimiento voluntario por parte de la indicada Academia del dispositivo segundo de la sentencia en alusión, cuyo texto es el siguiente:

“**SEGUNDO:** Se **ORDENA** que de inmediato los llamados Miembros Correspondientes Nacionales de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales pasen a tener la condición de Individuo de Número (sic)”. (Resaltados de la Sala).

En respuesta a la petición formulada por el Miembro Correspondiente que solicitó el cumplimiento voluntario de la citada sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión número 0002 del 31 de enero de 2022, expresó lo que se transcribe:

“Esta Sala constitucional previo a pronunciarse sobre la solicitud efectuada por el ciudadano ..., *supra* identificado, **dicta auto para mejor proveer**, a los fines de solicitar a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela lo siguiente:

PRIMERO: Que remita a esta Sala un informe del cumplimiento efectuado por la Academia del dispositivo segundo de la sentencia N.º 1986 del 23 de octubre de 2007 y con los soportes respectivos, donde se le ordenó de manera inmediata que sus *Miembros Correspondientes Nacionales* debían tener la condición de *Individuo de Número*.

¹ Pedro L. Planchart P., “Los jueces ni crean ni derogan leyes”, en *La importancia del Derecho Civil hoy. XI Jornada Aníbal Dominici, en memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillen*, Abediciones, Caracas, 2022, pp. 241-266.

² Hemos indicado que la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la que hemos estado haciendo referencia, fue dictada el 23 de octubre de 2007.

SEGUNDO: Que remita copia certificada del Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 19 de mayo de 2020.

TERCERO: Copia certificada del Libro de Matrícula de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela.

La información requerida por esta Sala Constitucional *ut supra*, deberá ser remitida dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación; con la advertencia de que el incumplimiento de la orden impartida por esta Sala conllevará la sanción prevista en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”. (Cursivas de la Sala. Resaltado mío).

Es decir que, casi tres lustros después de emitido el fallo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dicha Sala procede a dictar auto para mejor proveer. De ello surgen diversas interrogantes a saber: a) ¿Es correcto que la Sala Constitucional dicte un auto para mejor proveer después de dictada la sentencia?, b) ¿Puede la Sala Constitucional legalmente dictar más de un auto para mejor proveer?, c) ¿El contenido de dicho auto se ajusta a la normativa que regula al auto para mejor proveer? y d) ¿Es de obligatorio cumplimiento para las partes colaborar en la sustanciación de las diligencias ordenadas en el auto para mejor proveer?

Vamos a intentar dar respuesta a las antedichas interrogantes.

1. ¿QUÉ ES EL AUTO PARA MEJOR PROVEER?

Si nos propusiéramos definir al auto para mejor proveer, pudiéramos enunciar que es una facultad que le otorga la ley al juez para aclarar los hechos que se discuten en un proceso, mediante el uso de las diligencias que taxativamente indica la legislación para ello, las que puede utilizar a su discreción.

Para Roberto Lara, las diligencias para mejor proveer se tratan de prácticas probatorias ordenadas oficiosamente por los tribunales y dirigidas a esclarecer la verdad de algún hecho controvertido; y como características esenciales de ellas, señala las siguientes: i) son actos de

instrucción; ii) surgen de la iniciativa del órgano jurisdiccional; iii) con ellas se busca la verdad; y iv) los nuevos hechos deben ser pertinentes, influyentes y necesarios o convenientes.³

No vamos a considerar si en todo proceso, independientemente de la actividad probatoria de las partes, el juez podría hacer uso de las iniciativas probatorias que le otorga la ley, consagradas en el auto para mejor proveer.⁴ Por ello, es necesario advertir que, si bien el uso de esa potestad es absolutamente discrecional, no debe considerarse que el juez al utilizarla está incurriendo en un exceso o que pueda estimarse que su conducta está parcializada hacia alguno de los litigantes, al ordenar la práctica de alguna o algunas de las diligencias previstas en la correspondiente normativa;⁵ por el contrario, al ordenar la evacuación de alguno de los medios de prueba contemplados en la respectiva disposición, el juez está dando cumplimiento al mandato legal que todo operador de justicia debe acatar en su proceder, como es tener “por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio”,⁶ lo que debe concatenarse con el mandato constitucional de que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia”,⁷ y, obviamente, es el juez quien está llamado a impartirla; por tanto, el juez no incurriría en ningún desafuero al utilizar las iniciativas previstas en la ley para escudriñar la realidad; por el contrario, está adecuando su conducta a las normas procesales y constitucionales.

³ Roberto Lara Chagoyán, “Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer”, *Isonomía*, número 35, México, 2011. Disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000200003. Consulta realizada el 28 de julio de 2022.

⁴ Sobre este aspecto puede consultarse a Salvador Yannuzzi Rodríguez, “¿Se puede recurrir de la decisión que ordene oficiosamente practicar diligencias probatorias?”, en el *Libro Homenaje a la Dra. Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

⁵ Como se indicará repetidamente en este trabajo, el artículo que regula al auto para mejor proveer es el 514 del Código de Procedimiento Civil.

⁶ Ver el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. Sobre la incorporación de pruebas en el proceso, puede consultarse a Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de adquisición procesal*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

⁷ Ver artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es de señalar, como advertiremos *infra*, que esas iniciativas solamente puede utilizarlas el juez una vez que ha concluido la instrucción de la causa; es decir, cuando ha finalizado la posibilidad de que los litigantes promuevan pruebas en primera o segunda instancia, y haya concluido el lapso de evacuación, ya que -como veremos- en ambos grados el juez tiene la facultad de ordenar que se realicen las diligencias a que se refiere la normativa que regula al auto para mejor proveer, lo que debe realizarse, como advertiremos, después de la ocasión prevista en la ley para que las partes presenten sus informes en ambas instancias, última oportunidad para que los litigantes puedan sustanciar las pruebas promovidas por ellas,⁸ como acabamos de mencionar.

Es necesario indicar que la intención del auto para mejor proveer es que el juez pueda clarificar cualquier hecho sobre el que tenga dudas o estime que se encuentre obscuro; es decir, como expresamos *infra*, la intención del auto para mejor proveer es que el juez se ilustre apropiadamente sobre los hechos debatidos en la litis que se encuentra sometida a su conocimiento, cuya finalidad es producir una sentencia con el mayor acierto posible, por lo que es necesario -como está previsto en la normativa- que las diligencias ordenadas por el juez, de acuerdo al auto para mejor proveer, deben preceder a la sentencia. El eximio autor patrio, Arminio Borjas, expresa que la finalidad del auto para mejor proveer es “esclarecer puntos dudosos que hayan sido materia del debate judicial, y poder fallar con mejor conocimiento de causa”.⁹

Obviamente, es mandatorio para el juez considerar todos los elementos probatorios aportados por las partes en las oportunidades previstas en la legislación para ello,¹⁰ y determinar si son o no son idóneas,

⁸ En primera instancia las partes pueden evacuar hasta informes las posiciones juradas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, hasta la indicada oportunidad, puede deferirse el juramento decisorio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 426 *eiusdem*. También, las partes, pueden aportar los documentos públicos no fundamentales en informes. En segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 520 *eiusdem*, los documentos públicos no fundamentales, pueden producirse hasta informes; y, las posiciones juradas y el juramento decisorio pueden evacuarse hasta los informes, siempre que hayan sido promovidos tempestivamente.

⁹ Arminio Borjas, “Autos para mejor proveer. Sus fundamentos. Sus orígenes. Su introducción en la legislación patria”, en *Actos para mejor proveer (La prueba extraordinaria)*, Ediciones Fabreton, Caracas, 1993. pp. 216-217.

¹⁰ Ver artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

porque su función es decidir de acuerdo con lo alegado y probado en autos,¹¹ y ello se refiere no solo a las pruebas promovidas y evacuadas por los litigantes, sino a las que se hayan aportado al proceso regularmente por el juez, como sujeto procesal que es, o por terceros cuando la ley los faculta para ello.¹²

2. OPORTUNIDAD PARA DECRETAR EL AUTO PARA MEJOR PROVEER Y OBJETO DE ESTE

Para responder a esta interrogante basta ir al texto del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, el que se encuentra inserto en el Título III, Capítulo I, correspondiente a la vista y sentencia de primera instancia; sin embargo, es de advertir que, en el Capítulo II del aludido Título, correspondiente al procedimiento en segunda instancia, encontramos que el artículo 520 eiusdem dispone que “podrá el tribunal dictar auto para mejor proveer, dentro de los límites expresados en el artículo 514”; es decir, que el juez de alzada puede hacer uso de dicha facultad, si lo estima conveniente, y ordenar practicar las diligencias indicadas en la mencionada disposición, ateniéndose al dispositivo de la aludida norma.

Al revisar el texto del citado artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, tenemos que, en su encabezamiento, establece lo siguiente:

“Después de presentados los informes,¹³ dentro del lapso perentorio

¹¹ El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone que el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos.

¹² Sobre la incorporación de pruebas en el proceso, como se indicó en la nota 7, puede consultarse a Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de adquisición procesal*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

¹³ Estimamos que la redacción de la norma en referencia no es la más adecuada, porque si se interpreta literalmente el texto transcrito, debe concluirse que la potestad conferida al tribunal para que dicte el auto para mejor proveer está supeditada a la circunstancia de que las partes, o al menos alguna de ellas, hayan presentado informes, lo que consideramos no es la intención del legislador que se someta una facultad concedida al juez -para aclarar dudas- a la actividad de alguna o de ambas partes. Por ello, apreciamos que debe entenderse que el auto se dictará después de la oportunidad fijada en el artículo 511 del Código de Procedimiento Civil para presentar informes en primera instancia o del artículo 517 eiusdem, en segunda instancia, sin que sea necesario que los litigantes procedan a hacer uso de ese derecho.

de quince días,¹⁴ podrá el tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer”¹⁵

De seguidas, dicha norma, procede a listar cuatro diligencias que el tribunal puede ordenar que se practiquen, a la que se harán referencia infra.

Borjas al referirse a la oportunidad para dictar el auto para mejor proveer expresa que “son decretos que dicta el tribunal antes de pronunciar sentencia”,¹⁶ lo que está en conformidad con la regla citada. Es decir, el auto para mejor proveer está a la disposición del tribunal una vez que ha concluido la instrucción de la causa;¹⁷ por ello, compartimos la opinión de Lara, quien afirma que las diligencias que puede ordenar el tribunal, de conformidad con lo establecido en la respectiva normativa,

¹⁴ Debe recordarse que las partes tienen el derecho de observar los informes que presente el contrario, para lo cual el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, les concede un lapso de ocho días siguientes a la presentación oportuna de los informes, en primera instancia y el mismo lapso se encuentra establecido en el artículo 519 para los informes presentados en segunda instancia. Por tanto, en nuestro criterio, debería computarse el lapso para dictar el auto para mejor proveer, una vez concluya ese plazo de ocho días para observar, lo que otorgaría mayor seguridad jurídica, habida cuenta que las observaciones a los informes -en nuestro criterio- es parte integrante de los informes. Si ninguna de las partes presentare informes, el lapso comenzaría a computarse a partir de la oportunidad señalada en la ley para que las partes presentaran sus informes, en virtud de que se tiene certeza de que no puede haber observaciones. La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia sostiene un criterio diverso; en efecto, en la sentencia número 398, de fecha 1ero. de noviembre de 2002, la Sala determinó que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, el auto para mejor proveer debe dictarse dentro del lapso perentorio de quince días después de presentados los informes, y no a las observaciones de estos. Ello implica que el juez debe esperar a ver si alguno de los litigantes observa los informes del contrario, y en caso de no hacerlo el lapso se retrotrae a la oportunidad de haber presentados informes, caso en el cual han transcurrido los ocho días concedidos para observar, por lo que el juez solamente contaría con un plazo de siete días para dictar el auto para mejor proveer.

¹⁵ Ver nota 15. Estimamos que la observación realizada en relación con la redacción de la normativa de primera instancia es aplicable a los dispositivos de los artículos 517 y 518 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la potestad del juez para dictar el auto para mejor proveer. Dichos artículos fijan la oportunidad para que los litigantes presenten sus informes en segunda instancia, pero debe advertirse que el auto para mejor proveer solo procede previo a la sentencia de mérito y no cuando se trate de interlocutorias.

¹⁶ Arminio Borjas, ob. cit., p. 216.

¹⁷ Debe recordarse que el Código de Procedimiento Civil permite al juez una vez concluido el lapso probatorio y antes de informes, ordenar que se practiquen las diligencias contempladas en el artículo 401. Sobre ello, puede consultarse Salvador Yannuzzi Rodríguez, “¿Se puede recurrir de la decisión que ordene oficiosamente practicar diligencias probatorias?”, ob. cit.

“entran en acción cuando el juez no puede decidir entre dos o más posibilidades o versiones de los hechos que va a juzgar”,¹⁸ y agrega que “las diligencias para mejor proveer son instrumentos de carácter subsidiario y por ello se ubican al final de un procedimiento probatorio”.¹⁹ Es decir, si los litigantes han cumplido puntiliosamente con las cargas establecidas en la ley y no existiere duda alguna, no habría necesidad de activar dicha prerrogativa; sin embargo, no obstante que las partes hayan cumplido con todas las cargas procesales, pudiera ser que el juez tuviese alguna duda que considere necesaria aclarar, por lo que procedería de conformidad con la facultad que la ley le ha otorgado.

Es de advertir que la lista expresada en la norma que regula el auto para mejor proveer es taxativa. En consecuencia, el juez no puede apartarse de las especificaciones establecidas en el indicado artículo 514, con lo que también comulga Borjas, quien al referirse a las diligencias que puede ordenar el tribunal, afirma que “cuatro casos, taxativamente enumerados, porque en ellos se trata de disposiciones de excepción, derogatorias del principio que prohíbe al juez civil obrar de oficio en materia contenciosa,²⁰ comprende las diferentes diligencias, cuya práctica puede ser ordenada por autos para mejor proveer”.²¹

Por su parte, el artículo 520 del Código Adjetivo, que regula la actividad probatoria en segunda instancia, dispone en su último aparte que el tribunal -de alzada- podrá dictar auto para mejor proveer dentro

¹⁸ Ricardo Lara Chagoyán, ob. cit.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Debe considerarse que Borjas comentaba el Código de Procedimiento Civil de 1916, que tenía un concepto más riguroso en cuanto a la actividad que podía desplegar el juez en la conducción de un proceso. Después de la entrada en vigor del Código Adjetivo de 1986, en Venezuela se ha venido tendiendo a otorgarle una mayor injerencia dentro del proceso civil a los jueces, a quienes de conformidad con el dispositivo del artículo 14 eiusdem les corresponde la dirección del proceso, y por mandato del artículo 12 eiusdem, el juez debe tener por norte de sus actos la verdad, la que procurará conocer en los límites de su oficio. Adicionalmente, debe considerarse que tanto en procedimiento ordinario y en los regulados en leyes especiales, en materia civil, encontramos que a los jueces se les han ido incrementando sus facultades en el ámbito probatorio, lo que se consustancia con el activismo judicial, no obstante que deben preservar el equilibrio y la igualdad procesal de los litigantes, por mandato del artículo 15 eiusdem; aunque se mantiene en cabeza de los litigantes la carga de probar sus afirmaciones de hecho, de acuerdo a lo previsto en el artículo 506 del citado Código.

²¹ Arminio Borjas, ob. cit., p. 218.

de los límites expresados en el artículo 514; es decir, dentro del lapso perentorio de quince días después de presentados los informes por las partes, y debe atenerse a las diligencias señaladas en la aludida norma.²²

Es decir que, el Código Adjetivo establece una oportunidad previa a la decisión de la causa, bien en primera instancia o bien anterior a la resolución del recurso de apelación -de la sentencia del fondo- interpuesto por ambas partes o por alguna de ellas, para ser decidido por la alzada. Consiguientemente, por disposición de la ley, el auto para mejor proveer es anterior a la sentencia de mérito que se dicte en el proceso, o a la resolución de la apelación mediante la sentencia que al efecto se dicte.²³ Obviamente, ello no puede ser de otra manera, ya que hemos visto que el motivo para que el juez dicte un auto para mejor proveer es con la finalidad que el operador de justicia pueda decidir -la controversia- con mejor tino, al tener la posibilidad de disipar la duda u oscuridad sobre algún hecho importante del proceso.

Lo anteriormente expuesto se corrobora con el dispositivo contenido en el penúltimo aparte del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, aplicable tanto al procedimiento de primera instancia como al de segunda instancia, que dispone lo siguiente: “En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oirá recurso alguno; cumplido que sea, la partes podrán hacer al tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas” (Subrayado nuestro), lo que debe correlacionarse con el dispositivo de los artículos 515 y 521 eiusdem.²⁴

²² En segunda instancia como se ha apuntado deben respetarse los lapsos establecidos en los artículos 517 y 518 del Código de Procedimiento Civil.

²³ El encabezamiento del artículo 515 del Código de Procedimiento Civil, con respecto a la primera instancia, es del tenor siguiente: “Presentados los informes, o cumplido que sea el auto para mejor proveer, o pasado el término señalado para su cumplimiento, el tribunal dictará su fallo dentro de los sesenta días siguientes. Este término se dejará transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación”. Por su parte, el encabezamiento del artículo 521 eiusdem, en relación con la segunda instancia, expresa: “Presentados los informes o cumplido que sea el auto para mejor proveer o pasado el término señalado para su cumplimiento, el tribunal dictará su fallo dentro de los treinta días siguientes si la sentencia fuera interlocutoria y sesenta días si fuere definitiva”.

²⁴ Ver nota número 15. El encabezamiento de los artículos 515 y 521 del Código de Procedimiento Civil están expresados en la nota 24.

De acuerdo con el aparte transcrito del artículo 514, la oportunidad que tienen las partes para realizar las observaciones que consideren oportunas y pertinentes sobre lo actuado, de conformidad con lo ordenado por el tribunal, es antes de que se dicte la sentencia. No existe otra posibilidad. Por tanto, es obvio que el auto para mejor proveer es previo a la sentencia y no posterior a esta, porque no tendría sentido alguno que el juez aclare los hechos debatidos después que ha pronunciado la decisión.

En ese sentido se pronuncia Borjas, quien manifiesta al referirse al auto para mejor proveer que “esta clase de providencia procede en toda clase de juicios, antes de la sentencia definitiva y en todas las instancias”.²⁵

Sobre ese aspecto, consideramos adecuado e importante revisar la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal de la República, porque esta ha consolidado el criterio de que la oportunidad para dictar el auto para mejor proveer es previa a la decisión de mérito que debe dictar el tribunal, lo que nos parece acertado con vista del contenido de las disposiciones a las que precedentemente se ha hecho referencia, por una parte; y, por la otra, a la esencia y finalidad del auto para mejor proveer.

En ese sentido podemos traer a colación las decisiones que sobre este punto ha proferido la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia; y podemos citar las siguientes:

Encontramos que la Sala de Casación Civil, al referirse a la oportunidad para que el juez de primera instancia o de alzada dicte el auto para mejor proveer, estableció lo que se transcribe:

“... En relación con la oportunidad para dictar auto para mejor proveer, el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil señala, que después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de los quince (15) días, el tribunal podrá dictar auto para mejor proveer. Así mismo, señala el artículo 520 *eiusdem*, en su último aparte que en segunda instancia el tribunal podrá dictar auto para mejor proveer dentro de los límites expresados en el artículo 514 antes mencionado.

²⁵ Arminio Borjas, ob. cit., p. 221.

De los artículos antes señalados, se desprende que el juez de primera instancia o superior, si fuere el caso, cuando lo considere pertinente, podrá dictar auto para mejor proveer, a fin de investigar la verdad de las afirmaciones de las partes, por algún hecho oscuro o dudoso que resulte del debate probatorio, dicho auto será dictado dentro del lapso de quince (15) días después de presentados los informes. ...”²⁶

Si se analiza someramente el transcrito párrafo, encontramos que la Sala de Casación Civil, determinó lo siguiente:

- a) Que la oportunidad para dictar el auto para mejor proveer tanto en primera como en segunda instancia es posterior al momento establecido en la ley para presentar informes.²⁷
- b) El objeto del auto para mejor proveer, tal como lo expresa el citado fallo, tiene como finalidad “investigar la verdad de las afirmaciones de las partes, por algún hecho oscuro o dudoso que resulte del debate probatorio”; es decir, si va a indagar la verdad o aclarar algún hecho que, a criterio del juez, se encuentre dudoso u oscuro, necesariamente debe ser previo al pronunciamiento del tribunal relativo al fondo de la controversia, y no posterior a este, porque de otra manera no tendría sentido alguno.

La misma Sala de Casación Civil, en la sentencia 398 de fecha 1º de noviembre de 2002, dispuso lo siguiente:

“ ... Respecto al auto anteriormente transcrito, en el cual se fija una nueva oportunidad para dictar sentencia, observa esta Sala que el mismo no puede ser considerado un auto para mejor proveer, a partir del cual deba contarse el lapso para sentenciar, y lo anterior se afirma en razón a que, para poder considerarlo como tal ha debido ser dictado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 514

²⁶ Sentencia número 00634 proferida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 6 de octubre de 2002, en el juicio de Gabriel Darío López vs Jeanette López. Tomada de la página web del Tribunal Supremo de Justicia. También puede consultarse en RAMÍREZ y GARAY. Jurisprudencia Venezolana. Tomo 258. pp. 475-477. No. 1332-08.

²⁷ Nos remitimos a lo expresado en la nota 15, que corresponde a nuestro criterio con respecto a la oportunidad para dictar el auto para mejor proveer, el que se amplía en la nota 29.

del Código de Procedimiento Civil, dentro del lapso perentorio de quince días después de presentados los informes (y no a las observaciones de éstos),²⁸ hecho este que no ocurrió en el caso de marras. Por tanto, el lapso de treinta (30) días para sentenciar comenzó a correr desde el día siguiente al vencimiento del lapso para presentar

²⁸ Ampliando lo expresado en la nota 15, debemos manifestar que estamos en desacuerdo con lo decidido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al inicio del cómputo para determinar la oportunidad en la cual el tribunal podría dictar el auto para mejor proveer. En efecto señala la Sala, en interpretación apegada al encabezamiento del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, que el auto para mejor proveer debe dictarse dentro de los quince días después de presentados los informes, lo que significaría que si los litigantes no presentan informes el tribunal no podría dictar el auto para mejor proveer, lo que conduciría -en nuestro criterio- a un absurdo. Además, agrega la Sala que el cómputo debe realizarse después de presentado los informes y no a las observaciones de estos, cuando es claro que las observaciones son parte de los informes, es decir el derecho a réplica que corresponde al litigante. El enfoque de la Sala conduce a dos posibilidades, a saber: a) Que antes de que las partes presenten sus observaciones a los informes del contrario, el tribunal podría dictar el auto para mejor proveer, pero no ha concluido la actividad de los litigantes, porque -como se ha indicado- pueden hacer observaciones a los informes presentados por el contrario e inclusive formular peticiones; y b) Si se espera para conocer el contenido de las observaciones, las que podrían aclarar la duda que tenga el juez, por ejemplo, por confesar el observante el hecho sobre el que se tenía la duda o aceptar el hecho que al juez le parecía obscuro, lo que conduciría a que no habría necesidad de practicar diligencia alguna, por una parte; por la otra, después de vencido el lapso para presentar las observaciones, tendríamos que el juez solamente dispondría de siete días para dictar el auto para mejor proveer, porque el cómputo para ello se inició en la oportunidad de presentar informes. Debe indicarse que la misma Sala de Casación Civil en la sentencia 348, proferida el 12 de julio de 2018, en la que reiteró el criterio sostenido en fallos anteriores, en el sentido que “... de forma excepcional existen alegatos de los informes u observaciones que deben ser resueltos obligatoriamente y que se pueden esgrimir ante el juez de alzada en informes relacionados con los hechos del proceso, los cuales pueden incluso sobrevenir a la contestación de la demanda y que pueden tener influencia determinante en la suerte del proceso, ad exemplum tenemos los siguientes: los relacionados con la confesión ficta, la cosa juzgada sobrevenida luego de celebrada la contestación, la caducidad y prescripción opuestas en la contestación, que solo puede ser rebatida en los informes, la extemporaneidad de la apelación, la falta de mandato o de representación del apelante, la falta de cualidad sobrevenida del apelante, el fraude procesal, el desistimiento de la acción o del procedimiento, la solicitud de transacción o convenio, la violación del orden público, el señalamiento de una actuación manifiesta injustamente por parte del juez de la recurrida y la obstrucción grave del proceso”. (Resaltado nuestro). De acuerdo con esta decisión las observaciones forman parte de los informes, por lo que los litigantes pueden hacer alegaciones que el juez debe resolver. Por ello, nos parece más coherente que el cómputo del lapso para dictar el auto para mejor proveer se inicie desde la oportunidad para presentar las observaciones, independientemente que sean o no presentadas, lo que, además, brindaría más seguridad jurídica a los fines de la sustanciación del proceso.

las observaciones, es decir, el 11 de febrero de 2000 y concluyó el 13 de marzo de 2000. Por consiguiente, la sentencia publicada en fecha 24 de marzo de 2000, resulta a todas luces dictada fuera de lapso.²⁹ En consecuencia, se hacía necesario ordenar la notificación a las partes. Así se decide ...” (Resaltado nuestro).

La Sala de Casación Civil, en sentencia proferida el 27 de agosto de 2004 en el juicio seguido por María de Las Mercedes Sánchez contra Manuel Romualdo Escobar Mora y otros, desecha el alegato contenido en el recurso de casación, relativo a la obligación que incumbía al juez superior de pronunciarse sobre la solicitud formulada por el recurrente, en los informes presentados en la alzada, acerca de una prueba de experticia evacuada en primera instancia, en virtud de la disposición del juez de primer grado para que se llevara a cabo dicha diligencia, dictada esa orden al decretar un auto para mejor proveer; por lo que la Sala decidió que impugnación debió formularse en primera instancia, antes de pronunciarse el fallo, por lo que implícitamente reconoce que el auto para mejor proveer es previo a la sentencia de mérito. En sentido la Sala expresó lo siguiente:

“ ... En consecuencia, dada la evidente extemporaneidad de la impugnación realizada por los demandados contra la evacuación de la prueba heredo-biológica, no es posible considerar que el sentenciador quedó obligado a pronunciarse sobre los alegatos presentados en los informes en la segunda instancia del juicio, ya que la citada

²⁹ Debe acotarse la inconsistencia de la Sala contenida en esa misma sentencia en cuanto a desde cuándo debe computarse el lapso para dictar el auto para mejor proveer ya que, como se ha apuntado, sostiene -en esa decisión- que es después de informes y no de las observaciones de estos; sin embargo en esa misma sentencia dispone que el lapso de treinta días para sentenciar comenzó a correr desde el día siguiente al vencimiento del lapso para presentar las observaciones; ello contradice lo preceptuado en el encabezamiento del artículo 521 del Código de Procedimiento Civil, que es del tenor siguiente: “Presentados los informes o cumplido que sea el auto para mejor proveer o pasado el término señalado para su cumplimiento, el Tribunal dictará su fallo dentro de los treinta días siguientes si la sentencia fuere interlocutoria y sesenta si fuere definitiva” (Subrayado nuestro). Estamos de acuerdo con lo establecido en la sentencia sobre el inicio del cómputo para dictar la sentencia, pero ello contradice lo sostenido por la Sala de Casación Civil, en virtud de su criterio para computar el lapso para dictar el auto para mejor proveer. Es decir, considera que las observaciones forman parte de los informes para efecto del cómputo del lapso para dictar sentencia, pero no para dictar el auto para mejor proveer.

norma establece claramente que “...*cumplido que sea las partes podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes al respecto de las actuaciones practicadas...*”. (Cursivas y resaltado de la Sala)

Siguiendo esa línea de pensamiento, la misma Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 30 de mayo de 2006 (caso Desarrollos 4000, C.A. contra Condominio del Conjunto Residencial El Paraíso), al referirse a la facultad instituida en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, dejó establecido lo siguiente:

“... En efecto, de acuerdo con la doctrina el juez tiene facultad para mejor proveer, con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa, y no debe interpretarse como excluyente de la actividad de las partes o derogatoria del principio dispositivo, en cuanto a la aportación del material de conocimiento. (Henríquez La Roche, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Tomo IV, Caracas 2004, p. 18). ...”. (Subrayado de la Sala).³⁰

En el párrafo transcrito de la citada sentencia, la Sala de Casación Civil, apoyándose en doctrina autoral expresa que la facultad concedida al juez para dictar el auto para mejor proveer tiene como finalidad que el juez se ilustre sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, lo que consideramos correcto. En otras palabras, la Sala afirma que el auto para mejor proveer es anterior al fallo; en consecuencia, -por argumento a contrario- no puede ser posterior a este, debido al objeto para el que se dicta.

En el mismo sentido la indicada Sala, en la sentencia número 291, de fecha 3 de mayo de 2006 (caso Inversiones 4-6-92 C.A. contra Cecilia Fernández de Betancourt), dispuso lo siguiente:

³⁰ Decisión citada en la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 8 de agosto de 2011, en el juicio de Eisten Arias vs Erika Mora. Tomada de la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

“... No obstante lo anteriormente expuesto, esta Sala debe dejar sentado, que el sentenciador de alzada antes de dictar el fallo puede hacer uso de la facultad probatoria que le conceden los artículos 514 y 520 del Código de Procedimiento Civil, para acordar la realización de las pruebas permitidas a través de un auto para mejor proveer, con la finalidad de que éste pueda completar su conocimiento sobre los hechos, y despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos establecidos en el juicio, sin que ello signifique una derogatoria del principio dispositivo o una exclusión de la actividad de las partes.

Por tanto, si lo considera conveniente el juez de instancia tiene la potestad de ordenar de oficio que se realice la experticia, bien en el lapso probatorio o a través de un auto para mejor proveer para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición”. (Subrayado mío)

Es decir, en palabras de la Sala de Casación Civil, la finalidad por la cual el sentenciador puede dictar el auto para mejor proveer tiene como objetivo completar su conocimiento sobre los hechos, y despejar cualquier duda o insuficiencia, lo que necesariamente es previo al fallo.

Siguiendo con ese enfoque la aludida Sala en la sentencia 358, de fecha 30 de mayo de 2006, dictaminó que el auto para mejor proveer es una actuación facultativa que la Ley concede al Juez “... con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa ...”; lo que ratifica, en cuanto a lo facultativo para dictar esa providencia, en la sentencia número 386, proferida el 12 de agosto de 2002, en la expresó lo siguiente: “Ahora bien, los autos para mejor proveer son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en alguna forma, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto”.

La misma Sala de Casación Civil, en sentencia número 00662, proferida el 20 de octubre de 2008,³¹ al referirse a la oportunidad para

³¹ Sentencia número 00662 proferida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de

dictar el auto para mejor proveer, cita doctrina anterior, la que reitera, y expresó lo siguiente:

“... Al respecto cabe señalar fallo de esta Sala N.º RC-398 de fecha 1ero. de noviembre de 2002, expediente N.º 2001-027, que dispuso lo siguiente:

“... La doctrina patria sobre el auto para mejor proveer, ha establecido que el mismo puede ser dictado después de la oportunidad de los informes, es decir, una vez que el Tribunal disponga del plazo para dictar sentencia, sin que deba considerarse dicho plazo preclusivo, pero que dicho auto para mejor proveer debe ser dictado dentro del lapso **perentorio de quince (15) días, siguientes a la fecha de presentación de los informes.** (Resaltado de la Sala).

La Sala reitera que el auto para mejor proveer es una actuación facultativa que la Ley concede al Juez, “...*con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa...*”. (Sentencia N.º RC-358 del 30 de mayo de 2006, expediente N.º 2004-490).

Ahora bien, hechas las anteriores consideraciones, se hace evidente en el presente caso, que lo neurálgico del problema a dilucidar, se circunscribe al hecho de que la norma contenida en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, señala expresamente que dicho auto para mejor proveer, debe ser acordado dentro del lapso **perentorio de quince (15) días, siguientes a la fecha de presentación de los informes**, lo cual, en el presente caso no ocurrió, puesto que el mismo fue dictado con posterioridad a dicho lapso, al haber sido acordado en el lapso de diferimiento que fijó el Tribunal de Alzada para decidir.

Quedando claro que no se puede considerar como apología de procedencia del auto para mejor proveer, el hecho de que el Juez tenga discrecionalidad para dictarlo, dado que esta discrecionalidad está limitada en el tiempo, por un lapso perentorio, expresamente señalado en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, lo cual limita al Juez en el tiempo para decretarlo. ...

Justicia, en fecha 20 de octubre de 2008, en el juicio de Ernesto Pérez vs J. R. Escalante. Tomada de la página web del Tribunal Supremo de Justicia. También puede consultarse en RAMÍREZ y GARAY. Jurisprudencia Venezolana. Tomo 258. pp. 475-477. No. 1330-08 “c”.

... Con la conducta observada por el ad quem, se vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso del demandado ya que, la alzada, acordó la realización de una prueba de experticia, mediante auto para mejor proveer, **vencido el lapso perentorio de quince (15) días, siguientes a la fecha de presentación de los informes,** en el lapso de diferimiento que fijó el Tribunal de Alzada para dictar la sentencia definitiva. ...

... Con base a los razonamientos expuestos, la Sala determina que en el caso bajo decisión, al no haberse acordado la prueba de experticia mediante un auto para mejor proveer, dentro del lapso perentorio previsto en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, de forma evidentemente extemporánea por tardía, se produjo una subversión procedimental que consecuentemente menoscabó los derechos de orden constitucional mencionados *supra*, violentando el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, asunto que interesa al orden público. Así se decide”. (Resaltados de la Sala).³²

Como se desprende de los párrafos transcritos de la sentencia de referencia, tenemos que la Sala reitera no solo la oportunidad para que el juez tanto de primera instancia como el de alzada dicten el auto para mejor proveer, cuya finalidad -en los términos del fallo- “es completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia”; es decir, previo al pronunciamiento sobre el mérito de lo controvertido; sin embargo, es llamativo que en la decisión citada la Sala contrapone dos supuestos para iniciar el cómputo establecido en la ley para que el juez dicte el auto para mejor proveer, como lo son:

- a) el primero de ellos, es el que ha mantenido tradicionalmente la Sala de Casación Civil, en el sentido de que el juez debe acordarlo dentro del lapso perentorio de quince (15) días, siguientes a la fecha de presentación de los informes; supuesto que, en nuestro criterio, implica interpretar la normativa en el sentido de que necesariamente alguna de las partes debe haber presentado informes para que el juez pueda hacer uso de esa prerrogativa establecida en la ley; y,

³² Sugerimos revisar lo expresado en la nota 30.

b) el otro supuesto, planteado en la aludida sentencia es que, con fundamento en la doctrina autoral, el auto para mejor proveer puede ser dictado después de la oportunidad de los informes, lo que significa que no es necesario que las partes hagan uso del derecho de presentar informes para activar la facultad del juez para dictarlo, lo que nos parece más cónsono con el espíritu del proceso, al concatenar el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, con el artículo 12 eiusdem.³³

Posteriormente, la Sala de Casación Civil, reitera el criterio establecido en la sentencia citada supra, dictada el 3 de mayo de 2006, en la cual al analizar el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil dictaminó que el objeto del auto para mejor proveer es que el juez pueda perfeccionar el conocimiento de los hechos debatidos para formarse una clara convicción de ellos. En ese sentido expresó lo siguiente:

“...el sentenciador de alzada antes de dictar el fallo puede hacer uso de la facultad probatoria que le conceden los artículos 514 y 520 del Código de Procedimiento Civil, para acordar la realización de las pruebas permitidas a través de un auto para mejor proveer, con la finalidad de que éste pueda completar su conocimiento sobre los hechos, y despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos establecidos en el juicio, sin que ello signifique una derogatoria del principio dispositivo o una exclusión de la actividad de las partes. ...”³⁴ (Subrayado mío).

Nuevamente la Sala expresa que el auto para mejor proveer debe dictarse previo al fallo, en virtud de que su propósito es completar el conocimiento del decisor sobre los hechos debatidos en el juicio, a fin de despejar cualquier duda u oscuridad que sobre ellos tenga el juez.

Más recientemente, el 12 de agosto de 2022, la indicada Sala de Casación Civil, dictó la sentencia número 386, en la que se refiere a

³³ Me remito a lo expresado en la nota 28 en el que comentamos sobre lo que en nuestro criterio debe iniciarse el cómputo para dictar el auto para mejor proveer.

³⁴ Decisión citada en la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 8 de agosto de 2011, en el juicio de Eisten Arias vs Erika Mora. Tomada de la página web del Tribunal Supremo de Justicia. También puede consultarse en RAMÍREZ y GARAY. Jurisprudencia Venezolana. Tomo 277. pp. 611-615. No. 704-11 “c”.

la oportunidad para dictar el auto para mejor proveer, y expresó lo siguiente:

“En relación al auto para mejor proveer, el legislador establece que después de presentados los informes el juez podrá dentro del lapso perentorio de 15 días dictar auto para mejor proveer ...”

Es decir, que la aludida Sala mantiene su criterio acerca de la oportunidad para que el juez haga uso de la facultad que le concede la ley para aclarar dudas, lo que debe hacer previamente a dictar la sentencia de mérito.

Es importante señalar que también la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado sobre el tema de la oportunidad para que el juez dicte tempestivamente el auto para mejor proveer, y consustanciada con la doctrina autoral y con el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil, sentó el criterio siguiente:

“ ... El auto para mejor proveer es una especial herramienta para que el Juez *“pueda completar su ilustración y conocimiento sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa”*, sin embargo, esta facultad *“no debe interpretarse como excluyente de la actividad de las partes o derogatoria del principio dispositivo, en cuanto a la aportación del material de conocimiento”* (Rengel Romberg). ...”³⁵ (Resaltado nuestro).

De acuerdo con el párrafo transcrito de la aludida decisión, tenemos que la Sala Constitucional comparte -como se ha indicado- el mismo criterio de la Sala de Casación Civil al establecer lo siguiente:

- a) que el objeto del auto para mejor proveer es que el juez pueda completar su ilustración y conocimiento sobre los hechos; y,
- b) que es previo a la sentencia y no posterior a esta.

³⁵ Sentencia número 1461 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 13 de agosto de 2001, en la acción de amparo propuesta por E. J. Hernández. Tomada de la página web del Tribunal Supremo de Justicia. También puede consultarse en RAMÍREZ y GARAY. Jurisprudencia Venezolana. Tomo 179. pp. 300-302. No. 1611-01.

Por ello, nos adherimos al criterio sustentado por el Alto Tribunal de la República en sus Salas Constitucional y de Casación Civil, en las sentencias citadas y transcritas en su parte pertinente, en el sentido de que necesariamente el auto para mejor proveer debe dictarse con posterioridad a la oportunidad fijada por el Código de Procedimiento Civil para que las partes presenten informes en primera y segunda instancia,³⁶ a objeto de que el juez pueda disipar las dudas que pudiera tener sobre los hechos debatidos en el proceso, por lo que necesariamente es previo a la decisión, como ha quedado expresado, y nunca después que se haya publicado la sentencia que resuelva el fondo de lo controvertido, porque no es de su esencia y contraría las disposiciones procedimentales.

De allí, precisamente, se evidencia el desatino de la Sala Constitucional al haber acordado un auto para mejor proveer transcurridos más de trece años después de proferido un fallo, lo que contradice su propia doctrina y se aparta del texto del artículo 514 del Código Adjetivo al ordenar que se practiquen diligencias no contempladas en dicha norma, como veremos de seguidas.

3. OBJETO DEL AUTO PARA MEJOR PROVEER EN COMPARACIÓN CON EL DICTADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Como hemos expresado supra el objeto del auto para mejor proveer es permitir que el juez pueda disipar alguna duda que tenga sobre algún hecho de la litis que estime que no está suficientemente claro, en la búsqueda de la verdad a la que está obligado de conformidad con el dispositivo del aludido artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. Lara considera que las diligencias contempladas en la normativa que regula el auto para mejor proveer son procedentes cuando existe “la necesidad epistemológica del juez, es decir, en cualquier tipo de caso en el que exista una duda razonable que debiera despejarse”.³⁷

Al seguir analizando el contenido del citado artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, encontramos que la señalada norma le

³⁶ Sugerimos ver las notas 25 y 30, en la que expresamos nuestro punto de vista sobre el computo para dictar el auto para mejor proveer, considerando las observaciones que los litigantes pueden realizar a los informes del contrario.

³⁷ Ricardo Lara Chagoyán, ob. cit.

indica al tribunal, de manera taxativa, las diligencias que puede llevar a cabo. En ese sentido, observamos que expresamente lista cuatro actividades, que son las siguientes:

- 1) Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro.
- 2) La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario.
3. Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.
- 4) Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

Si contrastamos el contenido de la normativa que hemos transcrito, en su parte pertinente, es decir, en cuanto a las diligencias que el juez puede decretar de manera taxativa de conformidad con la ley, con lo ordenado por la Sala Constitucional en “el auto para mejor proveer” dictado -por esa Sala- el 31 de enero de 2022, casi tres lustros después de proferida la sentencia que decidió el recurso planteado por los ciudadanos Juan Carlos Velásquez y Javier Simón Gómez González, en atención al requerimiento de cumplimiento voluntario del fallo dictado en ese juicio por un tercero, como se ha indicado supra y como reiteraremos, la Sala Constitucional no ordena la práctica de diligencia alguna, sino que hace una solicitud imperativa a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que no tiene nada que ver con la esencia y objeto del auto para mejor proveer.

En efecto, los requerimientos de la Sala Constitucional dirigida a la indicada Corporación, reseñadas en los antecedentes, las podemos expresar como se indica de seguidas.

La Sala Constitucional solicitó a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, lo siguiente:

“PRIMERO: Que remita a esta Sala un informe del cumplimiento efectuado por la Academia del dispositivo segundo de la sentencia N.º 1986 del 23 de octubre de 2007 y con los soportes respectivos, donde se le ordenó de manera inmediata que sus *Miembros Correspondientes Nacionales* debían tener la condición de *Individuo de Número*”.

Si bien la anterior petición tiene una aparente similitud con el ordinal segundo del artículo 514 del Código de Rito, en el sentido de que el tribunal puede acordar que alguna de las partes presente algún documento en el juicio; no puede encuadrarse esa petición dentro del contenido de la mencionada disposición, por las razones que seguidamente se indican:

- A) La normativa procedimental exige la constancia -en el expediente- de algún dato sobre la existencia del documento que se requiere, lo que no existe en autos, y ello emerge de la propia petición, porque lo que solicita la Sala Constitucional a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, es que esta remita un informe -explicativo- del cumplimiento del dispositivo segundo de la sentencia, en el sentido de que “los llamados Miembros Correspondientes Nacionales de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales pasen a tener la condición de Individuo de Número” (sic). Es decir, no existe el documento, sino que la exigencia se contrae a que la Corporación prepare un informe explicando si se ha dado cumplimiento a la orden emanada de la Sala Constitucional en la referida sentencia.
- B) La Sala le exige a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que anexe los soportes que respalden el informe. Es decir, que la Sala Constitucional no tiene dato alguno sobre la existencia de los soportes ni en qué consisten. Por ello, malamente, podría exigir la presentación de un documento de cuya existencia no hay dato en el expediente.
- C) La Sala Constitucional con dicha solicitud mandatoria está pesquisando -aparentemente- con la intención de averiguar y no de completar su ilustración y conocimiento sobre los hechos, de acuerdo con la doctrina de la propia Sala transcrita precedentemente.

- D) Por lo motivos indicados, la aludida “diligencia” no puede subsumirse en el dispositivo del ordinal segundo del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, por no adecuarse al presupuesto normativo.
- E) Finalmente, dicha “diligencia” ha sido ordenada de manera extemporánea, porque como hemos visto de acuerdo con la doctrina jurisprudencial transcrita, el auto para mejor proveer es previo a la sentencia de mérito, y en el caso en consideración fue dictada hace más de catorce años.

En segundo lugar, la Sala Constitucional solicita mandatoriamente que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cumpla con lo siguiente:

“SEGUNDO: Que remita copia certificada del Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 19 de mayo de 2020”.

Como se ha indicado precedentemente, aunque la aludida petición también tiene alguna similitud con el ordinal segundo del artículo 514 del Código Adjetivo, en el sentido de que el tribunal puede acordar que alguna de las partes presente algún documento en el juicio; tampoco puede encuadrarse esa petición dentro del contenido de la mencionada disposición, por los motivos siguientes:

- A) La Sala Constitucional parte del supuesto, no acreditado en el expediente, de la existencia de un Reglamento de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, e inclusive indica la fecha del mencionado Reglamento, pero de cuya existencia no existe dato alguno en el expediente.
Ahora bien, si es así, como lo ha expresado la Sala Constitucional, es decir, que existe el Reglamento mencionado, la Sala no tendría por qué solicitarlo, ya que, si forma parte del conjunto de leyes de la República, debe de ser del conocimiento del tribunal por el principio *iura novit curia*, por lo que no sería necesario solicitarlo, sino que la propia Sala Constitucional debe estar consciente de su contenido, porque se presume que

lo conoce, aunque pueda considerarse que dicho Reglamento dictado por sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tenga un rango sublegal.

- B) También en este supuesto la Sala Constitucional está pesquiando, para imponerse del contenido del aludido Reglamento.
- C) Consecuencia de lo expuesto, esta es una “diligencia” que tampoco puede subsumirse en el dispositivo del ordinal segundo del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del enunciado principio iura novit curia.
- D) Finalmente, dicha “diligencia” ha sido ordenada de manera extemporánea, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal dentro de la que se encuentra criterio sentado por la misma Sala Constitucional, en el sentido de que el auto para mejor proveer es previo a la sentencia de mérito, y en el caso en consideración fue dictada hace más de catorce años.

Por último, Sala Constitucional le requiere a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que remita:

“TERCERO: Copia Certificada del Libro de Matrícula de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela”.

En este supuesto estamos en la misma situación descrita al analizar la primera solicitud imperativa realizada por la Sala Constitucional, debido a que no existe ningún dato -en el expediente- sobre la existencia del Libro de Matrícula de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, la exigencia de la Sala Constitucional no tiene soporte para hacer dicho requerimiento.

Por otra parte, debemos insistir en que dicha mandatoria solicitud es absolutamente ilegal, al haberse ordenado fuera de la oportunidad para dictarla, de conformidad con la normativa indicada, por una parte; por la otra, esas solicitudes de la Sala Constitucional, no se subsumen en las previsiones contenidas en la citada norma (artículo 514), por lo que está incurriendo en un abuso de derecho y de autoridad al crearle

a una de las partes una indefensión al no tener esta la oportunidad de recurrir del exceso incurrido por la Sala Constitucional.

Pero más grave que lo expresado supra es el párrafo final que contiene el llamado “auto para mejor proveer” dictado por la Sala Constitucional. En efecto, la aludida Sala termina con la admonición siguiente:

“La información requerida por esta Sala Constitucional *ut supra*, deberá ser remitida dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación; con la advertencia de que el incumplimiento de la orden impartida por esta Sala conllevará la sanción prevista en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

Ciertamente que el penúltimo aparte del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente: “En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oírá recurso alguno; cumplido que sea, la partes podrán hacer al tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas”.

Si bien dicha norma faculta al tribunal para indicar al requerido de presentación de algún documento, o para la comparecencia de alguno o ambos litigantes, o para la instrucción de la inspección judicial o para la práctica de la experticia, el término suficiente para cumplirlo, en ninguna parte lo faculta para imponer sanción alguna por la negativa de la parte a colaborar con la realización de la diligencia ordenada practicar por el tribunal. Por tanto, es indudable que amenazar con imponer una sanción a aquel que no cumpla con la “orden” -nótese que al dictar el auto para mejor proveer la Sala expresa: “... **dicta auto para mejor proveer**, a los fines de **solicitar** a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela ...”, no es una orden, en los términos expresados en la decisión, es una solicitud- (Resaltado mío); por lo que es un exceso de la Sala Constitucional, ya que está creando una sanción no prevista en la norma en la que se fundamenta para hacer la solicitud.

Si bien la norma invocada por la Sala Constitucional prevé la sanción de multar a las personas o funcionarios que no suministren oportunamente las informaciones o datos solicitadas, estimamos que sería

procedente siempre y cuando el requerimiento se hubiese realizado de manera oportuna, de conformidad con los parámetros establecidos en la ley; pero, esta decisión de la Sala Constitucional, como se ha visto es absolutamente extemporánea, por lo que constituye un exceso de la Sala y un indebido amedrentamiento.

3. ¿CUÁNTOS AUTOS PARA MEJOR PROVEER PUEDE DICTAR EL JUEZ EN UN PROCESO?

Si nos atenemos a la redacción del encabezamiento del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, que estipula lo siguiente:

“Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, ...”

Es decir, que de acuerdo con la expresión utilizada en la redacción de la norma, el tribunal puede dictar auto para mejor proveer, es decir, que la redacción es singular, por lo que debe entenderse que es único, aunque el juez podría acumular en dicho auto todas las diligencias listadas en la norma para instruir las con el objetivo de aclarar algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro, en el lapso que el tribunal estime prudente, de acuerdo a las diligencias que haya ordenado practicar.

Tanto la doctrina autoral como la jurisprudencial han estado conformes en que solamente se puede dictar un auto para mejor proveer en primera instancia y otro en segunda instancia, en la oportunidad establecida en el Código de Procedimiento Civil.

4. ¿TIENE EFICACIA EL AUTO PARA MEJOR PROVEER DECRETADO POSTERIORMENTE A LA OPORTUNIDAD PREVISTA PARA ELLO EN LA LEY?

Ante la aludida interrogante, consideramos que la respuesta es negativa, debido a que las actuaciones en el proceso deben llevarse a cabo en las oportunidades previstas en la ley, a fin de garantizar a las partes

el derecho a la defensa y cumplir con sus actuaciones cuando lo prevea la normativa. Sobre la tempestividad de las actuaciones procesales, la misma Sala Constitucional se ha pronunciado en diversas decisiones; así, por ejemplo, en cuanto a la interposición del recurso de apelación propuesto en forma anticipada, vemos que dicha Sala, mediante sentencia proferida el 11 de diciembre de 2001 (caso Distribuidora de Alimentos 7844) en la que ratificó el criterio sustentado en el fallo dictado el 29 de mayo 2001 (caso Carlos Alberto Campos), en el que se admitió la interposición anticipada de la apelación realizada el mismo día en que la sentencia fue publicada, pero no se admite la validez de ello cuando el lapso haya precluido.

Es necesario observar que la misma Sala Constitucional, al referirse a las formalidades procesales ha expresado lo siguiente:

“... no debe entenderse que el formalismo se encuentra desterrado del proceso, ya que las formalidades esenciales son garantías del derecho a la defensa; y en situaciones como la presente, resulta contrario a la regla in dubio pro defensora que, en situaciones ambiguas u oscuras, se prefiera considerar que el demandado no promovió las pruebas tempestivamente -conforme a la sentencia ya señalada-, dejándolo sin la defensa de sus probanzas a la parte apelante, antes que reconocerle la utilización efectiva de su derecho...”³⁸

Así mismo, la citada Sala Constitucional, en la sentencia dictada el 5 de junio de 2003 (caso Avon Cosmetics de Venezuela C.A.), al abordar el tema de los lapsos procesales, reiteró el criterio siguiente:

“En ese sentido, es necesario señalar que esta Sala tiene establecido que los lapsos procesales no constituyen per se una mera formali-

³⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N.º 3189 del 15 de diciembre de 2004.

Sobre el tema de las formalidades puede consultarse a Salvador Yannuzzi Rodríguez, *Formalismos y Formalidades en el Proceso, con Especial Mención a la Materia Probatoria* (1998). En la página web [https://books.google.co.ve/books?id=YfN_yZkHEAIC&pg=PA151&lpg=PA151&dq=yannuzzi+Salvador.+1\)+Formalismos+y+formalidades+en+el+proceso,+con+especial+menci%C3%B3n+a+la+materia+probatoria.&source=bl&ots=Y8EFJia2kQ&sig=ACfU3U0ed-goKGnCEgzBeGdlmf_7lGkufw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj1l6-vg735AhW9omoFHZZSDqEQ6AF6BAGaEAM#v=onepage&q=yannuzzi%20Salvador.%201\)%20Formalismos%20y%20formalidades%20en%20el%20proceso%2C%20con%20especial%20menci%C3%B3n%20a%20la%20materia%20probatoria.&f=false](https://books.google.co.ve/books?id=YfN_yZkHEAIC&pg=PA151&lpg=PA151&dq=yannuzzi+Salvador.+1)+Formalismos+y+formalidades+en+el+proceso,+con+especial+menci%C3%B3n+a+la+materia+probatoria.&source=bl&ots=Y8EFJia2kQ&sig=ACfU3U0ed-goKGnCEgzBeGdlmf_7lGkufw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj1l6-vg735AhW9omoFHZZSDqEQ6AF6BAGaEAM#v=onepage&q=yannuzzi%20Salvador.%201)%20Formalismos%20y%20formalidades%20en%20el%20proceso%2C%20con%20especial%20menci%C3%B3n%20a%20la%20materia%20probatoria.&f=false)

dad, sino que, por el contrario, constituyen elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, debido a que garantizan la seguridad jurídica dentro del proceso y, con ello, el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes (Vide s. S. C. N.º 208 del 04.04.00)”.

Es decir, que todos los sujetos procesales deben ceñirse a los lapsos y oportunidades para realizar los actos y actividades procesales, a fin de que estos puedan tener eficacia.

Por tanto, al dictar un auto para mejor proveer fuera de la oportunidad fijada para ello en la normativa procesal, no puede tener eficacia alguna por ser absolutamente nulo.

5. CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto podemos concluir en lo que se indica a continuación:

- 1) El auto para mejor proveer es una potestad otorgada por la ley a juez a fin de que pueda clarificar algún hecho que considere importante para el asunto que le corresponda decidir.
- 2) Las diligencias de las que puede servirse el juez para esclarecer el o los hechos sobre los que tenga dudas, son las taxativas establecidas en la ley.
- 3) El auto para mejor proveer, necesariamente, debe dictarse antes de la sentencia de mérito.
- 4) El juez solo puede dictar un solo auto para mejor proveer, en primera instancia y en segunda instancia.
- 5) El juez puede acumular en el auto para mejor proveer todas las diligencias establecidas en la normativa.
- 6) El auto para mejor proveer dictado fuera de la oportunidad prevista en la ley no puede tener eficacia.
- 7) No se puede sancionar a la parte que no preste colaboración en las diligencias acordadas por el juez para que se practiquen, debido a que la ley no la establece.

6. BIBLIOGRAFÍA

BORJAS, Arminio. Autos para mejor proveer. Sus fundamentos. Sus orígenes. Su introducción en la legislación patria. En Actos para mejor proveer (La prueba extraordinaria). Autores varios. Ediciones Fabreton. Caracas 1993.

LARA CH., R. Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000200003.

PLANCHART P., Pedro. Los jueces ni crean ni derogan leyes. En La importancia del Derecho Civil hoy. XI Jornada Aníbal Domínicí, en memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillen.

YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador, “¿Se puede recurrir de la decisión que ordene oficiosamente practicar diligencias probatorias?” en *Libro homenaje a la Dra. Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

_____, *El principio de adquisición procesal*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

_____, FORMALISMOS Y FORMALIDADES EN EL PROCESO, CON ESPECIAL MENCION EN MATERIA PROBATORIA.

[https://books.google.co.ve/books?id=YfN_yZkHEAIC&pg=PA151&lpg=PA151&dq=yannuzzi+Salvador.+1\)+Formalismos+y+formalidades+en+el+proceso,+con+especial+menci%C3%B3n+a+la+materia+probatoria.&source=bl&ots=Y8EFJia2kQ&sig=ACfU3U0ed-goKGnCEgzBeGdlmf_7IGkufw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj1l6-vg735AhW9omoFHZZSDqEQ6AF6BagaEAM#v=onepage&q=yannuzzi%20Salvador.%20\)%20Formalismos%20y%20formalidades%20en%20el%20proceso%20con%20especial%20menci%C3%B3n%20a%20la%20materia%20probatoria.&f=false](https://books.google.co.ve/books?id=YfN_yZkHEAIC&pg=PA151&lpg=PA151&dq=yannuzzi+Salvador.+1)+Formalismos+y+formalidades+en+el+proceso,+con+especial+menci%C3%B3n+a+la+materia+probatoria.&source=bl&ots=Y8EFJia2kQ&sig=ACfU3U0ed-goKGnCEgzBeGdlmf_7IGkufw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj1l6-vg735AhW9omoFHZZSDqEQ6AF6BagaEAM#v=onepage&q=yannuzzi%20Salvador.%20)%20Formalismos%20y%20formalidades%20en%20el%20proceso%20con%20especial%20menci%C3%B3n%20a%20la%20materia%20probatoria.&f=false)

LA ENTREVISTA DE GUAYAQUIL: EL ENCUENTRO DE DOS COLOSOS. UNA INDAGACIÓN EN EL MISTERIO

PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS*

SUMARIO

Introducción. I. los antecedentes de Guayaquil. II. Dos liderazgos, dos personalidades. III. Dos días cruciales para la historia de América. IV. El entramado Lafond-Colombres Mármol. V. La entrevista de Guayaquil según Bolívar. VI. Como colofón.

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

INTRODUCCIÓN

“Hay solo dos clases de hombres: quienes hacen la historia y quienes la padecen.”

Camilo José Cela

La historia solo puede ser reconstrucción, un eco que armamos en el presente para entender cómo fue el sonido real en el pasado. No podemos habitar ni las mentes ni los corazones de los seres que la forjaron. Apenas nosotros mismos somos conclusiones de ese momento. Hijos huérfanos que no conocieron a sus padres. De allí lo difícil de la historiografía como ciencia. Trabajar desde las pruebas documentales que nos llegan, a veces incompletas, manipuladas o ausentes. Pero además el pasado se encarga de escamotearnos esos pocos vestigios, como si los protagonistas se hubiesen empeñado en difuminarlos para que no se conociesen. En la historia de Venezuela sucede a menudo: ¿Quién asesinó en verdad a Delgado Chalbaud?, ¿quiénes entregaron a Miranda y por qué?, ¿quién mató a Ezequiel Zamora?, o ¿cómo surgió el mito de El Dorado o Manoa y el Lago Parima?

En esas intrigas de nuestra historia la llamada “Entrevista de Guayaquil” ocupa un lugar preponderante. Los dos libertadores de Suramérica, el general Simón Bolívar y el general San Martín, se encontraron en julio de 1822 y apenas quedan escuetos testimonios documentales y oficiales de lo que conversaron, de lo que discutieron, ni siquiera del tenor de la reunión o lo que acordaron. Las especulaciones y las suposiciones han sido pasto para decenas de libros, teorías y hasta obras de ficción. No pretendo, por supuesto, en estas breves líneas desentrañar el misterio, pero sí referirme a algunos hallazgos, antiguos y recientes, que contribuyan a la reconstrucción de lo que aconteció. La América toda es, en buena parte, fruto de aquel encuentro único que contribuyó

significativamente a decidir la faz de nuestras repúblicas y su independencia. Además, este año se conmemoran dos siglos de aquel suceso memorable que nos definió como continente.

Para ser rigurosamente exactos no hubo una “entrevista”. Se vieron en seis ocasiones distintas en apenas dos días. El 26 de julio de 1822 ocurrieron las siguientes reuniones: la primera fue un saludo a bordo del buque “Macedonia” que traía a San Martín y que Bolívar dispensó por cortesía; la segunda fue el recíproco retorno de aquel gesto; la tercera fue en la propia Guayaquil y duró hora y media; y la cuarta fue un corto encuentro de menos de 30 minutos. El 27 de julio ocurrió la sesión más extensa. Desde el mediodía hasta las cinco de la tarde; la sexta fue durante una cena ofrecida en honor de San Martín donde Bolívar pronunció el célebre brindis: “Por los dos hombres más grandes de la América del Sur, el general San Martín y yo”.¹

En Guayaquil hubo un enfrentamiento, en el sentido más civilizado y afortunado de este vocablo, entre dos concepciones ideológicas y culturales, entre dos historias que se entroncaron finalmente en una sola. Un duelo de inteligencias entre dos seres que habían empeñado sus vidas en la libertad de sus tierras. Uno, San Martín, Libertador del sur, y el otro, Bolívar, Libertador de las regiones más al norte del continente. Ambos héroes y paladines de una causa común: la independencia.

I. LOS ANTECEDENTES DE GUAYAQUIL

“La independencia, igual que el honor, es una isla rocosa sin playas.”

Napoleón

En 1821 era un hecho que el Libertador venía ascendiendo en su campaña militar. Había ganado Carabobo descomponiendo y desbandando al ejército realista por lo que Venezuela era prácticamente libre, aunque quedasen focos españoles que tardarían en ser reducidos. Colombia se consolidaba. Guayaquil y Cuenca, entre otras provincias, habían dado el grito libertario luego del desembarco de las tropas de

¹ Gabriel Eduardo Brizuela, *José de San Martín y Domingo Faustino Sarmiento*, Editorial de la Facultad de Filosofía, Humanidades y Artes, Universidad de San Juan, Argentina, 1997, p. 43.

San Martín en el norte del Perú. La propia Guayaquil declaró su independencia en 1820 y el Protector del Perú decidió respetarla. Pero Bolívar en un movimiento audaz de política y estrategia militar envió a Sucre con un numeroso ejército a apoyar la decisión guayaquileña y a José Joaquín de Olmedo quien estaba a la cabeza del movimiento. El 24 de mayo de 1822 las tropas al mando de Antonio José de Sucre sellaron en Pichincha la libertad de todas las provincias de la antigua Real Audiencia de Quito.

San Martín, con su ejército en Perú, no tenía el contingente ni las armas para alcanzar la total independencia del territorio. Requería del auxilio de las tropas colombianas. Quito y Cuenca prontamente se plegaron a los deseos del El Libertador de formar parte de la Gran Colombia, pero Guayaquil se mantuvo reacia. En su población había enormes simpatías por los argentinos y San Martín. Pero este, mucho más conservador y prudente en su accionar político, mantuvo que Guayaquil debía decidir su destino. No era la postura de Bolívar.

Sostenía Bolívar que Guayaquil y Quito eran secciones del antiguo virreinato de Nueva Granada, por lo que debían pasar a integrar la Gran Colombia (...) Ante la posición colombiana, la tesitura sanmartiniana fue distinta y opuesta; solo a los guayaquileños correspondía decidir sobre su destino, agregándose a Colombia o al Perú o declarándose independientes. (...) Existía, pues, una disidencia profunda, de forma y de fondo, entre los dos adalides.²

Pero además estas diferencias eran también de índole ideológica. San Martín se inclinaba por la monarquía en lo político, mientras que Bolívar estaba hondamente sembrado en el republicanismo. Esta distancia no era en nada sutil. Proponía miradas abiertamente contradictorias para América. Rufino Blanco Fombona, apasionado bolivariano, en el prólogo de la antología “La Entrevista de Guayaquil”, publicada por su Editorial América en Madrid, plantea:

¿Cuál era el programa político y militar de San Martín cuando se presentó en Guayaquil a conferenciar con El Libertador? El historiador Ernesto de la Cruz y el historiador Bartolomé Mitre lo precisan

² Julio César Chaves, *La Entrevista de Guayaquil*, Biblioteca de América/ Libros del Tiempo Nuevo, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1965, pp. 17-18.

con claridad. Quería, recordemos, traer a América a reyes europeos, y solicitaba la anuencia de Bolívar, no porque lo necesitase, sino para identificar miras; quería que Guayaquil, en vez de permanecer siendo parte integrante del Ecuador, se adjudicase a Perú; quería que Bolívar le cediese el ejército de Colombia para combatir fuera del territorio nacional.³

Conviene aquí recordar la enorme pasión de Blanco Fombona por Bolívar. Eso quizás incline la balanza para un lado. Lo que sí es cierto es que incluye en la antología a escritores que no simpatizan con El Libertador, tales como Bartolomé Mitre y Carlos A. Villanueva.

La Entrevista de Guayaquil de julio de 1822 sería uno de los varios intentos por acercar a ambos colosos. Aunque habían mantenido una correspondencia fluida y constante, era una obligación cruzar abrazos y hablar más allá de los escritos. Sin embargo, las tentativas anteriores de una reunión de los libertadores se habían frustrado, a veces por los accidentes de las campañas en las que ambos líderes se hallaban, otras por los propios giros de la política que llevaban a uno y otro a dar medidos pasos hacia adelante y hacia atrás en su táctica. De aquellos encuentros quizás el que estuvo más cerca de ocurrir fue el de febrero de 1822 finalmente abortado.

El 19 de enero de 1822, San Martín emitió una orden donde designaba al marqués de Torre Tagle como supremo delegado del Perú y anunció una agenda mínima en la reunión inminente que sostendría en febrero con el Libertador.⁴

Este encuentro se frustró por los equívocos de la guerra. Tal y como lo narra el historiador Alfonso Rumazo González:

³ Rufino Blanco Fombona, “Prologo”, en Ernesto de la Cruz, B. Mitre, J.M. Goenaga y Carlos A. Villanueva, *La Entrevista de Guayaquil (El Libertador y San Martín)*, Editorial América, Madrid, 1916, p. xvi. Disponible en https://bibliotecavirtual.defensa.gob.es/BVMDefensa/es/consulta/registro.do?id=68054_

⁴ Véase el texto de dicha orden en *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*, Ministerio de Gobierno, Culto y Obras Públicas, Felipe Bailey editor, Tomo II, Lima, Perú, 1861, p. 127. Disponible en <https://books.google.co.ve/books?id=dRLge8rlW8wC&pg=PA127&dq=19+de+enero+de+1822+361+el+protector+del+peru&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjhr6qNp435AhVvZTABHUI1BoEQ6AF6BAGGEAI#v=onepage&q=19%20de%20enero%20de%201822%20361%20el%20protector%20del%20peru&f=false>.

Deseaba Bolívar viajar con tropas de Cali a Guayaquil, por el puerto de Buenaventura; así lo tenía planeado. Pero sorpresivamente apareció en el Pacífico el general español Mourgeon, procedente de la Península con una expedición de 800 hombres que se dirigieron a la provincia ecuatoriana de Esmeraldas y desde allí viajaron por la selva a Quito, a reforzar los ejércitos realistas. Los buques en que se trasladaron desde Panamá, impedían cualquier movilización segura por el mar, y Bolívar decidió avanzar por tierra con sus batallones, rumbo a Pasto, de donde seguiría a Quito.

Esta circunstancia imprevista no la conoció a tiempo el general San Martín (...) Iba ya en ruta de navegación hacia Guayaquil el Protector, cuando supo en el puerto de Huanchaco no solamente que Bolívar no se aproximaba a Guayaquil, sino que desde Cali había notificado por carta a la junta presidida por Olmedo que el puerto era considerado colombiano (...)

La reacción de San Martín fue de evidente disgusto, y ordenó inmediatamente el retorno al Callao; arribó a Lima el 3 de marzo y, con clara sagacidad, no reasumió el poder, sino que le dejó actuante en él a Torre Tagle, reservándose únicamente el mando militar.⁵

San Martín había ayudado a Sucre y a las tropas colombianas en su lucha en suelo ecuatoriano. El gesto más decidido fue el envío de la División de Santa Cruz, donde servía el Batallón “Numancia”, por cierto, con muchos venezolanos en sus filas. Justamente por eso, el batallón no regresó al Perú y se quedó en las filas de Colombia cuando la División de Santa Cruz se reintegró al ejército del Sur.⁶ Quizás por este gesto, el Protector esperaba que como acto de reciprocidad Bolívar le ayudaría con tropas y armas. San Martín estaba en una situación muy comprometida. Su campaña sobre el virreinato peruano había sido un acto de enorme audacia dados los contingentes realistas, y la indecisión

⁵ Alfonso Rumazo González, *El General San Martín en referencia a Bolívar*, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1982, pp. 152-153.

⁶ Tomás de Heres, *Historia de la independencia americana. La emancipación del Perú según la correspondencia del general Heres con el Libertador*, compilador Daniel F. O’Leary, Biblioteca Ayacucho, Editorial América, Madrid, España, 1919, pp. 399-400. Disponible en: https://books.google.co.ve/books?id=fPWg5MVj99YC&pg=PA399&dq=divisi%C3%B3n+santa+cruz+batall%C3%B3n+numancia&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewiO2ZrgqI35AhVUpIQIHfV_CtIQ6AF6BAgKEAI#v=onepage&q=divisi%C3%B3n%20santa%20cruz%20batall%C3%B3n%20numancia&f=false.

de la nobleza limeña, dubitativa entre el rey y la libertad. Bolívar, en cambio, venía victorioso imponiéndose en la lucha emancipadora que se extendía ahora en los campos ecuatorianos, que reclamaba para Colombia. Así que mientras el Protector no consolidaba la independencia del sur, Colombia clavaba su enseña triunfal en los campos que pisaba. Ese delicado escenario es el que preludia la histórica cita en Guayaquil.

II. DOS LIDERAZGOS, DOS PERSONALIDADES

“Los grandes políticos deben su reputación, cuando no a la pura casualidad, a circunstancias que ellos mismos no podían prever”.

Otto von Bismark

Una circunstancia que resultó de enorme importancia en el encuentro de Guayaquil fue el contraste de caracteres y personalidades entre Bolívar y San Martín. Cada uno se había levantado de realidades distintas. Hasta sus maneras y gestos de conducta difieren casi diametralmente.

José de San Martín había nacido en lo que es hoy Argentina, pero desde los 6 años hasta los 34 vivió en Europa donde estudió en el Real Seminario de Nobles de Madrid y la Escuela de Temporalidades de Málaga. Militar de carrera, alcanzó el grado de Teniente Coronel en el ejército español en cuyas filas combatió en el norte de África y luego contra los franceses y la invasión napoleónica. En la independencia americana se estrenó comandando a la caballería en el célebre combate de San Lorenzo en 1813, único hecho de guerra que libró San Martín en territorio argentino. Le significó un merecido triunfo.⁷

Simón Bolívar por su parte había nacido en Caracas. Era 5 años más joven que el Protector y solo vivió un corto tiempo en Europa. Aunque los estudios formales no ocuparon el centro de su atención, su natural inteligencia y cultura autodidacta le permitió leer una gran cantidad de libros y aprender varios idiomas. Tampoco hizo carrera militar propiamente, aunque haya servido en el Batallón de Milicias

⁷ Datos tomados de Tomás Sánchez de Bustamante “Por real voluntad, oficial a los 15 años”, en *San Martín/ Un camino hacia la libertad*, AA.VV., Fundación Sanmartiniana, Manrique Zago Ediciones, Buenos Aires, 1989, pp. 18-20; Bartolomé Mitré, “El trascendente combate de San Lorenzo”, en AA.VV., *San Martín/Un camino hacia la libertad...cit.*, pp.34-36.

de Blancos de Aragua, cosa más honorífica que práctica. Aunque tuvo su bautizo de fuego como subalterno del Marqués del Toro, su primer hecho de guerra como comandante de tropas fue la trágica caída del Castillo de Puerto Cabello en 1812 que significó el desmoronamiento de la primera República.⁸

Eduardo Casanova da una lectura muy precisa y reveladora de lo que fueron estas dos grandes personalidades:

La entrevista de Guayaquil, que tuvo lugar el 26 y 27 de julio de 1822, no fue sino un encuentro entre dos hombres que no se conocían, pero que habían oído mucho cada uno del otro y quisieron conocerse. Cualquier otra especulación es buscarle cinco o seis patas a un gato. Claro que hay que entender que a San Martín le habían dicho muchas cosas no halagüeñas de Bolívar. Bolívar es caribeño, y además venezolano. Los venezolanos son salvajes, no saben usar zapatos, duermen suspendidos, comen con la mano. Y también habrá quien le habló bien del caraqueño Bolívar. Tiene manos de mujer y habla francés e italiano y entiende inglés (...) Bolívar vivió en Europa, y era un griego de tiempos de Pericles y un romano de tiempos de Adriano y Marco Aurelio (...) Pero San Martín sabe que fue Bolívar quien arrestó a Miranda, y eso es algo que no le gusta. No puede gustarle, claro. San Martín era un militar de nobles modales, un español de tiempos de Carlos IV, pero sobre todo, un argentino de tiempos de San Martín (...) Tal como Bolívar, debió cometer crueldades para ganar la guerra, pero que era un hombre de miras elevadas y de auténtica nobleza, no puede dudarle nadie, como también se puede decir que, tal como Sucre, no pecó jamás por ambicioso.⁹

La modestia siempre fue una virtud muy reconocida de San Martín, a veces confundida con timidez o poca autoestima. Aunque ejerció el poder político en Perú, incluso como dictador, es de reconocer que esa humildad y falta de ambición se pone de manifiesto incluso en el decreto por el que se investió con la autoridad suprema en donde se lee:

⁸ Véase, al respecto, Elías Pino Iturrieta, *Simón Bolívar: esbozo biográfico*, Editorial Alfa, Caracas, 2015, pp. 13-21 y *passim*.

⁹ Eduardo Casanova, *En los días de Bolívar*, Ediciones de la Universidad Metropolitana, Caracas, 2002, pp. 318-320.

Espero que se me hará la justicia de creer que no me conducen ningunas miras de ambición, sí solo la conveniencia pública. Es demasiado notorio que no aspiro sino la tranquilidad y al retiro después de una vida tan agitada; pero tengo sobre mí una responsabilidad moral, que exige el sacrificio de mis más ardientes votos.¹⁰

En julio de 1822, las fuerzas colombianas están en una posición ventajosa. No solo numéricamente tienen presencia significativa en la antigua Real Audiencia de Quito, sino que políticamente han convencido a las provincias de que se sumen a Colombia. Sucre y Bolívar, por su parte, representan poderosos liderazgos que aglutinan a todos. Además, tras de sí tienen una Nueva Granada estableciéndose con seguridad y una Venezuela terminando de barrer los vestigios coloniales. San Martín y sus fuerzas, por el contrario, están enfrentando una situación muy difícil. No pueden completar la independencia del Perú pues escasean los suplementos, las armas y los efectivos. Las fuerzas realistas, con mucha presencia de criollos, son un enemigo considerable. San Martín lo sabe y clamará por el “auxilio” de Bolívar.¹¹ Esta parte del encuentro siempre ha estado escondida por la bruma de la manipulación o la escasa información. No se logra comprender la verdadera dimensión del “auxilio” de los patriotas colombianos que pide San Martín, pero además los mecanismos de su solicitud distan mucho de ser los propios de la formalidad diplomática. Tal petición de auxilio parece más bien equipararse a un favor personal entre grandes líderes. Las maneras entre ambos son

¹⁰ El texto del Decreto de fecha 3 de agosto de 1821 promulgado por el general San Martín invistiéndose de la autoridad suprema de los departamentos libres del Perú bajo el título de *Protector* puede consultarse en José Hipólito Herrera, *El Álbum de Ayacucho, colección de los principales documentos de la guerra de la independencia del Perú*, Tipografía de Aurelio Alfaro, Lima, Perú, 1862, pp. 43 y 44. Disponible en: <https://books.google.co.ve/books?id=fRIZAQAAAJ&pg=PA43&dq=Espero+que+se+me+har%C3%A1+la+justicia+de+creer+que+no+me+conducen+ningunas+miras+de+ambici%C3%B3n&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwielvSttY35AhUUTjABHVHMDTEQ6AF6BAGFEAI#v=onepage&q=Espero%20que%20se%20me%20har%C3%A1%20la%20justicia%20de%20creer%20que%20no%20me%20conducen%20ningunas%20miras%20de%20ambici%C3%B3n&f=false>.

¹¹ Al respecto véase: Carta de San Martín al general Guillermo Miller del 19 de abril de 1827, en *Cartas históricas del Perú*, recopilación de Juan Pedro Paz- Soldán, Biblioteca Callao, Librería e imprenta Gil, Lima, Perú, 1920, pp. 51 y 52. Disponible en https://books.google.co.ve/books?id=10c0AQAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=guayaquil+San+Mart%C3%ADn+Bol%C3%ADvar+19+abril&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=19%20de%20abril%20de%201827&f=false.

tan disímiles que es fácil confundir los requerimientos de estado de las ayudas amistosas. San Martín, por su forma de proceder, luce incómodo con la petición. Quizás sea el pundonor, quizás la posición poco ventajosa para solicitar el “auxilio”, lo cierto es que Bolívar puede maniobrar con mucha libertad en el terreno político y militar al no tener que atender una demanda con suficiente urgencia o desesperación. El protocolo para San Martín es sagrado.¹²

San Martín es calmado, aplomado, cortés y ecuánime. Bolívar explosivo, genial, impulsivo y vehemente. San Martín no le gusta salirse de las convenciones, Bolívar es sorpresivo y creativo. San Martín no tiene el poder total, está sujeto al Congreso, y eso lo acepta y baja la cabeza ante él.¹³ Bolívar es el poder total, sus ideas y decisiones modulan en buena parte las instituciones de la Gran Colombia. San Martín gusta de la monarquía como forma de gobierno, respeta el sistema de castas y valora el linaje como un bien de la sociedad.¹⁴ Bolívar es republicano con ideas libertarias y de igualdad, y si bien su noción de democracia es centralista y con un poder ejecutivo todopoderoso, lejos de él están las ideas de privilegios de clase o coronas reales, aunque algunos autores anti-bolivarianos muchas veces hayan hecho elucubraciones de sus ansias de trono.¹⁵ En este marco de abiertas contradicciones y diferencias, estos dos campeones de la independencia suramericana llegarán a Guayaquil. Quizás con una ventaja adicional para el Libertador debido a que la prudencia y cordura de San Martín lo hacen pecar de tímido y sus movimientos políticos preparatorios son débiles y poco significativos. En cambio, Bolívar, determinado y

¹² Al respecto véase José Rafael López Rosas, “San Martín y sus ideas políticas”, en *Revista Universidad*, Nº 90, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1978. Disponible en https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/4978/RU090_05_A003.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹³ Al respecto, véase, “Palabras sobre su imagen física y moral,” Selección de textos por Horacio Enrique Timpanaro, en A.A.V.V., *Jose de San Martín/Un camino hacia la libertad...* cit., pp. 163-176.

¹⁴ Rodolfo Argañaraz Alcorta “Punchauca, (¿Monarquía o Estratagema?)”, en AA.VV., *San Martín/Un camino hacia la libertad...* cit, p. 105.

¹⁵ Por ejemplo, refiriéndose a Bolívar, Salvador de Madariaga dice textualmente: “La unión de Colombia era sagrada puesto que solo así podía él, venezolano, reinar en Nueva Granada y en Quito, y así también reinar Venezuela por encima de Páez”, Salvador de Madariaga, *Bolívar*; Tomo II, 2ª edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1979, p. 491.

aguerrido en lo estratégico y lo táctico, ha dispuesto el escenario para que su habilidad política prive. Las cartas están sobre la mesa. El que tenga la mejor mano ganará.

III. DOS DÍAS CRUCIALES PARA LA HISTORIA DE AMÉRICA

“Mi sable nunca saldrá de la vaina por opiniones políticas”

José de San Martín

El general San Martín desembarcó en Guayaquil el 26 de julio de 1822 pasadas las 9 de la mañana. Bolívar lo recibió con un edicto político y no una salutación. Le dio la bienvenida a suelo colombiano. Esta posición no era desconocida por San Martín. En carta del 25 de julio de 1822, Bolívar le había manifestado:

Usted no dejará burlada el ansia que tengo de estrechar en el suelo de Colombia al primer amigo de mi corazón y de mi patria.¹⁶

Hay que aclarar que la Entrevista de Guayaquil no fue una entrevista oficial pero tampoco secreta, por ello no hubo acuerdos de estado o diplomáticos. Fue un encuentro privado. No hubo testigos de las reuniones principales, aunque muchos dijeran en cartas y documentos posteriores que estuvieron ahí, quizás para tomar partido por una u otra figura, y para tratar de manipular la historia en el resultado que se obtuvo del encuentro.

Bolívar la llamó “visita”, San Martín, “entrevista” y la historiografía latinoamericana terminó tomándole la palabra a este último. El Protector que vivió muchos años más que Bolívar, escribió con mayor profusión acerca del encuentro. Sin embargo, quienes han analizado sus escritos perciben cómo el tiempo varió su recuerdo o, en todo caso, cómo él mismo lo modificó para refrendar una postura más cónsona con la que sostenían sus coterráneos. Además, en el camino muchos espontáneos generaron teorías y afirmaciones que, sin dudarlo, afectaron la visión documental de la entrevista.

¹⁶ Simón Bolívar, Carta a San Martín, 25 de julio de 1822, en *Cartas del Libertador*, Tomo III (1821-1823), segunda edición, Banco de Venezuela/Fundación Vicente Lecuna, Caracas, 1965, pp. 253-254.

Lo que sí es cierto es que el encuentro en Guayaquil transformó el rostro de la independencia suramericana. Dejó de tener un cariz sanmartiniano, que en este punto cedió espacio y protagonismo, y privilegió la imagen bolivariana que desde entonces sería la figura cimera del continente. Aunque es cierto que San Martín ya venía anunciando su cansancio y deseo por retirarse, Guayaquil es un punto de inflexión de la historia suramericana.

Otra conclusión de aquel encuentro es el establecimiento de la forma de gobierno del Perú. Bolívar, republicano, aunque no defensor del federalismo sino de un centralismo fuerte, abogaba por un sistema de gobierno que reconociera la igualdad de sus ciudadanos. San Martín, por experiencia y educación, creía en la monarquía, aunque le diera un giro constitucional a la idea. Pensaba que el Perú para pasar paulatinamente de colonia a estado independiente, necesitaba del concurso de una cabeza coronada europea que atemperara a las élites limeñas, aún prendadas del virreinato, y antecediera a los movimientos más progresistas.¹⁷

Finalmente quedaba el tema del auxilio no formalmente pedido, sino asomado, o al menos eso suponemos, de San Martín por tropas colombianas. Pero Bolívar no consideró ni estratégico ni táctico suministrarlo. San Martín llegó hasta el punto de ofrecerle el mando absoluto a Bolívar y él mismo servir bajos órdenes. Como explica el historiador Julio César Chaves:

Cree [*San Martín*] que el Libertador quería ir al Perú. Le dice entonces, según la versión que dio a Lafond: *Combatiré a vuestras órdenes. No hay rivales para mí cuando se trata de la Independencia de la América. Estad seguro, general, venid al Perú. Contad con mi cooperación sincera, seré vuestro lugarteniente.*

La versión ofrecida por San Martín a Sarmiento es idéntica: *Y bien, general, yo combatiré bajo sus órdenes. No hay rivales para mí cuando se trata de la independencia americana. Está Ud. Seguro,*

¹⁷ Así lo sostiene el historiador argentino Vicente Fidel López, en *El Conflicto y la Entrevista de Guayaquil*, C. Casavalle editor, Buenos Aires, 1884, pp. 29-32. Disponible en https://books.google.co.ve/books?id=KC8OAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=El+conflicto+y+la+entrevista+de+Guayaquil&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=El%20conflicto%20y%20la%20entrevista%20de%20Guayaquil&f=false

venga al Perú, cuente con mi sincera cooperación, será su segundo. Bolívar levantó repentinamente la vista, para contemplar el semblante de San Martín, en donde estaba pintada la sinceridad del ofrecimiento. Pareció vacilar un momento, pero en seguida, como si su pensamiento hubiese sido traicionado, se encerró en el círculo de las imposibilidades constitucionales que levantaban en torno a su persona y se excusó de no poder aceptar aquel ofrecimiento tan generoso.¹⁸

¿Por qué Bolívar no se decanta por ayudar a San Martín y ponerlo como su lugarteniente? Según algunos, los movimientos políticos posteriores del Libertador permiten suponer que, colocando a San Martín como su segundo, le daba beligerancia y liderazgo en Colombia. Habría sido como abrirle la puerta a un nuevo estado en gestación. Después de todo San Martín habría comandado tropas colombianas, y bien sabido era lo buen jefe y lo habilidoso y diestro que resultaba como militar. El Libertador le habría servido en bandeja de plata un rol protagónico en la Gran Colombia. Ya con Santander tenía de sobra. Además, estaba el liderazgo de Páez cada vez más incómodo y poderoso en Venezuela. En el pecho de Bolívar su delfín era Sucre. Militar de gran talento, pero aún demasiado ingenuo como político. Sin ambiciones de poder, el Mariscal era reacio a aceptar los encargos de gobierno que le imponía el Libertador en procura de prepararlo como su sucesor. Eso le daba indicios a Bolívar de que, si dejaba que San Martín se colara en el tablero de Colombia, se complicaría todo el escenario para su pupilo aún no muy avezado en las artes de la política.

Si bien ni el Libertador ni San Martín comunicaron en detalle o profusión la agenda de lo que conversaron, este silencio fue roto ocasionalmente por Bolívar en algunas comunicaciones de estado. En el caso del Protector del Perú, por haber sobrevivido varias décadas más, el tiempo le permitió liberarse de lo que suponemos fue una suerte de pacto de confidencialidad entre caballeros acerca de lo tratado en Guayaquil. Tanto al historiador Domingo Faustino Sarmiento como a Lafond (sobre este último personaje hablaremos poco más adelante), San Martín refirió eventos similares de por qué Bolívar se negó a ayu-

¹⁸ Julio César Chaves, ob. cit., pp. 96-97.

darlo a él y al Perú. Según sostuvo, el Libertador no podía hacer nada sin el concurso del Congreso colombiano y Santander.

El edecán Mosquera recordó en sus Memorias... que en una de esas conferencias el Libertador abrió la puerta y lo llamó pidiéndole que trajese las últimas cartas del Vicepresidente Santander. Es probable que el Libertador se atrincherase tras las cartas de Bogotá para justificar su negativa.

San Martín por su parte, declaró a Sarmiento que a su propuesta de reunir las dos fuerzas y a su ofrecimiento del comando de ambos ejércitos, su interlocutor oponía que él dependía absolutamente del Congreso de su país y que no podía hacer nada de por sí.¹⁹

Sin embargo y ante esta aparente negativa de Bolívar, las tropas sureñas en realidad sí recibirían un auxilio militar, aunque dosificado, de tropas y armas. San Martín lo juzgó pobre, y en una reacción que después el tiempo fue profundizando en el ánimo del Protector, lo vio casi como ofensivo. Esta actitud cargada de soberbia, poco común en él, es de donde se cuelgan los historiadores para victimizarlo y señalar al Libertador de anteponer sus intereses a la independencia continental.²⁰ Evidentemente, para alguien que haya leído un poco de la vida de Bolívar, esta aseveración le parecerá absurda y gratuita.

IV. EL ENTRAMADO LAFOND-COLOMBRES MÁRMOL

“Un vaso medio vacío de vino es también uno medio lleno, pero una mentira a medias, de ningún modo es una media verdad”.

Jean Cocteau

En 1843 Gabriel Pierre Lafond, controversial figura de nacionalidad francesa, publica en uno de sus libros, una carta atribuida a San

¹⁹ *Ibid.* p. 61

²⁰ Al respecto véase Gerónimo Espejo, *Recuerdos históricos: San Martín y Bolívar, la entrevista de Guayaquil*, Imprenta de Tomás Goodby, Buenos Aires, Argentina, 1873, p. 127 y ss. Disponible en https://books.google.co.ve/books?id=LzgvAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=Jos%C3%A9+de+San+Mart%C3%A9n&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Cabe hacer notar que Espejo fue Coronel del Ejército del Sur y ayudante del General San Martín. Estuvo con él en Guayaquil en 1822.

Martín y remitida a Bolívar donde El Protector, en relación con lo tratado por los libertadores en Guayaquil y las consecuencias del encuentro-desencuentro entre ellos, le habría expresado lo siguiente:

Los resultados de nuestra entrevista no son los que yo tenía previstos para dar un final rápido a la guerra. Por desgracia, estoy completamente convencido de que o bien usted no ha estimado sincero mi ofrecimiento de servir a sus órdenes con las tropas a mi mando, o mi persona le resulta molesta. Las razones que usted adujo —que su tacto no le permitiría nunca darme órdenes y que, aunque ése fuera el caso, el congreso colombiano no lo autorizaría a separarse del territorio de Colombia- no me han parecido muy plausibles.

[...]

La primera se contradice por sí sola. En cuanto a lo que a la segunda se refiere estoy convencido de que, si usted expresara sus deseos, encontraría aprobación unánime, puesto que el objetivo es terminar la campaña que iniciamos y en la cual estamos comprometidos, con su cooperación y la de su ejército, y de que el honor de llevarla a término recaería en usted y en la república que usted preside.

[...]

Sea como sea, general, mi decisión está irrevocablemente tomada. He convocado al primer congreso de Perú para el día 20 del mes próximo y, al día siguiente de su instalación, me embarcaré rumbo a Chile, convencido de que mi presencia es el único obstáculo que le impide a usted venir a Perú con el ejército a sus órdenes. Para mí habría sido el colmo de la felicidad terminar la Guerra de la Independencia a las órdenes del general a quien América debe su libertad. El destino ordena otra cosa y debemos resignarnos a él.²¹

En fin, con esta misiva, respecto de la cual no existe el manuscrito original, San Martín, lleno de desprendimiento, desinterés y bondad, intentaba justificar su dimisión y retiro del Perú haciendo recaer sobre Bolívar la culpa de esta decisión. ¿Pero quién era Lafond?

²¹ El texto completo de esta carta puede consultarse en Jorge G. Paredes M., “La controversial misiva de San Martín a Bolívar del 29 de agosto de 1922”, en *San Martín y Bolívar*, Guayaquil 2016. El texto de ese artículo fue ampliado y corregido por su autor en 2018. La aludida carta se transcribe íntegramente en las páginas 12-14 del texto modificado disponible en: https://www.academia.edu/37537892/la_controversial_misiva_de_san_martin_a_bolivar_de_29_de_agosto_de_1822_pdf

Gabriel-Pierre Lafond de Lurcy fue un navegante y armador francés nacido en 1802 y fallecido en 1876. De profesión marino mercante, esto le permitió recorrer el mundo y tener mucho contacto y cercanía con Suramérica y Centroamérica, en especial Costa Rica para quien sirvió en Francia en labores diplomáticas y consulares. Fue José Pacífico Otero en su monumental “Historia del Libertador Don José de San Martín” (1932) quien rescató del olvido esta supuesta carta que Lafond había publicado en su texto de 1843 “Voyages autour du monde et naufrages célèbres”.²² Mencionada por Sarmiento y Bartolomé Mitre, el texto había pasado a un discreto y prudente silencio dada su sospecha de falsificación. Sin embargo, sería Enrique L. Colombres Mármol quien protagonizaría uno de los incidentes más extraños e inexplicables de la historiografía latinoamericana al publicar un conjunto de misivas, supuestamente cursadas entre los libertadores acerca de lo acontecido durante su encuentro en Guayaquil, cuya falsedad quedó ampliamente demostrada por estudios posteriores.²³

La conocida como carta de Lafond, que supuestamente le enviara San Martín a Bolívar, está fechada el 29 de agosto de 1822, y sobre ella siguen pesando serias críticas de que es un forjamiento.²⁴

Aparte de esa dudosa comunicación se conocían dos cartas en las que el Protector menciona la Entrevista de Guayaquil: la que le envía a Guillermo Miller el 19 de abril de 1827 y la de San Martín a Ramón Castilla, presidente del Perú, fechada desde Francia, el 11 de septiembre de 1848.²⁵ De Bolívar se asumían tres misivas: la muy conocida y

²² Jorge G. Paredes M., *Ibid.*, pp. 3-4.

²³ Véase, al respecto, Jorge G. Paredes M., “El affaire Colombres Mármol. Falsificación de misivas concernientes a la conferencia de Guayaquil”, en Runa Yachachiy, *Revista electrónica digital*, II Semestre, Berlín, 2014, pp. 5,21 y *passim*. Disponible en <http://www.alberdi.de/AffeColFalsParIIS14.pdf>

²⁴ Para el análisis de este controversial documento divulgado por Lafond y las poderosas razones que fundamentan que se trata de una misiva apócrifa fabricada en el siglo XIX que no es más que una simple patraña historiográfica, véase: Vicente Lecuna, *La Entrevista de Guayaquil, restablecimiento de la verdad histórica*, Tomos I y II, cuarta edición, Fundación Vicente Lecuna, Caracas, 1962.

²⁵ Véase, al respecto, Beatriz Bragoni, “El intercambio epistolar entre San Martín y Lafond”, en *Revista Prismas 07/2016*, Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016. Disponible en https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/47904/CONICET_Digital_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y

canónica enviada a Santander desde Guayaquil el 29 de julio de 1822,²⁶ y la que le manda a Santander el 3 de agosto de 1822.²⁷ La última de las reconocidas cartas del Libertador sobre la materia es la que le envía a Fernando Peñalver el 26 de septiembre de 1822.²⁸

Hasta 1940, año de publicación de los hallazgos apócrifos de Colombres Mármol, estas cartas era todo lo que se conocía acerca del encuentro en Guayaquil y se consideraba que bastaban para saber de las cuatro reuniones y las tres conferencias que sostuvieron San Martín y Bolívar durante aquellos dos días. De todas estas, son relevantes las conversaciones privadas. La del 26 de julio de 1822, pasado el mediodía, y ocurrida sin testigos durante cerca de hora y media. Y la que tuvo lugar en la residencia del Libertador, también al mediodía, pero del 27 de julio, realizada a puerta cerrada, esta vez de aproximadamente cuatro horas, hasta las cinco de la tarde.

En 1940 aparecería el libro de Eduardo L. Colombres Mármol (padre) titulado “San Martín y Bolívar en la entrevista de Guayaquil, a la luz de nuevos documentos definitivos” (1940). Allí Colombres Mármol publicaba supuestas nuevas y reveladoras cartas entre los Libertadores en las que se tocaban aspectos medulares de lo tratado en Guayaquil. Se discutía sobre el destino de Guayaquil y se trataba el tema de la libertad definitiva del Perú. Estas cartas, como se dijo atrás, habían sido falsificadas, como quedó pormenorizadamente demostrado con pruebas incontestables. A Colombres Mármol lo secundó un historiador argentino de prestigio, Rómulo D. Carbia, quien por años fue el director de la Biblioteca Central de la Universidad de Buenos Aires y miembro de muchas academias. ¿Pero quién era Eduardo Colombres Mármol?

En realidad, no fue un investigador profesional o historiador con formación académica. Había nacido en Rosario, Argentina, en 1878 y se enroló en la Escuela Naval Militar, alcanzando el grado de Alférez de Navío. Cuando dejó la marina, pasó a la carrera diplomática. Fue

²⁶ Simón Bolívar, Carta a Santander, 29 de julio de 1822, en *Cartas del Libertador*, Tomo III (1821-1823), segunda edición, Banco de Venezuela/Fundación Vicente Lecuna, Caracas, 1965, pp. 262-264.

²⁷ Simón Bolívar, Carta a Santander, 3 de agosto de 1822, en *Cartas del Libertador*, Tomo III ... cit., pp. 265-269.

²⁸ Simón Bolívar, Carta a Fernando Peñalver, 26 de septiembre de 1822, en *Cartas del Libertador*, Tomo III ... cit., pp. 300-302.

Cónsul en varios países, y entre 1931 y 1934 Enviado extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Colombia y Venezuela. Acabó su carrera como Embajador de Argentina en el Perú entre 1936 y 1939. Justamente en ese país es donde haría su supuesto descubrimiento que connotaría los estudios de historia en el continente.²⁹

Colombres Mármol expuso que adquirió una serie de cartas provenientes del archivo del eminente historiador peruano Emilio Gutiérrez de la Quintanilla, fallecido en 1935. Gutiérrez de la Quintanilla es un personaje de proba reputación. Cuando Colombres llegó al Perú como Embajador, ya Gutiérrez de la Quintanilla había muerto. Se ha especulado que fueron sus hijos los que fraguaron la venta. ¿Pero fueron ellos los autores del forjamiento y falsificación de los documentos “definitivos” publicados por Colombres Mármol?, ¿estaba Colombres en autos de la falsedad de esas cartas?, ¿fue él mismo quien las perpetró?

La revelación de las cartas supuso una revuelta en la comunidad histórica. Por un lado, si se asumían como ciertas, apoyaban la tesis de la cuestionada Carta de Lafond según la cual San Martín, magnánimo y desprendido, había hecho todo lo posible porque el Libertador le ayudara en la liberación del Perú, hasta el punto de deponer el mando y retirarse si fuese necesario. En cambio, Bolívar, ambicioso y personalista, había declinado aquello para no compartir la gloria. Pero además se infería que una motivación ulterior, de reinado absolutista, era lo que animaba al Libertador mientras que a San Martín solo lo impulsaba la libertad americana. Las cartas de Colombres Mármol eran demasiado obvias, con errores históricos e imprecisiones muy evidentes para que científicamente pudieran ser tomadas en serio. Pero ante el respaldo de Carbia, investigador reconocido internacionalmente, las discusiones se extendieron. Serían la Academia Nacional de la Historia y el eximio historiador venezolano don Vicente Lecuna quienes iniciarían una cruzada, que llegaría hasta la mismísima presidencia de la República Argentina, para desmontar el masivo fraude de las misivas supuestamente cursadas entre los libertadores que diera a luz Colombres Mármol en su libro.

²⁹ Al respecto, véase: Jorge G. Paredes M., “El affaire Colombres Mármol ... cit., pp. 7 y ss

Cuando la obra de Colombres Mármol se hizo conocida en Venezuela, la Academia Nacional de la Historia y el historiador don Vicente Lecuna rechazaron por apócrifos los supuestos documentos en poder del argentino.

El 31 de octubre 1940 la Academia emitió un dictamen suscrito por una comisión integrada por los reconocidos historiadores Cristóbal Mendoza, Pedro Manuel Arcaya, Monseñor Nicolás E. Navarro y Lucía L. de Pérez Díaz, donde se determinaba que los documentos presentados por Colombres Mármol eran falsos.³⁰

El mismo Lecuna se dio a la tarea de analizar y estudiar con detenimiento las misivas supuestamente cruzadas entre los libertadores y con demoleedores argumentos y una gran cantidad de pruebas producidas concluyó tajantemente que carecían de autenticidad. En 1945 publicó un denso libro en dos tomos titulado “La Entrevista de Guayaquil, restablecimiento de la verdad histórica” en donde con argumentos, detalles, pruebas documentales y análisis, pone claramente de manifiesto la falsedad de la carta de Lafond y de los supuestos nuevos y definitivos documentos contenidos en el libro de Colombres Mármol.

La cita a continuación es muy pertinente para entender el largo y denso proceso que significó desmontar la falacia y las falsificaciones:

Desmontada la falsedad de la carta de 29 de agosto de 1822 atribuida por el viajero francés G. Lafond de Lurcy al general San Martín, y de las publicadas por los señores Eduardo L. Colombres Mármol y Rómulo D. Carbia, referentes todas a la Conferencia de Guayaquil, la Academia Nacional de la Historia ha querido reunir en un volumen los respectivos estudios dados al público en revistas y folletos con los documentos auténticos que desmienten los apócrifos, y agregar a su propio dictamen, el voto importantísimo de la Academia Colombiana de Historia, y el no menos valioso de la Comisión Especial nombrada por el Gobierno de la Argentina, para dictaminar sobre la autenticidad de las cartas publicadas por el señor Colombres Mármol, transmitido a nuestra Academia por el

³⁰ El texto del dictamen de la Academia Nacional de la Historia de Venezuela de fecha 31 de octubre de 1940, sobre las cartas publicadas por el señor Colombres Mármol en su libro *San Martín y Bolívar en la Entrevista de Guayaquil* puede consultarse en Vicente Lecuna, *La Entrevista de Guayaquil, restablecimiento de la verdad histórica*, Tomo I, cit., pp. 4-28.

señor Ricardo Levene, presidente de la Academia de la Historia de la Argentina, (...) y por último el decreto del presidente de la nación Argentina de 17 de septiembre de 1943 confirmando la resolución de 22 de julio del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, de no aceptar la donación de las cartas publicadas en el libro del señor Eduardo L. Colombres Mármol, “San Martín y Bolívar en la Entrevista de Guayaquil”, por considerar que dicha documentación carece de las condiciones esenciales para establecer su autenticidad indubitable.³¹

Tras esa investigación, pocos son los historiadores que aún se atreven a sostener lo contrario, aunque de cuando en cuando surjan personajes que intentan retomar el tema y buscar nuevas pruebas. De más está decir que nunca han logrado cambiar el veredicto.³²

¿Qué llevó a Colombres Mármol a manipular y tergiversar la historia? Quizás, en descargo del argentino, podemos pensar que ello obedeció a su acendrado patriotismo y devoción por San Martín, que como figura continental quedaba en minusvalía ante Bolívar luego de Guayaquil. El Protector del Perú, debemos reiterar, llega a Ecuador cansado y agotado. Su fortaleza física y mental está socavada. En múltiples ocasiones, incluso al Libertador mismo, le contará su anhelo de retiro. Es dable suponer que la presión y lo difícil de los acontecimientos hacen mella en su espíritu. Prueba de ello es que durante el banquete baile que le dispensaron los colombianos el 26 de julio de 1822, San Martín tras compartir un rato le pidió a sus edecanes que lo escoltaran a sus habitaciones pues ya no soportaba el barullo de la celebración. Saldría por una puerta lateral sin despedirse. Ese es el San Martín que dialoga con Bolívar, una fuerza avasallante, en Guayaquil en 1822.

La falaz carta de Lafond del 29 de agosto de 1822 es inusual y extrañamente dura para alguien tan cuidadoso de las formas y del

³¹ Vicente Lecuna, ob. cit., Tomo I, pp. xiii y xiv. Cabe hacer notar, sin embargo, que en 1992 el gobierno peronista argentino aceptó la donación de los documentos de Colombres Mármol realizada por su hijo Eduardo Lástenes Colombres Mármol, lo que según expresa el historiador Jorge G. Paredes M. (“El affaire Colombres Mármol... cit., p. 16) “no se condice con la seriedad de las conclusiones a las cuales llegaron las investigaciones llevadas a cabo, tanto en Argentina como en Venezuela que en verdad cerraron este capítulo de la superchería documental producida y/o utilizada por Colombres Mármol en la década del 40 del siglo XX”.

³² Jorge G. Paredes M., *Ibid.* pp. 11 y 12.

protocolo. El tono y el estilo son demasiado modernos para alguien tan tradicional y conservador como San Martín. Eso salta a la vista.³³ Pero la sucesión de imprecisiones y errores pormenorizadamente puestos de relieve por don Vicente Lecuna y la Academia Nacional de la Historia venezolana con argumentos irrefutables son los que desmontan el entramado Lafond-Colombes.

Ningún sentimiento patriótico puede excusar tergiversar la historia. El eco de lo que fue, que nos llega en fragmentos y deconstruido, no puede ser aprovechado para manipular o mentir. Si queremos comprender quiénes somos como continente, de dónde venimos como naciones, debemos aceptar la tortuosa -y a veces poco gentil- realidad. Entender los hechos como sucedieron, nos da luces para comprender la complejidad que vivimos. Al modificar arbitrariamente los hechos pasados, estaríamos también afectando y agrediendo la visión que tenemos sobre nosotros mismos hoy.

Estos documentos apócrifos demeritan la gloria de San Martín en lugar de elevarla. Quienes intentaron presentarlo de esa manera no supieron el daño que le harían a su memoria.

Nadie cuestionaría jamás las convicciones independentistas del gran héroe sureño, su sacrificio y devoción a la causa. Pero es un hecho incontestable que San Martín está muy disminuido en su ánimo, de allí que, tras ese encuentro, se retirara con pundonor y gallardía de la lucha. Ahora todo estaba en las manos, la mente, el corazón y la espada de Simón Bolívar.

V. LA ENTREVISTA DE GUAYAQUIL SEGÚN BOLÍVAR

“Compatriotas, las armas os darán la independencia, las leyes os darán la libertad.”

Simón Bolívar

El 29 de julio de 1822, apenas dos días después de la partida de San Martín, el Libertador le manda a Santander una carta privada y, por

³³ Así lo sostienen, entre otros, los historiadores Antonio Jorge Pérez Amuchástegui autor del libro “San Martín y sus enigmas” y José Miguel Irarrázabal Larrain en su trabajo “La carta de Lafond y la perspectiva historiográfica”, ambos citados por Jorge G. Paredes M. “La controversial misiva de San Martín a Bolívar... cit., pp. 9-14.

ende, más libre y menos formal, de lo tratado por ambos en la entrevista. El tono es diáfano, honesto y sincero en el ánimo de comunicar lo que aconteció. No hay trucos ni dobles intenciones. Habla con el carácter de quien quiere contar genuinamente lo sucedido, con la confianza y la certeza de que sus palabras son verdaderas.

En estos párrafos trataremos de comprender esa comunicación hecha apenas pocos días de transcurrido el encuentro. Es la más cercana información que tenemos al evento. Las demás suceden muy posteriormente a la entrevista. En esta carta a Santander, Bolívar aún tiene el eco de las palabras de San Martín en la mente. Traslada a Bogotá el espíritu real, no decantado, de esa reunión. Esta percepción es, por tanto, valiosa para entender lo que verdaderamente ocurrió.

Antes de ayer por la noche partió de aquí el general San Martín, después de una visita de treinta y seis o cuarenta horas; se puede llamar visita propiamente, porque no hemos hecho más que abrazarnos, conversar y despedirnos. Yo creo que él ha venido por asegurarse de nuestra amistad, para apoyarse con ella con respecto a sus enemigos internos y externos. Lleva 1.800 colombianos en su auxilio, fuera de haber recibido la baja de sus cuerpos por segunda vez, lo que nos ha costado más de 600 hombres: así recibirá el Perú 3.000 hombres de refuerzo, por lo menos.³⁴

En este primer párrafo de la carta se revelan muchas cosas de valor histórico. Primero, que los encuentros fueron poco estructurados. Se trató más bien un asunto de cortesía y relaciones. No fueron sesiones de trabajo propiamente dichas, aunque se decidieran asuntos capitales. Después se revela que la actitud de San Martín tenía mucho que ver con su realidad política local, y quería leer y entender la postura de Bolívar y Colombia con respecto a él. Finalmente se aclara que Colombia y Bolívar sí ayudaron al Protector, quizás no como esperaba, pero se le presta un auxilio respetable.

...el Protector me ha ofrecido su eterna amistad hacia Colombia; intervenir en favor del arreglo de límites; no mezclarse en los negocios

³⁴ Simón Bolívar, Carta a Santander, 29 de julio de 1822, en *Cartas del Libertador*, Tomo III (1821-1823), segunda edición, Banco de Venezuela/Fundación Vicente Lecuna, Caracas, 1965, p. 262.

de Guayaquil; una federación completa y absoluta, aunque no sea más que con Colombia, debiendo ser la residencia del congreso Guayaquil; ha convenido en mandar un diputado por el Perú a tratar, de mancomún con nosotros, los negocios de España con sus enviados; también ha recomendado a Mosquera a Chile y Buenos Aires, para que admitan la federación.³⁵

Lo hablado acerca de la federación (idea que más bien parece referirse al concepto de confederación) pareciera haber sido solo una charla exploratoria. Por lo demás, nunca se concretó. Más relevante es la confesión de que San Martín dejaba Guayaquil sin ser partícipe de su destino. Eso es un dato que contraviene lo que el Protector había venido sosteniendo en sus comunicaciones oficiales. ¿Por qué el cambio?, ¿qué llevó a San Martín a claudicar Guayaquil?

...en fin, él desea que todo marche bajo el aspecto de la unión, porque conoce que no puede haber paz y tranquilidad sin ella. Dice que no quiere ser rey, pero que tampoco quiere la democracia y sí el que venga un príncipe de Europa a reinar en el Perú. Esto último yo creo que es proforma. Dice que se retirará a Mendoza, porque está cansado del mando y de sufrir a sus enemigos.³⁶

En estas líneas, el Libertador resume con palabras precisas el encuentro con San Martín. Con ellas además da un juicio de valor, una percepción personal de la posición del Protector sobre la forma de gobierno para el Perú. No cree que su demanda de monarquía sea un plan establecido o un objetivo trazado. En realidad, al usar el término latino “proforma” la considera una simple formalidad, algo que el Protector no desea con especial ahínco. Todo indica que San Martín es un héroe cansado, con la decisión de retiro ya tomada.

No me ha dicho que trajese proyecto alguno, ni ha exigido nada de Colombia, pues las tropas que lleva estaban preparadas para el caso Solo me ha empeñado mucho en el negocio de canje de guarniciones; y, por su parte, no hay género de amistad ni de oferta que no me

³⁵ *Ibid.* pp. 262-263

³⁶ *Ibid.* p. 263

haya hecho. Su carácter me ha parecido muy militar y parece activo, pronto y no lerdo. Tiene ideas correctas de las que a Vd. le gustan, pero no me parece bastante delicado en los géneros de sublime que hay en las ideas y en las empresas.³⁷

Aquí Bolívar aclara directamente que no hubo una solicitud formal de tropas pues San Martín se centraba en el retorno de sus propios hombres prestados a Colombia y Sucre. Visto así, esta devolución debería haber satisfecho al Protector. No hay bases para ver allí, como lo hacen algunos, una suerte de “abandono” que le hace Bolívar a San Martín en Guayaquil. Más bien podría ser indicativo de la irreversible decisión del Protector de renunciar a su cargo, cosa que hace en septiembre de ese mismo año de 1822, y retirarse a Mendoza.

También se asegura que San Martín le habría dicho a sus lugartenientes y edecanes que Bolívar fue el vencedor de la reunión.

... pero Bolívar “le ganó de mano”, según él mismo lo declaró después.³⁸

Ahora bien, si en el espíritu de San Martín había esa sensación de derrota, es dable suponer que con el tiempo todos sus recuerdos fueran amargos. Sin embargo, en su carta a Santander, Bolívar sigue siendo honesto, diáfano y directo. No hay signos de animosidad ni rivalidad.

... hemos logrado en estos días uniformar la opinión, a lo que no ha dejado de contribuir también la venida de San Martín, que ha tratado a los independientes con el mayor desdén. Esto es lo que se llama saber sacar partido de todo. No es para mí este elogio, sino para el que sabe lisonjear a tiempo, aunque sea al cuerdo. La “Prueba” y la “Venganza” no estarían hoy en el Perú, sin la política de

³⁷ *Ídem.*

³⁸ Bartolomé Mitre, *Historia de San Martín y de la Emancipación Suramericana*, Tomo III, Félix Lajoune Editor, Buenos Aires, 1889, p. 619. Disponible en https://books.google.co.ve/books?id=8DsTAAAYAAJ&pg=PA619&dq=pero+Bol%C3%ADvar+le+gan%C3%B3+de+mano,+seg%C3%BAn+%C3%A9l+mismo+lo+declar%C3%B3+despu%C3%A9s&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewjVt_Sg2I_5AhWgZzABHQFCCygQuwV6BAgGEAc#v=onepage&q=pero%20Bol%C3%ADvar%20le%20gan%C3%B3%20de%20mano%2C%20seg%C3%BAn%20%C3%A9l%20mismo%20lo%20declar%C3%B3%20despu%C3%A9s&f=false

San Martín: pero ya no hay más que esperar de estos bobos y ahora le echa la culpa a ellos.³⁹

Esta cita tan cruda y descarnada solo habla del tono confidente de la misiva. De allí que asumamos su absoluta honestidad. No es una comunicación oficial. Más bien es una carta que refleja el sentimiento del remitente. Bolívar razona y reconoce la ingenuidad de San Martín, poco experimentado con las tácticas del juego político. También el Libertador hace una dura y despiadada consideración de esa aristocrática sociedad limeña aún enamorada de la corona española, que no quiere perder sus privilegios de casta, sus rangos y sus prebendas. Bolívar se expresa entendiendo el tema del Perú como sociedad, como pueblo con derecho a su independencia. El Libertador profundamente republicano desprecia a la vieja institución de la realeza. San Martín, en cambio, sigue apegado a ella. De allí la distancia entre ambos.

Gracias a Dios, mi querido General, que he logrado con mucha fortuna y gloria cosas bien importantes: primera, la libertad del Sur; segunda, la incorporación a Colombia de Guayaquil, Quito y las otras provincias; tercera, la amistad de San Martín y del Perú para Colombia; y cuarta, salir del ejército aliado que va a darnos en el Perú gloria y gratitud, por aquella parte. Todos quedan agradecidos, porque a todos he servido, y todos nos respetan, porque a nadie he cedido. Los españoles mismos ven llenos de respeto y de reconocimiento al Gobierno de Colombia. Ya no me falta más, mi querido amigo, si no es poner a salvo el tesoro de mi prosperidad, escondiéndolo en un retiro profundo, para que nadie me lo pueda robar: quiero decir que ya no me falta más que retirarme y morir. Por Dios, que no quiero más: es por la primera vez que no tengo nada que desear y que estoy contento con la fortuna.⁴⁰

Este párrafo final, lleno de una exagerada satisfacción, solo prueba el ánimo de Bolívar al salir de la reunión de Guayaquil. Colombia, sus tropas, su liderazgo, su proyecto, se expanden por fuerza natural hacia

³⁹ Simón Bolívar, Carta a Santander, 29 de julio de 1822, en *Cartas del Libertador...* cit., pp. 263-264.

⁴⁰ *Ibid.* p. 264.

el sur. Es Perú el nuevo destino. El Libertador lo acomete con el entusiasmo y la plenitud que signan estas palabras. La historia le deparará giros complicados y duros, pero eso es parte de otra trama y no de lo que significó la Entrevista de Guayaquil como punto de inflexión en la liberación de América.

El mismo día, 29 de julio de 1822, el Libertador envió una comunicación a Sucre, que firmó uno de sus secretarios, José Gabriel Pérez. Allí, entre muchos puntos, revela que el Protector diría sí a todo lo que Colombia pidiera.⁴¹

También en la misma fecha, y firmado de nuevo por Pérez, Bolívar envió al Secretario de Relaciones Exteriores de Colombia una relación muy pormenorizada y contundente sobre lo tratado en Guayaquil con San Martín⁴². Pero más que una comunicación informando sobre lo ocurrido, se puede entender como un sagaz planteamiento de la visión del Libertador para que en Colombia no cuestionaran las decisiones que él tomaría con respecto al Perú.⁴³ Bolívar era un animal político perfecto, diestro, hábil y dotado de un gran olfato para anticiparse a los acontecimientos por venir. No por nada logró lo que nadie más en el continente.

VI. COMO COLOFÓN

“El arte de vencer se aprende en las derrotas”.
Simón Bolívar

Guayaquil tiene una relevancia superior para la independencia del sur continental. Bolívar era un caudillo con una gran vocación de poder. Además de su inmensa fuerza arrolladora, poseía un gran afán por organizar, política y civilmente, las Repúblicas que iba liberando con su espada. Perú sería definido por la mente del Libertador.

Pero más profundamente, ocurría en Suramérica un reacomodo ideológico que tendría consecuencias futuras. Al imponerse la mirada

⁴¹ El texto de esta carta puede consultarse en *Cartas del Libertador*; Tomo III ... cit., pp. 259-262.

⁴² Esta carta se transcribe íntegramente en *Cartas del Libertador*; Tomo III ... cit. pp. 254-259.

⁴³ Para mayores detalles, véase Alfonso Rumazo González, ob.cit., pp. 168-171.

del Libertador, el paradigma era la república y no la monarquía ni la nobleza. Aunque para Venezuela este cambio fuese menor pues al ser Capitanía General nunca compartimos el deslumbramiento de la nobleza, para los Virreinos del sur constituyó un duro golpe. Las sociedades de Lima e incluso de Bogotá acusaron el golpe de la igualdad y no claudicaron fácilmente. Cuando los modelos se afectan, las fuerzas contrarias reaccionan.

La Entrevista de Guayaquil posee la belleza de esa mirada romántica sobre la identidad, sobre lo que fuimos, lo que somos y lo que debemos ser. No se trata de ese reduccionismo de quién ganó, sino sobre la lectura de qué vamos siendo como continente.

Bolívar es una suerte de Juana de Arco equinoccial. Lo logra todo para luego perecer entre las llamas del desprecio popular. Es quizás por eso que exista en el continente un sentimiento de culpa. De no haberlo en vida honrado lo suficiente. De no haber ponderado sus ideas. Eso atávicamente nos acompaña.

La Entrevista de Guayaquil seguirá estando entre sombras y luces. Nunca sabremos realmente lo que hablaron. La intensidad, la fogosidad de las conversaciones. Lo que se dijeron. Pero tampoco hace falta volvernos arqueólogos. Basta comprender el resultado de esas conversaciones para celebrar que este continente tiene vocación de grandeza por los grandes que nos inventaron.

A doscientos años del hecho, somos apenas niños tratando de honrar y hacer plausible ese sueño de independencia. Aún, doscientos años después, seguimos intentándolo.

Caracas, a los doscientos años de la Entrevista de Guayaquil.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS A LOS CUARENTA AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

DR. RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. Introducción. 2. El acto administrativo previsto en la LOPA. 2.1 Definición del acto administrativo en la LOPA (artículo 7 LOPA). 2.2 Carácter sublegal del acto y la actividad administrativa (artículo 10 LOPA). 2.3 Ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos (artículos 8, 79 y 80 LOPA). 2.4 Jerarquía de los actos administrativos en la LOPA (artículos 13 y 14 LOPA). 2.4.1 Decretos (artículo 15 LOPA). 2.4.2 Resoluciones (artículo 16 LOPA). 2.4.3 Órdenes y Providencias (artículo 17 LOPA). 2.4.4 Otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas. 2.5 Clasificación del acto administrativo en la LOPA. 2.5.1 Actos discrecionales y actos reglados (artículo 12 LOPA). 2.5.2 Actos definitivos, de trámite y de ejecución (artículos 62 y 9 LOPA). 2.6 Elementos del acto administrativo (artículo 18 LOPA). 2.7 Silencio administrativo (artículo 4 LOPA). 2.8 Nulidades del acto administrativo (artículos 19, 20 y 21 LOPA). 3. Derechos y principios consagrados en la LOPA. 3.1 Derechos de los administrados en la LOPA. 3.1.1 El derecho de petición como garantía protegida por el procedimiento administrativo (artículo 2 LOPA). 3.1.2 Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable

* Doctor en Derecho. Profesor titular en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

(artículos 4, 5 y 6 LOPA). 3.1.3 Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas (artículos 9 y 18.5 LOPA). 3.1.4 Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente (artículo 49 de la Constitución y 48 de la LOPA). 3.1.5 Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas (artículo 59 de la LOPA). 3.1.6 Derecho a la tutela administrativa efectiva (artículos 49 y 143 de la Constitución, 73 de la LOPA y 5 de la LOAP). 3.2 Principios del procedimiento administrativo. 3.2.1 Principio de confianza legítima (artículo 11 LOPA). 3.2.2 Principio de proporcionalidad (artículos 12 de la LOPA y 10 de la LOAP). 3.2.3 El principio de la economía procedimental (artículo 30 LOPA). 3.2.4 Principio de unidad y uniformidad del expediente administrativo (artículos 31-34 LOPA). 3.2.5 El principio de racionalización de la actividad administrativa (artículo 32 LOPA). 3.2.6 Principio de publicidad de la estructura y funcionamiento orgánico (artículo 33 LOPA). 3.2.7 Principio de imparcialidad e independencia (artículos 145 de la Constitución y 36 al 40 de la LOPA). 3.2.8 El principio "*in dubio pro actione*", el informalismo del procedimiento administrativo (artículos 45, 50, 77 y 86 LOPA). 3.2.9 Principio contradictorio del procedimiento administrativo (artículos 48, 67 y 73 LOPA). 3.2.10 El principio inquisitivo (artículos 53 y 54 LOPA). 3.2.11 Principio de la libertad de prueba (artículo 58 LOPA). 3.2.12 El principio de la publicidad en el procedimiento administrativo (artículo 59 LOPA). 4. El procedimiento administrativo previsto en la LOPA. 4.1 El procedimiento administrativo como institución jurídica. 4.2 Procedimiento formativo o de primer grado. 4.2.1. El procedimiento ordinario. 4.2.2 El procedimiento sumario. 4.3 Procedimiento de impugnación o de segundo grado. 4.3.1 Revisión de oficio. 4.3.1.1 Convalidación y corrección de errores. 4.3.1.2 Reconocimiento de nulidad absoluta. 4.3.1.3. Revocación de oficio. 4.3.2 Recursos administrativos. 4.3.2.1 Actos recurribles. 4.3.2.2 Legitimación activa. 4.3.2.3 Forma de la solicitud (Art. 86). 4.3.2.4 Efectos no suspensivos de la interposición del recurso (artículo 87). 4.3.2.5 Resolución del recurso. 4.3.2.6 Carácter previo de la vía administrativa. 4.3.2.7 Tipos de recursos administrativos. a) Recurso de reconsideración. b) Recurso jerárquico. c) Recurso de revisión. e) Recurso de queja. 5. Consideración final. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Me complace mucho que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales haya decidido dedicar el Boletín número 169, correspondiente al período julio-septiembre de 2022, a rendir homenaje al académico profesor Henrique Iribarren Monteverde, quien falleció el pasado 2 de mayo de 2022, a los sesenta y dos años de vida, produciendo una enorme tristeza a sus familiares y a muchísimos amigos y alumnos y ex alumnos.

En julio del 2022 Henrique Iribarren Monteverde, con quien tuve el privilegio de estudiar en la Universidad Católica Andrés Bello, habría cumplido cuarenta años de ejercicio profesional y de intensa y brillante actividad académica. También la publicación de este merecido Boletín en su homenaje ocurre cuando se han cumplido, en enero de 2022, cuarenta años de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que en 108 artículos, divididos en siete títulos, comenzó a regular -por primera vez en Venezuela- el acto administrativo, sus elementos y régimen de nulidades; los principios del procedimiento administrativo; el procedimiento general y especial de formación del acto administrativo; el régimen de impugnación y revisión de las decisiones de la administración, sus efectos y consecuencias.

En enero de 1983 coincidimos Henrique Iribarren y yo en las Jornadas de Barquisimeto Domínguez Escobar, dedicadas por primera vez al Contencioso-Administrativo y coordinadas por nuestro Maestro el Dr. Luis Henrique Farías Mata. Eran tiempos en los que la jurisprudencia tenía un valor fundamental desde que a partir de la Constitución de 1961 y a falta de una ley formal que regulara y desarrollara el contencioso administrativo, a través de la jurisprudencia se fue construyendo este método de control del ejercicio del poder.

El 1° de enero de 1977, entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, redactada bajo la coordinación del Magistrado Martín Pérez Guevara y cuyas disposiciones referidas al contencioso fueron influenciadas por el Maestro Farías Mata. Esta ley significó una contribución enorme a la justicia administrativa en Venezuela.

Como señalamos previamente la LOPA entró en vigencia en enero de 1982, de modo que las Jornadas Domínguez Escobar tenían una importancia fundamental que era la de comprobar en la jurisprudencia la aplicación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Diez años después, en 1993, volvimos juntos, nuestro homenajeado y yo, de nuevo a estudiar los avances del contencioso administrativo y de la aplicación de la LOPA; luego a los veinte años, en 2003; y también a los 30 años, en el 2013, siempre con Farías Mata cerca, pero esta vez a estudiar la involución de esta jurisdicción administrativa, encargada de controlar la legalidad del ejercicio del poder, en cuanto a la aplicación de la LOPA y otras normas administrativas.

De modo que para sumarme a este homenaje a Henrique Iribarren Monteverde voy a referirme a una materia que nos fue común durante estos cuarenta años en muchos aspectos y por ello voy a realizar algunas “Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) a los cuarenta años de su entrada en vigencia”.

Tomás Polanco Alcántara señaló que antes de la LOPA apenas existían algunos procedimientos en materia fiscal, de minas y de alguna que otra cosa; pero en términos generales -y en ese sentido manifestaba las dificultades que significaba para la Administración Pública el carecer de normas de procedimiento, Polanco Alcántara decía que, en la década de los cincuenta del pasado siglo XX, “Parecía una fantasía, hablar de Procedimientos Administrativos en las circunstancias de evolución en que se encontraba la Administración Pública”, y que poca preocupación presentaba la existencia de un sistema de procedimientos administrativos en “(...) aquellos que, en alguna forma tenían en sus manos la misión de manejar el Estado y de conducir la Administración Pública”. Sin embargo, más adelante, luego del golpe de Estado del año 1958, con el desarrollo de los estudios de derecho administrativo en Venezuela y la creación de la Comisión de Administración Pública, a cargo del Dr. Benito Raúl Lozada, se planteó la necesidad de estudiar

y presentar proyectos acerca de lo que había que hacer en el país y “fue entonces cuando nació el primer borrador del Proyecto Ley de Procedimientos Administrativos”¹ en el año 1963.

Ese proyecto no tuvo trascendencia. Luego de su presentación en las Cámaras del Senado fue olvidado, “no hubo ninguna manera de involucrar a la opinión pública para que se interesara en esa clase de regulaciones”, preocupaban otros temas de orden político, lo que hacía que los de carácter técnico “pasaran quizás a un segundo plano”. Afortunadamente, decía el Dr. Tomás Polanco, la preocupación de la doctrina administrativa por los procedimientos administrativos no pereció y a través de los distintos proyectos fue mantenida viva hasta que finalmente fue sancionada y publicada la LOPA en el año 1981.

Brewer-Carías indica que la sanción de la LOPA fue la culminación de un largo proceso de elaboración que se desarrolló durante dieciocho años, desde que se redactó el primer proyecto sobre la materia, “y vino a configurarse, sin duda, en uno de los aportes más importantes que las Cámaras Legislativas han hecho a nuestro Derecho Administrativo”².

Antes de la LOPA, la actividad administrativa se regía por principios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia inspirados fundamentalmente en jurisprudencia y doctrina extranjera.³ En 1976 se dictó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), que entró en vigencia el 1º de enero de 1977, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución de 1961 sobre la jurisdicción contencioso administrativa y que fue redactada bajo la coordinación del Magistrado Martín Pérez Guevara, y cuyas disposiciones referidas al contencioso fueron influenciadas por el Maestro Luis Henrique Farías Mata.

¹ Tomás Polanco Alcántara, “El Impacto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre la Administración Pública”. En *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1980-1981*, Vol. IV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983. pp. 42 y 43. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/ADPCA-04.pdf>

² Allan Brewer-Carías, Presentación en *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1980-1981*, ob. cit. p. 9.

³ Gustavo Urdaneta Troconis, “Avances jurisprudenciales sobre los motivos de impugnación en el contencioso-administrativo venezolano”, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 13-14.

La LOCSJ organizó a la jurisdicción contencioso administrativa y, además, reguló los procesos para sustanciar y decidir, en primera y segunda instancia, los recursos destinados a controlar la legalidad de los actos administrativos, tanto de efectos generales, según los artículos 112 al 120, como de efectos individuales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 121 al 129; y que conferían al juez poderes, no sólo de dictar el fallo definitivo para restablecer las situaciones jurídicas infringidas (artículo 131), sino también de conceder las medidas cautelares (artículo 136) necesarias para evitar daños irreparables y garantizar la efectividad del fallo definitivo.

Con la entrada en vigencia de la LOPA se produjo un gran desarrollo en el contencioso administrativo en Venezuela. Para ese momento, los recién creados juzgados superiores con competencia en lo contencioso administrativo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia comenzaron a conocer de casos referidos a la aplicación de la LOPA y a producir novedosas interpretaciones en torno a su alcance e inteligencia.

Esa jurisprudencia comenzó a ser estudiada y comentada en clases, conferencias y foros. Recordemos las muy conocidas jornadas auspiciadas por el Colegio de Abogados del Estado Lara “J. M. Domínguez Escovar” correspondientes a los años 1983, 1993, 2003 y 2013 dedicadas a estudiar los “Avances jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela”.

Obviamente que estudiar la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos alude directamente a los temas de la LOPA, desde que la materia del recurso de nulidad es -precisamente- el examen del acto administrativo expreso o presunto o el silencio de la administración y la abstención.

Recordemos también las muy importantes Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” donde se estudiaron también el desarrollo jurisprudencial y sobre todo doctrinario relativo a la LOPA y al procedimiento administrativo⁴.

⁴ Véase por ejemplo las *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”* dedicadas a los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1997.

De modo que como ha señalado Brewer-Carías, la LOPA constituye “la piedra angular del bloque de la legalidad, al cual está sometida la administración”, y, por ende, una ley que aplicarían particularmente los jueces contencioso-administrativos, “ya que todo el proceso contencioso-administrativo, desde el punto de vista sustancial, tendrá que guiarse por lo que ella establece”⁵.

La importancia de la LOPA se desprende también de la muy importante consideración de que es una ley general que regula supletoriamente y de forma complementaria lo que no esté regulado en procedimientos administrativos especiales, de conformidad con el artículo 47 de la LOPA.

La LOPA no es sólo una ley de procedimiento; se refiere, además, a los principios y conceptos de la actuación administrativa; así como a los derechos y obligaciones de los administrados con relación a la administración y a los poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración Pública⁶.

Ahora bien, es necesario tener presente que han transcurrido cuarenta años desde que entró en vigencia la LOPA y desde entonces no sólo el régimen constitucional y legal ha cambiado en Venezuela y el mundo, sino también algunos conceptos fundamentales del derecho administrativo.

Tengamos en cuenta que para cualquier interpretación de la LOPA hoy debemos atender a la doctrina de la buena administración, que como derecho fundamental de los ciudadanos, está prevista en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷,

⁵ Allan Brewer-Carías, La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Contencioso Administrativo, en *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1980-1981*, ob. cit. p. 179.

⁶ Allan Brewer-Carías, “Régimen general del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981”. En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 11, Caracas, 2017. p. 24. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/Regimen-general-del-procedimiento-Ley-Org-Proc-Admin-1981-ARBC.pdf>

⁷ “Artículo 41 – Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, - el

aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo; y también está contenida en el ámbito iberoamericano, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública⁸, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas el 10 de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la Ciudad de Panamá en octubre de 2013.

La buena administración aparece en los mencionados instrumentos jurídicos supranacionales como un derecho fundamental, pero es también un principio que debe regir las actuaciones de la administración pública.

En Venezuela el artículo 141 de la Constitución prevé este derecho a la buena administración cuando señala que 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.

Ley Orgánica de la Administración Pública⁹ (LOAP), también contempla este derecho a la buena administración en el artículo 5 cuando establece que la administración pública está al servicio de las personas,

derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de 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.*

4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”*

⁸ “CAPÍTULO PRIMERO: FINALIDAD DE LA CARTA 1. La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.”

⁹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Extraordinaria número 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. Además dispone la norma que “*La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella.*”

La Ley de Simplificación de Trámites Administrativos¹⁰ (LSTA) también tienen variadas disposiciones que desarrollan ese derecho a una buena administración.

El derecho a una buena administración es consecuencia de la nueva formulación del derecho administrativo, que se presenta hoy como un derecho del poder para la libertad. El interés público -que antes servía para justificar las potestades y prerrogativas de la administración- es el fundamento hoy del pleno ejercicio y disfrute de los derechos y libertades. Para asegurar eso se precisa, en primer lugar, de una buena administración pública, que mediante el respeto de los derechos y principios que informan su actuación, elimine cualquier forma de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa, limite el poder y asegure el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos.

El derecho administrativo es entendido en el Estado moderno como garantía del ejercicio del poder desde la libertad y para la libertad. A lo largo del tiempo el concepto de derecho administrativo se ha ido desarrollando hasta entender que hoy en un Estado constitucional, democrático y social de derecho, la administración pública debe servir a los intereses generales de los administrados y que los poderes que tiene deben dirigirse a asegurar el completo ejercicio y disfrute de sus libertades y derechos.

El interés público que antes servía para justificar las potestades exorbitantes de la administración pública -ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad revocatoria y sancionadora, etc.- hoy aparece vinculado preferentemente a la promoción de los derechos fundamentales de las personas, frente, precisamente, al inmenso poder del Estado. El interés público ahora se enfoca fundamentalmente en asegurar el pleno y efectivo disfrute y goce de los derechos y libertades de los administrados. En el sistema democrático actual la justificación constitucional

¹⁰ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Gaceta Oficial número 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

de la existencia de la administración pública es que esta esté en plena y exclusiva disposición de los ciudadanos¹¹.

Ciertamente, el derecho administrativo se ha convertido en una herramienta fundamental para frenar la arbitrariedad en obsequio de la dignidad humana y proteger los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad “*como categoría de primer orden en la vida civilizada*”¹². Desde el respeto máximo al bloque de la legalidad -algo más que el principio de la legalidad- se endereza el derecho administrativo como un derecho del poder que se justifica solo si va dirigido a privilegiar y asegurar la libertad y los derechos. En definitiva, el derecho administrativo es un derecho que obliga a los órganos que ejercen el poder público a promover, proteger, facilitar, garantizar y asegurar los derechos y libertades.

De esta forma, el derecho administrativo para la libertad exige la presencia de una administración pública que haga posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que imposibilite su ejercicio íntegro¹³.

Otra consideración adicional respecto de la Constitución, es que el tema del agotamiento de la vía administrativa cambio radicalmente con la promulgación de la Constitución de 1999, que incluyó en la exposición de motivos una exhortación al legislador a eliminar el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa y establecer el carácter operativo de los recursos administrativo, lo cual fue acogido por la LOAP en su artículo 7, numeral 10, el cual dispone:

“Las personas en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos: (...) 10. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa,

¹¹ Jaime Rodríguez Arana, “Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad”, en *Revista de Derecho Administrativo*, número 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16333/16741>

¹² Armando Rodríguez García, “Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática”, en *Revista de Derecho Público* N° 117/2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009. P. 46.

¹³ Jaime Rodríguez Arana, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 16, 2012, pp. 247-274. Disponible en: <https://core.ac.uk/reader/61909988>

los recursos administrativos o judiciales que fueren precedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República”.

La LOPA debe tener presente igualmente las disposiciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que de varias maneras inciden en su interpretación.

Además de todo lo anterior, la jurisprudencia en estos cuarenta años ha interpretado el alcance e inteligencia de la esa ley. De modo que muchas de sus disposiciones han sido de alguna manera reformuladas.

2. EL ACTO ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA LOPA

2.1 Definición del acto administrativo en la LOPA

La LOPA fue la primera ley en Venezuela en definir qué debe entenderse por “acto administrativo”. El entonces novedoso artículo 7 de la LOPA estableció:

“Artículo 7º: Se entiende por acto administrativo o a los fines de esta ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública.”.

Esta definición acoge, en apariencia, el criterio orgánico del acto administrativo, es decir que para los efectos de la mencionada definición sólo son actos administrativos, aquellas decisiones emanadas de los órganos de la administración pública. Sin embargo, debe tenerse presente el criterio del profesor Luis Henrique Farías Mata cuando señaló que, en su opinión, aparecen en el artículo 7 de la LOPA las diferentes vías para concebir la noción de acto administrativo:

a) El criterio material, en la frase: “toda declaración de carácter general o particular”;

b) El orgánico, cuando atribuye aquella declaración a “los órganos de la Administración pública”, sea esta nacional, estatal o municipal. (artículo 1º);

c) El formal, acto de rango sublegal, cuando afirma que esa declaración ha de ser emitida de acuerdo con la ley -vale decir, en ejecución de la ley y no de norma de cualquier otro rango (escuela formal)- con especial sujeción a las formalidades procedimentales previstas.
(...)"

Ahora bien, a los fines de la LOPA, la definición de acto administrativo no es una definición universal. Los actos administrativos que puede regular la ley son aquellos que emanan de la Administración Pública. Pero además la definición legal es inconveniente. En efecto, la ley da una definición a sus propios fines, pero no a los fines de otros textos que se refieren a actos administrativos.

Entendemos que el "acto administrativo" es la manifestación de voluntad, juicio o conocimiento, de rango sub legal y de carácter unilateral dictada por los órganos de la Administración Pública, nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada, o por los órganos de las ramas legislativa o judicial del poder público cuando ejerzan funciones administrativas, o incluso por terceros cuando actúan en funciones administrativas, que tiene por finalidad producir efectos jurídicos referidos a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación general, o que tienda a declarar o informar determinada situación jurídico-administrativa.

Una noción general ha sido ensayada por la doctrina tanto nacional como extranjera, partiendo de los criterios orgánico y material. Así pues, téngase en cuenta por ejemplo el criterio formal esbozado por García de Enterría, quien definió el acto administrativo como la "declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad Administrativa distinta a la reglamentaria." ; y en la doctrina nacional por Eloy Lares Martínez, para quien los actos administrativos "Son las declaraciones de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de los órganos de la administración y que tengan por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales".

De otra parte, podemos encontrar criterios materiales que intentan definir el acto administrativo, entre ellos el concepto de Agustín

Gordillo: “Una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.” ; y en la doctrina nacional, la definición del profesor Allan Brewer Carías: “Es toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero, por los órganos del Poder Judicial, actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa.” .

Tengamos también presente la definición de acto administrativo de José Antonio García-Trevijano, para quien acto administrativo es la “declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa” .

De cualquier forma se sostiene que esta noción de acto administrativo debe ser entendida en un grado tal de amplitud, en interpretación del principio de la universalidad de control del contencioso administrativo, lo cual supone el sometimiento de la administración en todas sus actuaciones y de todos los órganos del Estado que ejercen funciones administrativas al control de los tribunales que conforman dicha jurisdicción, independientemente de la forma como se manifieste esa actuación, es decir, no existe acto administrativo que escape de la esfera de control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Así ha quedado reconocido expresamente en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en virtud del cual será objeto de control de la jurisdicción contencioso administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos administrativos que conforman la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general,

cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados .

Recordemos las palabras del Maestro Luis Enrique Farías Mata en las XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” cuando al hacer referencia a este tema señaló que la tendencia del sistema contencioso administrativo estaba orientada a la revisión de todos los actos administrativos dictados por cualquier poder del Estado y a la desaparición paulatina del catálogo de los llamados “actos excluidos”.

En la actualidad nadie duda que todos los actos administrativos expresos están sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa; sólo en ciertas ocasiones se discutía, como ocurría en materia laboral respecto de los actos dictados por la Inspectoría del Trabajo, a quién correspondía el ejercicio de esta jurisdicción, si al propio juez contencioso administrativo o al juez de la materia laboral.

Este problema, luego de numerosos fallos en un sentido y otro por parte de la Sala Político Administrativa fue definido mediante sentencia dictada por la Sala Constitucional en decisión N.º 955 de fecha 23 de septiembre de 2010 (Caso: Central La Pastora) en la cual se estableció la competencia de los tribunales laborales para conocer de las pretensiones procesales que se propongan con ocasión a actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo. Este criterio fue ratificado mediante sentencia N.º 579 de fecha 3 de mayo de 2011 (Caso: Distribuidora J.G., C.A.).

La noción de acto administrativo, sin duda, continúa siendo una de las partes medulares del derecho administrativo, ya que de su definición depende la identificación de la actividad administrativa unilateral frente a las otras actividades del Estado, el objeto de los recursos contencioso-administrativos de anulación contra los actos administrativos.

En este punto es necesario observar que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa también debe ser tenida en cuenta cuando se interpreta la LOPA, desde que ha reconocido expresamente en el artículo 8 que es objeto de control de la jurisdicción contencioso administrativa, la actividad administrativa desplegada por todos los entes u órganos administrativos, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, las actuaciones bilaterales, las vías de hecho, el silencio

administrativo, la prestación de servicios públicos, la omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados.

2.2 Carácter sub legal del acto y de la actividad administrativa

La LOPA ratifica, no podría haber sido de otra manera, el carácter sub legal de la actividad y acción administrativa. La actividad administrativa, dentro de las actividades del Estado, es una actividad que se desarrolla vinculada y sometida a la ley, por debajo de la ley, y que, por tanto, no puede invadir competencias que están reservadas constitucionalmente al legislador. Al respecto el artículo 10 de la LOPA dispone:

“Artículo 10. Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la ley.”.

Esta norma establece que ningún acto administrativo podría crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la ley. Esta disposición, por una parte, corrobora el carácter sublegal de la actividad administrativa, por tanto, reformula el principio de la reserva legal en estas materias. Sin embargo, la última parte del artículo debe destacarse cuando señala que la reserva legal existe, pero que la administración podría regular sobre esas materias “dentro de los límites determinados por Ley”, con lo cual se establece expresamente una práctica legislativa que hasta ahora venía aplicándose, y que deriva de que, con frecuencia, el legislador deja en manos de la administración el establecimiento por vía reglamentaria de algunas sanciones o la regulación concreta de algunas contribuciones.

2.3 Ejecutividad y Ejecutoriedad de los actos administrativos

El principio de ejecutividad lo recoge la LOPA en su artículo 8 cuando expresa que:

“Los actos administrativos que requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán de inmediato”.

Cuando la administración dicta un acto administrativo, declara por sí misma el derecho mediante esos actos unilaterales, que crean directamente derechos y obligaciones y tienen en sí mismos fuerza de títulos ejecutivos; de forma que una vez dictado el acto éste debe ser ejecutado. La ejecutividad de los actos administrativos, en definitiva, significa que estos al dictarse son ejecutables porque tienen, precisamente, ese carácter ejecutivo.

La ejecutividad de los actos administrativos es consecuencia directa de su presunción de legitimidad, de manera que los efectos de los mismos no se suspenden por el hecho de que contra ellos se intenten recursos contencioso-administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden firmes al concluir un procedimiento administrativo tienen carácter ejecutivo, es decir, son suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda de inmediato ejecutar los actos inmediatos para su cumplimiento.

Por lo que se refiere a la ejecutoriedad, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos recogió las más estrictas posturas sostenidas el siglo pasado en Alemania, Italia y España, al consagrar en su artículo 79 el sistema de ejecución administrativa:

“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”.

El procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos está previsto en el artículo 80 de la LOPA que dispone:

“Artículo 80. La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes: 1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado. 2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieran aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio

de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta”.

La ejecutoriedad del acto administrativo es un atributo del acto administrativo conforme al cual la administración y con sus propios medios puede hacer efectivo y de manera coactiva, mediante procedimientos administrativos de ejecución, el mandato a que se refiere el acto administrativo que incide en la esfera jurídica de los particulares que impone cargas tanto reales, como personales; de hacer, de dar o de abstenerse, sin que sea necesario solicitar la intervención de las autoridades judiciales para ello, salvo casos excepcionales en los que la ley exija la intervención de los tribunales.

2.4 Jerarquía de los actos administrativos en la LOPA

Respecto de la jerarquía de los actos administrativos, el artículo 13 de la LOPA dispone lo siguiente:

“Artículo 13. Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dicto la disposición general.”.

Conforme a la norma transcrita el acto administrativo no sólo debe estar sometido a la ley y ser de carácter sublegal, sino que, además, tiene que estar sometido a los otros actos administrativos de jerarquía superior. Es decir, los actos de los inferiores no pueden vulnerar lo establecido en los actos de los superiores, con lo cual se establece expresamente el principio de la jerarquía en la organización administrativa. Como consecuencia inmediata de este principio tenemos que el acto administrativo no puede violar lo establecido por otro de rango superior, por lo que se generaría una violación al principio de legalidad, el cual sería controlable por vía jurisdiccional.

Téngase también en cuenta el artículo 14 de la LOPA que señala que “Los actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas.”. En este orden se plantea la jerarquía de los actos en materia administrativa siendo a tales efectos necesario referirlo a la jerarquía de la organización que los dicta, y referidos esta clasificación a la Administración Nacional, teniendo en cuenta el carácter supletorio que se otorga en la ley para el caso de las administraciones estadales y municipales (artículo 1) , y porque así se desprende de la definición que de cada uno de estos actos hace la LOPA, como se expone a continuación:

2.4.1 Decretos (15 LOPA)

“Artículo 15. Los decretos son las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República y, en su caso, serán refrendados por aquel o aquellos Ministros a quienes corresponda la materia o por todos, cuando la decisión haya sido tomada en Consejo de Ministros. En el primer caso, el Presidente de la República, cuando a su juicio la importancia del asunto lo requiera, podrá ordenar que sea refrendado además, por otros ministros.”

2.4.2 Resoluciones (16 LOPA):

“Artículo 16. Las resoluciones son decisiones de carácter general o particular adoptadas por los ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la ley.

Las resoluciones deben ser suscritas por el ministro respectivo.

Cuando la materia de una resolución corresponda a más de un ministro, deberá ser suscrita por aquellos a quienes concierna el asunto”.

2.4.3 Órdenes y Providencias (17 LOPA)

“Artículo 17. Las decisiones de los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o resolución, conforme a los artículos anteriores, tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También, en su caso, podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares.”

2.4.4 Otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas

Se entiende de forma residual, es decir, todas aquellas decisiones de los órganos de la administración pública que no les corresponda la forma de decreto o resolución y que por su contenido no tendrán la denominación de orden o providencia.

Con ello queda claro que un decreto, por ser dictado por el Presidente de la República, se aplica con prioridad frente a resoluciones ministeriales y éstas se aplican con prioridad frente a las otras órdenes, providencias y decisiones, dictadas por órganos inferiores; en estos, la jerarquía de los actos se determina por la de los órganos que los dictan.

El ya nombrado artículo 13 de la LOPA establece adicionalmente la inderogabilidad singular de los reglamentos, conforme al cual los actos administrativos de efectos generales no pueden ser vulnerados o derogados por los actos administrativos de efectos particulares, “aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general”. Por ejemplo, si se dicta una resolución reglamentaria por un Ministro, no sólo este funcionario no puede vulnerarla con sus actos particulares, sino que el Presidente de la República tampoco puede vulnerar dicha disposición general, con un acto de efectos particulares. Se da preeminencia al carácter general de la norma y al principio de igualdad ante sus efectos al impedir que por acto particular la misma quede desaplicada a un caso concreto, aun cuando quien lo pretenda hacer sea un funcionario de jerarquía superior.

2.5 Clasificación del acto administrativo en la LOPA

Hay muchas clasificaciones doctrinarias de los actos administrativos, entre ellas las que distinguen entre actos administrativos simples y complejos; actos de trámite, actos definitivos y actos de ejecución; actos generales e individuales; actos reglados o discrecionales; actos unilaterales o bilaterales y plurilaterales; actos expresos o tácitos; actos de autoridad y actos de gestión; y según su contenido también han sido clasificados los actos administrativos en admisiones, concesiones, autorizaciones, aprobaciones, renunciaciones, actos punitivos, expropiatorios, órdenes y dispensas.

La LOPA se refiere a los actos administrativos reglados y discrecionales en el artículo 12 y distingue también entre los actos administrativos definitivos, de trámite y ejecutivos, según los artículos 63, 9 y 82 y 8, respectivamente.

2.5.1 Actos discrecionales y actos reglados (artículo 12 de la LOPA)

Los actos administrativos reglados son los que dicta la autoridad administrativa cumpliendo estrictamente los supuestos que la norma establece, sin dejar margen o libertad a la autoridad para decidir sobre su pronunciamiento, es decir, se rigen por una influencia mayor de lo predeterminado en la norma.

Por el contrario, para emitir los actos discrecionales la autoridad administrativa tiene un mayor o menor grado de libertad de apreciación pudiendo elegir entre varias soluciones posibles. Sin embargo, los actos administrativos no son completamente discrecionales o totalmente reglados; ningún acto administrativo pertenece exclusivamente a una de estas categorías, por lo que no es posible dividirlos en base a este criterio de clasificación de forma estricta.

Ya nos referimos antes a los actos discrecionales y los actos reglados, cuando señalamos que el artículo 12 de la LOPA establece:

“Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

En este punto nos referimos antes a la emblemática sentencia de la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 2 de noviembre de 1982, caso “Depositaria Judicial”, con ponencia del Magistrado Luis Enrique Farías Mata, que dejó claro que en los actos discrecionales es mayor la obligación que se exige para los actos reglados en la expresión de los motivos y que por tales -discrecionales- no escapan del control universal de la jurisdicción contencioso administrativa. En concreto, se señaló:

“En efecto, concebido esto como una unidad (regla y discrecionalidad al mismo tiempo) no hubo que distinguir de ahí en adelante: en todos (reglados y discrecionales y más en estos que en los primeros) han de expresarse los motivos que llevaron a la administración a configurarlos, y todos, en mayor o menor medida, han de ser revisables en jurisdicción contencioso-administrativa.”

Urdaneta Troconis ha comentado que con esta decisión la Corte Suprema de Justicia “se apartaba ya del esquema de clasificación tradicional de los vicios del acto administrativo, originado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se afiliaba a la más moderna tendencia que los clasifica relacionándolos con los respectivos elementos esenciales del acto”, y que en ese sentido, Luis Henrique Farías Mata fue pionero en la nueva concepción de la teoría de las nulidades del acto administrativo.

Sobre lo mismo, José Ignacio Hernández señaló: “Principio de legalidad y control contencioso administrativo son dos caras de la misma moneda: no puede existir el uno sin el otro. Por lo tanto, ninguno de los elementos de validez del acto administrativo queda excluido del principio de legalidad, ni siquiera, en aquellos actos dictados en ejercicio de la potestad discrecional. Con lo cual, la sentencia afirma –siguiendo al Derecho francés– que no existen actos puramente discrecionales ni actos puramente reglados, pues todo acto es resultado de potestades regladas y discrecionales, con lo cual, todo acto siempre queda sometido al principio de legalidad y al control judicial” .

José Antonio Muci Borjas destacó la trascendencia de esta decisión expresando que esta sentencia fue la primera en rechazar la clasificación de los actos administrativos en discrecionales y reglados, sobre la base de la libertad, “...máxima en el primero, mínima en el segundo...”, de la que supuestamente disponía la administración al momento de actuar dentro de la Ley; en efecto, para la sentencia “Depositaria Judicial” lo cierto era que todos los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales. A la vez recordó el profesor Muci Borjas que el fallo Depositaria Judicial sirvió para contradecir la tesis, defendida por la doctrina clásica, que identificaba el acto administrativo

reglado con el acto administrativo motivado, exaltando la necesidad de motivar -aún más- los actos discrecionales de la administración .

Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo también ayudó en la construcción del control de los actos discrecionales. En fallo del 30 de enero de 1997, caso “Sofimara”, se desechó la solicitud de inadmisibilidad del recurso planteada por Procompetencia quien alegó que sólo a ella correspondía pronunciarse sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, ya que el carácter discrecional del acto o la presencia de abundantes elementos discrecionales no daba lugar a la existencia de una categoría de actos excluidos del control judicial.

Más aún se calificó como absurdo pretender una discrecionalidad absoluta en actos de carácter limitativo de un área de las libertades individuales como es la actividad económica, y además de carácter sancionatorio y como potestad administrativa, por su naturaleza, esencialmente reglada.

Sobre el control judicial de la discrecionalidad Juan Carlos Casagne señala que “Desde el punto de vista del derecho, no hay nunca control de la oportunidad y del poder discrecional; desde el punto de vista del derecho que se hace, el juez se asegura el control de ciertos elementos de oportunidad y de poder discrecional formulando reglas de derecho que extienden la esfera de la competencia reglada y de la legalidad.”

2.5.2 Actos definitivos, de trámite y de ejecución

El acto administrativo definitivo es la decisión emitida por el órgano competente sobre el fondo o sustancia de la cuestión que le ha sido planteada y se emite como culminación del procedimiento administrativo, debiendo contener la voluntad esencial el órgano competente sobre el asunto ventilado, esto es, la concesión o negativa de los pedidos, el mandato, permiso o prohibición (Eloy Lares Martínez). Es el acto que produce el efecto jurídico perseguido en el procedimiento.

Por su parte, Enrique Sayagués Laso afirma que el acto definitivo es aquel que resulta después de agotada la vía administrativa, es decir, una vez resueltos los recursos administrativos interpuestos o cuando

se deja vencer el plazo para deducirlos, con el cual el acto principal se vuelve irrecurrible, definitivo.

El acto administrativo definitivo es el acto que ha causado estado, esto es, aquél que agota la vía administrativa y que se convierte en la expresión de la voluntad de la administración, razón por la cual se dice que es un acto firme en la vía administrativa .

El artículo 62 de la LOPA se refiere a los actos definitivos como aquel acto administrativo que decide el asunto y que resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación.

Ahora bien, para que pueda dictarse el acto definitivo es imprescindible que previamente se produzcan los actos preparatorios o de trámite, estos son, los que se dictan (como condición, muchas veces, de validez) para hacer posible el acto principal ulterior. Sin embargo, los mismos no deben confundirse con los actos complementarios, que se identifican con los que se requieren para darle eficacia al acto definitivo o principal .

Estos actos de trámite son igualmente mencionados en la LOPA en los artículos 9, 62 y 85 que disponen lo siguiente:

Artículo 9. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto.

Artículo 62. El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación.

Artículo 85. Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos.

Sobre los precitados artículos nos referiremos más adelante cuando hagamos referencia a los actos recurribles en vía administrativa.

Por último, la LOPA también se refiere a los actos ejecutivos, es decir, los dictados para dar cumplimiento definitivo al acto principal o definitivo, en el artículo 8 que dispone:

Artículo 8. Los actos administrativos que requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.

2.6 Elementos del acto administrativo

Suele decirse que los elementos del acto administrativos son, en primer lugar, el sujeto que lo dicta, es decir quién dicta el acto administrativo, lo que nos lleva al estudio de la competencia del órgano y del funcionario que lo dicta, así como del territorio y el tiempo; en segundo lugar, el objeto o contenido concreto del acto administrativo es otro de sus elementos; la causa o motivo por el cual se dicta el acto, por qué se dicta el acto administrativo; el fin del acto administrativo, o lo que es lo mismo, para qué se dicta el acto administrativo y las formalidades necesarias para emitirlos, esto es, cómo se dicta el acto administrativo.

La LOPA en su artículo 18 se refiere a estos elementos cuando señala que todo acto administrativo deberá contener:

“1. Nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto.

2. Nombre del órgano que emite el acto.

3. Lugar y fecha donde el acto es dictado.

4. Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido.

Estos cuatro numerales se refieren a la competencia del órgano y del funcionario que dicta el acto administrativo, así como al territorio y el tiempo. La competencia no se presume, debe estar expresamente establecida en el ordenamiento jurídico, pues es la ley que la que otorgan la función a los órganos de la administración. La competencia es una obligación inderogable e improrrogable salvo norma legal expresa, ya que es materia de orden público y se distribuye de acuerdo a la materia, el territorio, el grado y el tiempo.

La competencia en razón de la materia, se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puedan dictarlos.

En este sentido, la LOPA hace referencia de la competencia por la materia en los artículos 15 y 16 en el caso de los Ministros, es así como se refleja el principio legalmente establecido.

La competencia en razón del territorio comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función, es decir, la competencia está delimitada por un espacio legalmente establecido en el cual el órgano solo podrá desenvolverse dentro de ese límite establecido.

La competencia en razón del grado se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración. Ello se refiere a que los órganos solo podrán realizar las funciones legalmente establecidas y un órgano inferior no podrá tomar decisiones que le correspondan a un órgano superior, ni viceversa. Es así como el artículo 13 de la LOPA establece que un acto administrativo no podrá violar a uno superior, así como tampoco los de carácter particular sobre los de carácter general, y de esta forma protege el principio de jerarquía. Es claro que existe la excepción en los casos en que se haya producido delegación o avocación.

La competencia en razón del tiempo, se refiera a las determinadas facultades que tiene un órgano concedidas por un lapso de tiempo determinado. Por lo tanto, hay situaciones en las cuales se le otorga ciertas facultades a un órgano, para que sea capaz de realizarlas durante un tiempo establecido.

5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes.

Este numeral se refiere a los motivos por los cuales se dicta el acto administrativo. La motivación prevista en el artículo 9 de la LOPA, es precisamente la exteriorización de estos motivos. La motivación debe ir más allá de la explicación sucinta de los hechos, debe dirigirse a los fundamentos legales y a las razones que llevaron a producir el acto administrativo.

6. La decisión respectiva, si fuere el caso.

Aquí está regulado el objeto o contenido concreto del acto administrativo. El contenido no es más que la declaración de voluntad, juicio o conocimiento que es el acto. El objeto es el efecto práctico que con el acto administrativo se pretende. El objeto del acto debe ser lícito, posible, determinado o determinable.

Debe ser lícito, ello significa que no debe contrariar el ordenamiento jurídico y también debe ser de posible ejecución, es decir, debe ser susceptible de realizarse tanto en el campo físico, como jurídico. En muchos casos en los que se dicta un acto que cumpla con todos los requisitos, tanto esenciales como de forma, pero es de imposible ejecución, bien sea porque el particular al que va dirigido no existe (es el caso en que fallece) o bien el particular es un menor de edad, ello son ejemplo de alguno de esos casos. Igualmente su contenido debe ser determinable y concreto.

7. Nombre del funcionario o funcionarios que los suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia.

De nuevo alude este numeral a la competencia, esta vez a la competencia subjetiva. Esto quiere decir que el funcionario que dicte el acto debe haber sido legalmente designado, según la forma establecida para dicho cargo; debe reunir las condiciones constitucionales y legales para ocupar válidamente el cargo; y debe haber identidad entre la persona nombrada y el que ejerce las funciones, excepto en el caso de las suplencias.

8. El sello de la oficina.

El original del respectivo instrumento contendrá la firma autógrafa del o de los funcionarios que lo suscriban. En el caso de aquellos actos cuya frecuencia lo justifique, se podrá disponer mediante decreto, que la firma de los funcionarios sea estampada por medios mecánicos que ofrezcan garantías de seguridad.

Este numeral regula las formalidades que debe contener el acto administrativo. Los actos administrativos deben tener un conjunto de requisitos, modalidades y trámites que son los que permiten la elaboración del acto y así lograr el llamado proceso constitutivo. Es por ello que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula el principio del formalismo. Además, por forma se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa, para algunos es la exteriorización del acto administrativo.

Es importante señalar que el formalismo está hecho en favor del administrado, pues establece una serie de pautas con las que deberá

contar el acto administrativo, para que pueda ser identificado como tal y tenga plena validez, por cuanto las formalidades deben ser cumplidas en resguardo de la legalidad.

Otro elemento del acto administrativo que no está contenido en el artículo 18 de la LOPA es el fin del acto administrativo. Es el objetivo que se busca alcanzar o bien la necesidad que se busca satisfacer. Es siempre un interés público, o lo que se quiera significar con eso, bien el beneficio del colectivo o bien en ocasiones el beneficio de un cuerpo particular. Junto al fin público general hay un fin específico de la norma, uno propio de la función que se desarrolle a través del acto.

El fin perseguido por la autoridad al dictar un acto administrativo, debe corresponder al interés general también a aquellos interesados a los que específicamente cada decisión debe estar dirigida. Todo acto administrativo debe coincidir con el propósito o finalidad de la ley, pues las autoridades administrativas deberán estudiar en cada caso el espíritu o propósito de la ley, y así lograr el cometido legalmente establecido, pero ello no implica que la administración podrá interpretar más allá de lo que establezca la norma, pues debe atenderse al principio de legalidad. Además, no podrá utilizar una norma como base para lograr un cometido distinto al predeterminado por la misma, pues se estaría viciando al acto administrativo.

El fin del acto y el vicio que lo puede afectar, la desviación de poder fueron el primer intento de controlar el acto discrecional de lo cual permanece hoy como residuo la norma del artículo 12 de la LOPA, que exige que el acto discrecional se ajuste al fin de la norma.

2.7 El silencio administrativo

El artículo 4 de la LOPA consagró el “silencio administrativo”, como garantía de los administrados ante la falta de respuesta de la administración en los siguientes términos:

Artículo 4. En los casos en que un órgano de la administración pública no resuelve un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerara que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos,

ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputadas por la omisión o la demora.

Parágrafo único: La reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que estos se consideren resueltos negativamente como se dispone en este artículo, les acarreará amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de esta ley.

En particular, el artículo 4 de la LOPA consagró el silencio administrativo de efectos negativos como la posibilidad del administrado de acudir a la siguiente instancia administrativa competente o a los órganos de administración de justicia que también resulten competentes, para atacar la ficción que produce el silencio que, en ese supuesto, se configura como un acto administrativo denominado “tácito” por el que se entiende denegada la petición formulada por el administrado .

De esta norma pueden distinguirse tres supuestos diferentes de casos de silencio tácito denegatorio:

- El silencio respecto de la decisión de solicitudes o peticiones una vez transcurrido el lapso a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, en cuyo caso se entenderá que esta es negativa.
- El silencio tácito denegatorio también se produce por el transcurso del tiempo en los procedimientos que se inician de oficio. El transcurso del tiempo permitiría el ejercicio del recurso respectivo siempre que, por supuesto, el acto tácito negativo lesione intereses personales, legítimos y directos.
- En materia del ejercicio de recursos administrativos, en el sentido de que si no son resueltos por la administración en los plazos prescritos, se presume que la administración los ha declarado sin lugar, procediendo entonces, la posibilidad de ejercer, según sea el caso, el recurso administrativo subsiguiente o el recurso contencioso- administrativo.

En último lugar cabe destacar que, a pesar de haberse producido el acto denegatorio por silencio, e incluso, de haberse recurrido contra el acto tácito derivado del silencio, la administración no pierde poder para

decidir. Este principio de la decisión tácita se establece en beneficio de los particulares- administrados, como garantía de sus derechos de protección, por lo cual, el recurrir contra el acto tácito no es una carga impuesta a los interesados, los cuales en todo caso pueden esperar la decisión expresa.

Destacamos que antes del artículo 4 de la LOPA, ya la LOCSJ había consagrado en el artículo 134 esta figura del silencio administrativo al establecer lo siguiente:

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectúe. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.

El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esa Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días.

Como explicó Luis Enrique Farías Mata, mediante dicha disposición “se concede virtualidad jurídica al silencio de la administración cuando se interpone un recurso administrativo”, lo que “puso en manos del particular un valioso medio de defensa contra la inactividad de aquella en la resolución de un recurso de índole interna, haciendo así posible que se abrieran para los administrados las puertas del contencioso aun en caso de retardo doloso o de simple inercia del ente cuyo acto se recurre”. Sin embargo, no fue sino hasta la promulgación de la LOPA y el prenombrado artículo 4 que fue regulada legalmente la tesis del silencio administrativo respecto del silencio de la administración en la formación de un acto administrativo, es decir, la regulación del silencio dentro del procedimiento administrativo constitutivo del acto.

2.8. Nulidad del acto administrativo

La nulidad absoluta, como vicio de los actos administrativos, está establecida en la LOPA en el artículo 19, el cual establece:

“Artículo 19. Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

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

Además de los supuestos antes señalados, cabe destacar que la jurisprudencia nacional ha incluido dentro de las causas de nulidad absoluta los vicios de inexistencia o falso supuesto de hecho o de derecho y el vicio de desviación de poder, que, por su propia naturaleza, son invaldables e insubsanables.

En efecto, véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Farmacia Unicentro”, de fecha 31 de enero de 1990, por medio de la cual la Sala señaló que *“no son sólo los actos viciados de nulidad absoluta los que la administración está impedida de convalidar, pues ocurre también que ciertos vicios de nulidad relativa podrían no ser susceptibles de convalidación”*.

En efecto, además de los vicios a que se contrae el artículo 19 de la Ley, se presentan otros en donde la convalidación no es permisible. Ello puede decirse de la desviación de poder, vicio no incluido como de nulidad absoluta –de difícil constatación- en la enumeración del artículo 19 ejusdem¹⁴.

¹⁴ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 31 de enero de 1990, caso “Farmacia Unicentro”, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, ob. cit. pp. 113 y ss.

El artículo 83 ejusdem prevé que la administración puede reconocer la nulidad absoluta de oficio o a instancia de parte, es decir, la administración puede revocar los actos de nulidad absoluta. Por otra parte, la administración podrá acordar la suspensión de los efectos del acto cuando éste haya sido impugnado por vía administrativa alegando la nulidad absoluta, pues es cierto que antes afirmamos que los actos de nulidad absoluta no producen efectos, pero ello no basta con saberlo y no hacer nada con el acto viciado, debe solicitarse su impugnación y así evitar que la administración pretenda hacer cumplir el acto. Pues sería ilógico pensar que la administración dicta un acto a sabiendas que produciría la nulidad absoluta y no solicitar su ejecución.

Los actos administrativos nulos de nulidad absoluta no podrán ser convalidados, pues ello sucede solo en los actos anulables, tal como expresa el artículo 81 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este sentido, se reafirma el criterio de que los actos de nulidad absoluta se entienden como inexistentes por su falta de firmeza.

Con relación a la nulidad relativa, la establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de forma residual, es decir, todos los vicios que no llegaren a producir la nulidad absoluta, acarrearán la nulidad relativa, lo cual se traduce en la anulabilidad del acto, artículo 20 ejusdem.

Los actos administrativos que produzcan la nulidad relativa, es decir, que contenga cualquiera de los vicios exceptuando los del artículo 19, producirán efectos desde el momento en que son dictados, incluso frente a terceros, hasta tanto no sea revocado el acto administrativo y en caso de ser así, no tiene efecto retroactivo, es decir, la anulación es hacia el futuro y todo efecto que haya producido antes será plenamente válido.

Inclusive la impugnación del acto anulable en este caso no produce la suspensión de los efectos, solo cuando su ejecución pudiere causar un grave daño al interesado, así lo establece el artículo 87 de la LOPA. En este mismo sentido, los actos anulables son de obligatorio cumplimiento mientras no se haya declarado su nulidad por vía judicial.

La impugnación de los actos viciados de nulidad relativa tiene un lapso para recurrirlos y en caso de haber transcurrido el tiempo legalmente establecido, quedará como firme el acto.

Adicionalmente, téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 21, si el vicio de nulidad afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendrá plena validez.

Si bien este artículo 21 señala expresamente que el mismo se refiere a “*los supuestos del artículo precedente*”, es decir, al artículo 20 que regula los vicios de nulidad relativa -y no el 19 relativo a los de nulidad absoluta- en nuestra opinión, también la consecuencia del artículo 21 resulta aplicable al caso de la nulidad absoluta, siempre que fuere posible mantener con vida la parte del acto no afectada.

Este era el sentido de la norma en el proyecto de LOPA del año 1965-1971, inmediatamente anterior al que fue sancionado en el año 1981, pues en éste se encontraban en el mismo artículo (artículo 15) los vicios de nulidad relativa y los de nulidad absoluta (es decir se encontraban reunidos en uno solo artículo, lo que hoy en día son los artículos 19 y 20), quedando el siguiente artículo del proyecto (artículo 16) referido expresamente al “artículo anterior” y cubriendo por ende tanto los casos de nulidad relativa como los de nulidad absoluta¹⁵. De manera que fue sólo por el hecho de que la norma referida a los vicios de nulidad relativa y absoluta se dividió en dos disposiciones en la LOPA -artículos 19 y 20- y no quedó en uno solo como se proponía en el proyecto comentado, que el artículo 21 quedó refiriéndose sólo a los casos de

¹⁵ “Artículo 15. Los actos de la administración serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos: 1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal. 2. Cuando resuelva un asunto precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos a particulares. 3. Cuando su contenido sea de imposible ejecución o bien conduzca a la comisión de hechos delictivos; y 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Cualesquiera otros vicios de los actos administrativos, los harán anulables de acuerdo con el sistema de recursos consagrados por esta ley y por la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículo 16. Si cualquiera de los vicios señalados en el artículo precedente afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que puede ser independiente, continuará teniendo plena validez.” Véase Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos (1965 / 1971), en Allan Brewer-Carías, *El Procedimiento Administrativo en Venezuela. El Proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022. p. 38. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/06/BREWER-CARIAS.-La-LOPA-de-1981-y-el-Proyecto-de-Ley-de-1965.-junio-2022.port_.pdf

nulidad relativa pero no hay razón alguna para que esta misma solución pueda aplicarse a los casos de nulidad absoluta si quedan partes del acto no afectadas por dicha declaratoria, las cuales le permitan subsistir.

3. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSAGRADOS EN LA LOPA

La LOPA contempla una serie de principios y derechos que son concreción del derecho a la defensa que consagraba el artículo 68 de la Constitución de 1961 y que ahora son recogidos en el artículo 49 de la Constitución de 1999, con el objeto de garantizar los derechos e intereses de los administrados en sus relaciones con la Administración Pública o con cualquier otro órgano o ente del Estado, incluso frente a terceros, cuando ejercen funciones administrativas.

3.1. Derechos de los administrados en la LOPA

La LOPA consagra un conjunto de derechos para los administrados, tales como, el derecho de petición, establecido en el artículo 2; el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas, contenido en los artículos 9 y 18.5; el derecho a la tutela administrativa efectiva consagrado en el artículo 73; el derecho a una resolución administrativa en plazo razonable, a que se refieren los artículos 4, 5 y 6; el derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente establecido en el artículo 48; el derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas que se regula en el artículo 59.

3.1.1 El derecho de petición como garantía protegida por el procedimiento administrativo (artículo 2 LOPA)

El procedimiento administrativo legalmente regulado tiene por objeto garantizar tanto el derecho de peticionar ante la Administración Pública, como el de obtener de las autoridades administrativas la oportuna respuesta a dichas peticiones. La LOPA lo consagra en los siguientes términos:

“Artículo 2. Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.”

Posterior a la LOPA, la Constitución de 1999 consagró el derecho de petición en el artículo 51 de la forma siguiente:

“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, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.”

Ahora bien, la regulación del derecho de petición en la LOPA trae variadas consecuencias formales, entre ellas, las siguientes: tratándose de peticiones administrativas, la LOPA distingue las simples peticiones de información o consulta de las peticiones tendentes, por ejemplo, a lograr la decisión que cree o declare un derecho. En este último caso, la ley exige una legitimación concreta para poder introducir peticiones que se corresponde a los “interesados” (artículo 48), es decir, a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto (artículo 22).

Al regularse el derecho de petición, la LOPA prescribe cómo deben prepararse las peticiones en cuanto a los elementos formales que deben contener, referidos a la identificación del peticionante o solicitante, la precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivos de la petición (artículo 49).

Además, la LOPA establece regulaciones relativas a la recepción y registro de documentos (artículos 44, 45 y 46), a los efectos de dejar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones, imponiéndose de esta forma a los funcionarios la obligación de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones, al momento de decidir sobre las mismas y evitar así favoritismo.

El derecho de petición consagrado en la LOPA establece el derecho de los peticionantes de desistir de sus peticiones o de renunciar a

su derecho. En el mismo orden de ideas, las leyes regulan la extinción del procedimiento por perención, cuando éste se paraliza por un lapso (dos meses en la LOPA) por causas imputables al interesado, contado a partir de la notificación que le haga la administración de esa situación. Sin embargo, prescriben las leyes que no obstante el desistimiento o perención, la administración puede continuar la tramitación de procedimientos, si razones de interés público lo justifican (artículo 66).

De otra parte, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, la LOPA reafirma la obligación de la administración y de sus funcionarios de resolver rápida y oportunamente las peticiones, prescribiendo además plazos para las decisiones. Así por ejemplo la LOPA establece los lapsos según los tipos de procedimiento: Si se trata de procedimiento ordinario simple, que no requiere sustanciación, la administración está obligada a decidir las peticiones en un lapso de 20 días; en cambio, si el procedimiento requiere sustanciación, la LOPA establece un lapso de 4 meses para la decisión, con posibilidad de prórroga de 2 meses (artículos 3, 5 y 60).

El irrespeto al derecho constitucional y legal de petición derivará en la declaración de la responsabilidad de los funcionarios públicos por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, de conformidad con los artículos 100 y 101 de la LOPA.

Otro aspecto de gran interés en relación a la LOPA es la determinación del concepto de particular o de administrado interesado. Para comenzar conviene indicar que la ley ha regulado el derecho de petición partiendo de “la persona interesada”. Ya se explicó previamente que el artículo 22 de la LOPA hace una remisión a los artículos 112 y 121 de la LOCSJ, vigente para entonces. Ambos artículos se referían, respectivamente, a la condición de interesados frente a los actos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares, en los siguientes términos:

“Artículo 112: Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o interés por Ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanando de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo,

ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.”.

“Artículo 121: La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general.”.

En el precitado caso, para tener la cualidad de interesado, el interés es mucho más particular, es un interés individualizado, concreto, personal, legítimo y directo.

Ahora bien, más adelante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia vendría a aclarar en la sentencia del 03 de octubre de 1985, caso “Iván Pulido Mora”, con ponencia del magistrado Luis Henrique Farías Mata, que en lo que respecta al artículo 121 de la LOCSJ, específicamente a la legitimación activa, los principales legitimados son aquellos titulares de derechos subjetivos administrativos. Así, dispuso la Corte que:

“Habida cuenta de que sobre carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo son admitidos a recurrir en vía contencioso-administrativa: de una parte, los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo y hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. 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 derecho 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. (...) Se trata sin embargo, todavía, de un sistema de recursos “subjetivo”, pues se protege la integridad de la norma solo en función de las situaciones jurídicas subjetivas finalmente alteradas”*¹⁶

De conformidad con la referida interpretación jurisprudencial, el primer legitimado para introducir peticiones a la administración tendentes a lograr la decisión que cree o declare un derecho, son los administrados titulares de un derecho subjetivo. Véase claramente al respecto la garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 26 y 259 de la Constitución, conforme a los cuales:

“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 repeticiones inútiles.”

“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”.

De manera que no queda duda alguna que incluso antes de quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto, los sujetos que tengan un derecho subjetivo tutelable por la administración serán

¹⁶ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de octubre de 1985, caso “Iván Pulido Mora”, Cit. en Iribarren Monteverde, Henríquez, ob. cit. P.10.

los primeros legitimados para solicitar a esta su decisión así como para instar a la jurisdicción contencioso-administrativa para la tutela de sus derechos.

La condición de interesados la tienen igualmente aquellas personas que sin haber sido iniciadores del procedimiento tengan, no obstante, las condiciones de titularidad antes señaladas. Ello le da derecho a apersonarse en el procedimiento en cualquier estado en que se encuentre la tramitación, así lo dispone el artículo 23 de la LOPA.

Otro aspecto relevante del tema en comento es el relativo a la capacidad jurídica de los administrados en sus relaciones con la Administración Pública. El artículo 24 establece que la misma será la pauta con carácter general en el Código Civil, “salvo disposición expresa de la Ley”.

Los administrados, incluidos los interesados, pueden participar en el procedimiento de dos maneras: personal y necesariamente cuando así sean requeridos, o mediante representación. En este caso, la administración se entenderá con el representante designado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 de la LOPA. Esta representación puede revestir dos modalidades: una, por simple designación en la petición o recurso ante la administración; otra, mediante documento registrado o autenticado, según dispone el artículo 26 de la LOPA. Como se observa, la representación exigida por la LOPA es mucho más amplia y flexible que la del proceso civil. Sin embargo, de conformidad con el artículo 27 de la LOPA, la designación de representantes no impide ni inhabilita al representado para intervenir directamente ante la Administración Pública ni le desliga de las obligaciones que exijan su comparecencia personal.

3.1.2 Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable (artículos 4, 5 y 6 LOPA)

Una buena Administración Pública debe asegurar que las autoridades administrativas resuelvan los expedientes en los plazos que permitan una defensa razonable y adecuada de los ciudadanos. En efecto, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo tienden a reafirmar la obligación de la administración y de sus funcionarios de resolver, rápida

y oportunamente, las peticiones, prescribiendo además plazos para las decisiones.¹⁷

En este orden de ideas, los artículos 4, 5 y 6 de la LOPA disponen que la Administración Pública debe resolver el asunto o recurso sometido a su conocimiento dentro de los correspondientes plazos, y en caso de que no lo hiciera se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

La LOPA es muy clara al establecer que la omisión o la demora en la resolución de las peticiones, representaciones o solicitudes de naturaleza administrativa dirigidas por los particulares a los órganos de la administración puede ocasionar a los funcionarios a quienes compete la tramitación del asunto, además de las sanciones previstas en la LOPA, la responsabilidad por los daños ocasionados (artículo 3).

3.1.3 Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas (artículos 9 y 18.5 LOPA)

Todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar respaldadas por razonamientos inteligibles para sus destinatarios. La motivación debe ser proporcional al alcance del poder administrativo del que dispone la propia administración, de modo que cuanto más extensa e intensa sea la discrecionalidad desde la que opere la administración pública, mayor será la necesidad de motivar y justificar la actuación administrativa.

La motivación consiste entonces en la indicación de los hechos y de los fundamentos legales de la actuación administrativa (motivación fáctica y motivación jurídica, respectivamente).

En el caso de los actos administrativos de carácter particular, dispone especialmente la LOPA en su artículo 9 que éstos deberán ser motivados, es decir, que deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto, a menos que se trate de un acto de simple trámite, o salvo disposición expresa de la ley. La correcta motivación permite al administrado conocer la causa del acto administrativo y va

¹⁷ Véase al respecto Rafael Badell Madrid, “El derecho a la buena administración”, en “Libro Homenaje al Dr. Allan Brewer-Carías”, “80 años de evolución del derecho público”. Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica venezolana. Caracas, 2020. pp.219-247.

en obsequio del derecho de la defensa. Si se sabe por qué se dictó el acto administrativo, podrá determinarse si el supuesto de hecho o de derecho es falso, incorrecto o no y, entonces, podrá controlarse a través de la autotutela de la administración, o mediante los recursos ante esa misma sede o ante la jurisdicción administrativa.

La LOPA expresamente exige en el artículo 18.5 que los actos administrativos estén dotados de motivación, al disponer que “todo acto administrativo debe contener” la expresión sucinta de los hechos y de los fundamentos legales¹⁸.

La falta de motivación de los actos administrativos -a excepción de los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley- presenta un vicio en el elemento formal del acto administrativo, pero trasciende ese mero aspecto formal en cuanto atañe a la posibilidad de ejercicio de la defensa del administrado afectado por la decisión. Al respecto véase el criterio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 02361 dictada en fecha 23 de octubre de 2001, Caso “María del Carmen García Herrera”, en la cual se indicó lo siguiente:

“...la doctrina administrativa ha concebido la motivación como la expresión sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho que dan lugar a la emisión de un acto por parte de la Administración, independientemente de la falsedad o no de la fundamentación expresada, siendo así necesario distinguir entre este último, es decir, la motivación y el motivo del acto, el cual forma parte de los elementos de fondo del acto administrativo. De allí que la falsedad del motivo pueda acarrear la nulidad absoluta del acto, mientras que los vicios en la motivación sólo producen su anulabilidad, siendo subsanables en cualquier caso, salvo que afecten el derecho a la defensa del particular.

Hecha la diferenciación anterior, queda claro, respecto de la motivación, la necesidad que existe de cumplir con este requisito de

¹⁸ Sobre la motivación de los actos administrativos véase: Allan Brewer-Carías, “La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana” en Revista de la Facultad de Derecho, número 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Marzo 1966, pp. 151-166; “Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos”, Revista de la Facultad de Derecho, número 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971. pp. 233-234.

forma para la emisión de todo acto administrativo, a fin de dar cumplimiento con el mandato contenido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y aún más, con el objeto de permitir al administrado conocer los motivos en los cuales se ha basado la Administración, y a partir de ello, evaluar la posibilidad de ejercer los recursos que tenga a su alcance para rebatir la actuación administrativa.

Ahora bien, entre los vicios que pueden afectar la motivación, cabe distinguir entre la inmotivación o ausencia de motivación y la motivación insuficiente. La primera configurada por un vacío total en la información dirigida a esclarecer los motivos en que se fundamentó la Administración para tomar su decisión, mientras que la motivación insuficiente tiene lugar cuando a pesar de existir una expresión referida a los hechos o el derecho aplicado, ésta se presenta con tal exigüidad que no se logra conocer con exactitud los motivos que dieron lugar al acto administrativo”.

La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa ha reconocido a la motivación más que como un elemento formal del acto administrativo, como un derecho que le permite al administrado conocer los motivos en los cuales se ha basado la administración para dictar su decisión, y a partir de ello, evaluar la posibilidad de ejercer los recursos que tenga a su alcance para rebatir la actuación administrativa y poder articular de forma adecuada su defensa.

3.1.4 Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente (artículo 49 de la Constitución y 48 de la LOPA)

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución las garantías del debido proceso se aplican no sólo a las actuaciones judiciales, sino también a las administrativas. De allí que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de procedimiento administrativo, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente. Este derecho responde a la garantía básica que impone que las decisiones que puedan adoptarse en contra de los administrados deben producirse de forma contradictoria.

El derecho a ser oído (*audi alteram partem*) en materia administrativa supone la obligación para la administración de oír previamente a los interesados. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 48 de la LOPA, que dispone que en el caso en que el procedimiento administrativo se inicie de oficio la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior deberá ordenar la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Sin embargo, con fundamento en el principio del informalismo del procedimiento, el hecho de que el interesado no concurra al llamado a audiencia en el lapso indicado no le impide apersonarse en cualquier estado del procedimiento y formular los alegatos correspondientes. Los plazos prescritos no tienen carácter preclusivo propio de los procedimientos jurisdiccionales para con los administrados, y su derecho a hacerse oír pueden ejercerlo en cualquier momento, por supuesto antes de que se adopte la decisión¹⁹.

3.1.5 Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas (artículo 59 de la LOPA)

El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo supone el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su derecho subjetivo o su interés personal, legítimo y directo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento. Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiese recaído resolución definitiva²⁰.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 de la LOPA, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier

¹⁹ Ibidem. P. 319.

²⁰ Ibidem. P. 317.

estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación de este, excepto cuando se trate de documentos calificados mediante acto motivado como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente.

3.1.6 Derecho a la tutela administrativa efectiva (artículos 49 y 143 de la Constitución, 73 de la LOPA y 5 de la LOAP)

Durante la sustanciación del procedimiento administrativo, la propia administración tiene la carga de evitar que el administrado pueda encontrarse en situación de indefensión. Este derecho se encuentra relacionado, en primer lugar, con el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, pero también con la obligación de la administración pública de asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella establecida en el artículo 5 de la LOAP.

Es la propia administración la que debe preservar la tutela administrativa efectiva, desde que debe actuar con el cuidado de evitar que el administrado sufra dentro del procedimiento administrativo alguna lesión en sus derechos y, en especial, el derecho a la defensa. Esto es especialmente necesario en los procedimientos administrativos sancionatorios.

Pero también debemos mencionar el artículo 143 de la Constitución que consagra el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados y a conocer de las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. En este sentido, la Constitución prohíbe la censura a los funcionarios públicos que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

Igualmente, debe garantizarse el derecho de los ciudadanos a la tutela administrativa efectiva cuando se dicte un acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos personales y directos, caso en el cual, de conformidad con el artículo 73 de la LOPA, la Administración Pública deberá notificar a

los interesados, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, y la indicación si fuere el caso, de los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

3.2 Principios del procedimiento administrativo

La LOPA establece un conjunto de principios que informan el procedimiento administrativo y que sirven para orientar y guiar el funcionamiento de la administración, entre ellos: el principio de confianza legítima, consagrado en el artículo 11; el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 12; el principio de la economía procedimental contenido en el artículo 30; el principio de unidad y uniformidad del expediente administrativo dispuesto en los artículos 31 al 34; el principio de racionalización de la actividad administrativa a que se contrae el artículo 32; el principio de publicidad de la estructura y funcionamiento orgánico establecido en el artículo 33; el principio de la libertad de prueba regulado en el artículo 58; el principio de imparcialidad e independencia consagrado en los artículos 36 al 40; el principio “*in dubio pro actione*”, el informalismo del procedimiento administrativo, establecido en los artículos 45, 50, 77 y 86; el principio contradictorio del procedimiento administrativo dispuesto en los artículos 48, 67 y 73; y el principio inquisitivo consagrado en los artículos 53 y 54.

Desarrollaremos ahora brevemente, cada uno de los principios consagrados en la LOPA, para la tramitación de los procedimientos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2.1 Principio de confianza legítima (11 de la LOPA)

El principio de confianza legítima fue incorporado a la LOPA en el artículo 11, el cual dispone:

“Artículo 11. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.”

A pesar de que la redacción de la norma no es clara, el principio de confianza legítima supone que los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración en situaciones anteriores no pueden ser modificados (esta es la regla general), salvo que una nueva interpretación pueda aplicarse por ser más favorable a los administrados, aquí está la excepción.

En virtud del principio de confianza legítima, la actuación administrativa deberá ser respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado. Este principio de la confianza legítima fue desarrollado en Alemania luego de la Segunda Guerra Mundial, “como una nueva forma de proteger a los particulares en sus relaciones con los poderes públicos”, y parte de la seguridad jurídica como corolario de los valores propios del Estado de Derecho. De esta forma, “La confianza legítima ha significado (...) oponer un límite a la indiferencia que muestran los gobernantes en la toma de decisiones de la situación de aquellos que desarrollaron su vida y proyectos de conformidad con la situación legal imperante con anterioridad a los cambios normativos”.²¹

El artículo 11 de la LOPA establece el valor del precedente administrativo, y se consagra, en forma indirecta, el principio de la irretroactividad de los criterios contenidos en los actos administrativos. La norma señala que los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración pública pueden ser modificados, es decir, que la administración no está sujeta a sus precedentes y por tanto, ante nuevas situaciones se pueden adoptar nuevas interpretaciones. Sin embargo, esta posibilidad de la administración de modificar sus propios criterios presenta límites:

- La nueva interpretación no puede aplicarse a situaciones anteriores, con esto, dictado el acto administrativo en un momento determinado conforme a una interpretación, si luego se cambia la interpretación, no puede afectarse la situación y el acto anterior.

²¹ Pedro José Jorge Coviello, *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, P. 35.

- La aplicación de un criterio distinto al que venía constituyendo la práctica común de la administración debe constituir, en aras de la preservación del principio de igualdad, el criterio aplicable a los casos subsiguientes, salvo que la administración lo disponga de otra forma. En tal sentido, cabe destacar que la aplicación de un determinado criterio para un caso especial debe ir en consonancia con los principios de proporcionalidad, de adecuación y evaluación de los hechos; y acompañado de una referencia donde se haga expresa mención de la aplicación de ese determinado criterio para el caso particular.

La administración puede ciertamente variar sus criterios, sin embargo, los nuevos criterios no pueden aplicarse a situaciones anteriores pues sus actos carecen de efectos retroactivos. Pero, además, el nuevo criterio que se aplique no le da derecho a un particular a pedir que el acto que lo afectó en un tiempo atrás sea modificado cuando ese acto ya es un acto definitivamente firme, de manera que la administración no puede verse compelida, cuando varía el criterio, a modificar sus actos dictados conforme a criterios anteriores.

El principio de la confianza legítima se refiere a la expectativa plausible que tienen los particulares que la administración pública siga decidiendo tal como lo ha venido haciendo en una materia en base a sus actuaciones reiteradas. Este principio de la confianza legítima se presenta como límite de la potestad revocatoria de la administración dispuesta en el artículo 82 de la LOPA que señala que “Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”.

Al respecto téngase en cuenta que el principio de la confianza legítima en este supuesto no implicará que la administración no pueda revocar sus actos, sino que para hacerlo deberá necesariamente revisar si tal revocatoria podría desconocer la confianza del interesado.

Como lo explica el profesor Alfredo Parés: “En caso que ese dilema o conflicto se plantee, la administración deberá necesariamente ponderar todos los intereses en juego para resolver el conflicto entre el interés general -representado por la conservación del acto sugerida por

el principio de legalidad- y el interés particular del afectado -representado la necesidad de protección de su situación jurídica por el principio de la protección de la confianza-”. De esta forma, aclara el profesor Parés que si los extremos necesarios para considerar que en el caso existe una confianza digna de protección, el resultado del examen debería apuntar, inicialmente, a la consideración y respeto de esa situación de confianza, “incluso por encima del principio de legalidad”. Ahora bien, de existir razones ineludibles de interés público, “y aun ante la existencia de una situación de confianza digna de protección, resultare estrictamente necesaria la eliminación del acto, habrá entonces de considerarse la eventual indemnización del particular afectado”²².

Sobre este principio la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado mediante sentencia número 954 de fecha 18 de junio de 2014, en la cual señaló lo siguiente:

“(...) Esta Sala ha expresado que el principio de confianza legítima, que rige la actividad administrativa, está referido a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas (ver sentencia N.º 1.171 del 4 de julio de 2007).

Asimismo, se ha manifestado que el principio de la confianza legítima (sentencia de esta Sala N.º 213 del 18 de febrero de 2009) constituye la base de los vínculos que existe entre el Poder Público y los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga. Este principio alude así a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión que esté en consonancia con lo que se ha venido resolviendo. (...)” (sentencia número 01181 de fecha 28 de septiembre de 2011).

De igual forma, la Sala Político-Administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPA, señaló: si bien “*los criterios de la*

²² Alfredo Parés, “El nacimiento del principio de protección de la confianza en la jurisprudencia alemana.” en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021, p. 1167. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/11/DIGITAL-TOMO-II-HOMENAJE-CSG-27-octubre.pdf>

Administración no son inmutables, pueden cambiar; la única limitante es que la nueva interpretación no se aplique a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorable al administrado.”.

3.2.2 Principio de discrecionalidad y proporcionalidad (artículos 12 de la LOPA y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública)

El principio de discrecionalidad y proporcionalidad están previstos en el artículo 12 de la LOPA, el cual establece que aun en los casos en que una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Por lo que se refiere al principio de discrecionalidad, el artículo 12 establece que por “disposición legal o reglamentaria” puede en efecto disponerse un margen de libertad, por eso la norma dice: “alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente”. La posibilidad de tener un margen libre de apreciación que permita al órgano administrativo aplicar sus criterios de oportunidad y conveniencia en la emanación del acto, no corresponde sólo al legislador, sino también puede ser establecida en el respectivo reglamento por parte de los entes y órganos de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora bien, esta facultad se encuentra limitada por el principio de racionalidad; es decir, el ejercicio de la potestad discrecional debe efectuarse “manteniendo la debida proporcionalidad y adecuación a la situación” específica que se haya planteado. Se abre el camino para el control jurisdiccional de la potestad discrecional, por cuanto si la decisión ha de ser adecuada, esto es, conforme y pertinente en relación a los elementos del acto y es la situación jurídica sobre lo cual opera, esto significa que el juez puede valorar el mérito de la misma y puede compararla con los resultados obtenidos.

Conviene precisar que con anterioridad a la LOPA la discrecionalidad administrativa era un tema oscuro del derecho administrativo venezolano. Así, la Corte Federal, en el fallo del 6 de noviembre del año 1958, excluía del control judicial a los actos discrecionales, al considerar

que “es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere al mérito o fondo...”²³.

Luego, el 02 de noviembre de 1982, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, dictó la conocida sentencia recaída en el caso “Depositaria Judicial” donde se dejó claro que en los actos discrecionales es mayor la obligación que se exige para los actos reglados en la expresión de los motivos y que por tales -discrecionales- no escapan del control universal de la jurisdicción contencioso administrativa. En concreto, señaló:

*“En efecto, concebido esto como una unidad (regla y discrecionalidad al mismo tiempo) no hubo que distinguir de ahí en adelante: en todos (reglados y discrecionales y más en estos que en los primeros) han de expresarse los motivos que llevaron a la administración a configurarlos, y todos, en mayor o menor medida, han de ser revisables en jurisdicción contencioso-administrativa.”*²⁴

Este importante fallo determinó que todo acto dictado en función administrativa, aunque goce de las características de la discrecionalidad, está de todas formas sometido al control jurisdiccional del contencioso administrativo. En efecto, la actividad contenciosa administrativa controla el ejercicio del poder por parte de la administración al adecuarla a los parámetros de la legalidad y este carácter contralor puede incluso sustentarse en la revisión de la proporcionalidad ponderada por la administración en el ejercicio de potestades discrecionales.

El principio de proporcionalidad postula que los órganos y entes de la administración adopten la técnica de limitación menos lesiva a

²³ Rafael Badell Madrid, “Luces y Sombras del derecho administrativo en Venezuela. Cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1915-2015)”, publicado en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015*, Tomo II, Colección Centenario. Caracas, 2015, pp. 1007-1083.

²⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982, caso “Depositaria judicial”, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 70-93.

las libertades de los ciudadanos, y entre varias opciones, se seleccione aquella que vulnere la libertad en menor medida. El principio de proporcionalidad se traduce en la exigencia de la justa medida, ponderación o moderación de la limitación y la prohibición del exceso. El artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública²⁵ (LOAP) incorporó también a la proporcionalidad como uno de los principios rectores de la actividad administrativa.

Las decisiones administrativas deben ser proporcionadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico; se dictarán en un marco de justo equilibrio entre el interés general y el interés particular y se evitará limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.

En efecto, para legitimar la actuación de la administración pública se exige la existencia de un motivo verdadero y serio además de la idoneidad de los medios de actuación adoptados, su absoluta necesidad y la elección del medio menos gravoso, así como el equilibrio entre la trascendencia de la actuación de la administración y la utilidad obtenida y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines.

El principio de proporcionalidad, a su vez, cuenta para su efectividad con los principios de idoneidad, que exige fundamentalmente de la acción estatal un cierto grado de eficacia en orden a la consecución del fin; el principio de la necesidad, referido a la ausencia de una alternativa menos gravosa pero igualmente eficaz; y la proporcionalidad en sentido estricto, donde es preponderante el interés en amparar el bien correspondiente sobre el sacrificio sufrido por la posición jurídica subjetiva afectada.

3.2.3 El principio de la economía procedimental (artículo 30 LOPA)

El artículo 30 de la LOPA establece que *“La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.”* El precepto transcrito es algo más que un simple consejo o una mera recomendación que el legislador hace a los órganos de la administración; tales directrices no se conciben como

²⁵ Gaceta Extraordinaria número 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la administración para adoptar cuantas medidas sean necesarias para lograr la economía, celeridad y eficacia de los servicios.

Conforme al principio de eficacia las actuaciones administrativas deben realizarse en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público. Especialmente, las autoridades administrativas buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, removerán de oficio todos los obstáculos puramente formales, evitarán el silencio administrativo, las dilaciones y los retardos.

La regla va incluso más allá hasta constituirse en verdadero principio informador de la institución en su conjunto. Este principio está contenido en las soluciones previstas en los artículos 81 y 84 de la LOPA en orden a la conservación de actos y trámites no afectados por el defecto o la infracción eventualmente cometidos a lo largo del procedimiento, como son la conversión de los actos nulos que contengan los elementos constitutivos de otros distintos y la convalidación de los actos anulables.

El principio informa igualmente varias de las normas que regulan el procedimiento administrativo en sus distintas fases o momentos. En tal sentido, el artículo 35 de la LOPA prevé un procedimiento sumario de tramitación cuando deban resolverse una serie numerosa de expedientes en los cuales los motivos y fundamentos de las resoluciones sean idénticos; los artículos 52 y 54 *eiusdem* por su parte ordenan que cuando entre dos o más asuntos sometidos a la consideración de una organización administrativa exista relación íntima o conexión, los mismos podrán acumularse y las diferentes autoridades involucradas en el asunto presentarán los informes y antecedentes que consideren convenientes para la mejor resolución del asunto.

La LOPA hace referencia a que el procedimiento ha de ajustarse a dicho principio, así como a la eficacia, celeridad e imparcialidad, e indica que cuando deban resolverse cuestiones relativas a las normas de procedimiento deberá tomarse en cuenta dicho precepto. Manifestación evidente de este principio es el de la producción en serie de los actos que así lo permitan. Al efecto, el artículo 35 establece:

“Los órganos administrativos utilizarán procedimientos expeditivos en la tramitación de aquellos asuntos que así lo justifiquen.

Cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados”.

Es también manifestación de este principio de economía procedimental la reducción de los plazos. De esta forma la LOPA establece durante el lapso de sustanciación del procedimiento ordinario un término máximo de veinte días para la evacuación de las pruebas documentales. Por lo que atañe a la tramitación y resolución de los expedientes, el plazo máximo es de cuatro meses, salvo que medien causas excepcionales.

Podemos considerar que corresponde también a este principio la disposición del artículo 62 de la LOPA que establece:

“El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”.

3.2.4 Principio de unidad y uniformidad del expediente administrativo (artículos 31-34 LOPA)

El expediente administrativo es el conjunto ordenado de documentos de cualquier naturaleza, públicos o privados, diligencias de las partes, declaraciones, testimonios, dictámenes, informes técnicos y periciales y toda clase de actuaciones que consten por escrito y que deben ser tenidas en cuenta como antecedentes y fundamento de la resolución administrativa cautelar o la definitiva que pone fin al procedimiento de formación del acto; así como también forman parte del expediente administrativo la documentación y las actuaciones de la administración necesarias para ejecutar lo decidido.

En el expediente administrativo se documenta la tramitación del procedimiento administrativo previo a la expedición del acto administrativo individual o de la consulta o audiencia pública previa a la expedición de los reglamentos y demás actos administrativos generales²⁶.

²⁶ Jorge Kiriakidis, “Las Pruebas en el Proceso Administrativo (Segunda Parte): Consideraciones en torno al objeto de la prueba y los medios de prueba en los procedimientos administrativos y el contencioso administrativo de anulación”, *El Contencioso Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 250-253.

En efecto, como señaló el profesor Henrique Iribarren Monteverde, por criterios de seguridad jurídica, en los ordenamientos jurídicos modernos se suele exigir a la Administración Pública la obligación de la forma escrita -documental- para registrar todas sus actividades con el propósito de que exista la posibilidad de ejercer control sobre las actuaciones de los funcionarios públicos, “quienes con cada actuación van formando un cuerpo documental que luego puede servir como prueba de los hechos que en ellos están contenidos”²⁷.

La LOPA regula el expediente administrativo y lo somete a los principios de unidad y uniformidad, así como al orden de presentación de documentos. En primer lugar, la unidad del expediente está regulada como principio en el artículo 31 de la LOPA, el cual establece:

“De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos ministerios o los institutos autónomos”.

El mismo artículo prevé la acumulación de los expedientes en este sentido. De manera que el expediente administrativo forma una sola unidad²⁸, pero conformado de diferentes medios probatorios. Unos pueden ser documentos públicos o auténticos otorgados por las partes ante registradores o notarios, y otros, documentos privados reconocidos o tenidos como tales, pero también por otros que en su mayoría son do-

²⁷ Véase Henrique Iribarren Monteverde, “El instrumento público administrativo”, en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. pp. 999 y ss.

²⁸ Ricardo Ortega expone la característica de unidad como el *principio de complitud del expediente administrativo*, de esta manera; “(...) una de las principales razones de ser del expediente, (...) es formar el criterio de la Administración en sus actuaciones y decisiones, lo que sólo sucederá adecuadamente si se recopila toda la información sobre el asunto de que se trate. El expediente administrativo, como herramienta de la Administración, tiene un sentido funcional y servicial que comporta la necesidad de complitud para su perfección. (...) Luego el expediente debe contener, en principio, todos los documentos sobre el asunto, partiendo del concepto amplio de documento, (...) [t]odos los que se refieran a ese asunto determinado, es decir, aquellos que tengan conexión directa e inmediata con la actuación o decisión administrativa concreta de lo que trate el expediente en cuestión (...). Ricardo Ortega, “El expediente Administrativo”, citado en Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Expediente Número AP42-R-2010-000831.

cumentos administrativos, o sea, aquellos instrumentos escritos en los cuales consta la actuación de un funcionario competente.

De otra parte, el principio de uniformidad de los expedientes está consagrado en el encabezamiento del artículo 32, el cual dispone:

“Los documentos y expedientes administrativos deberán ser uniformes de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características”.

La LOPA además exige que en el despacho de todos los asuntos se respete rigurosamente el orden en que éstos fueron presentados, y en este sentido dispone que “Sólo por razones de interés público y mediante providencia motivada, el jefe de la oficina podrá modificar dicho orden, dejando constancia en el expediente” (artículo 34 de la LOPA). Refuerza la precitada disposición la exigencia establecida en el artículo 44 *eiusdem* por la cual en todos los organismos sometidos a la ley deben llevar un Registro de Presentación de documentos en el que se dejará constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los administrados, así como de las comunicaciones que puedan dirigir otras autoridades.

Por último, téngase en cuenta el artículo 51 de la LOPA que establece que: “Iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexará copia al expediente”.

Antes de la regulación de la LOPA existían en nuestro ordenamiento jurídico algunas disposiciones relativas a los antecedentes administrativos. Así, el artículo 123 de la LOCSJ establecía que: “En la audiencia en que se dé cuenta del recurso, el Presidente podrá solicitar los antecedentes administrativos del caso, fijando un plazo prudencial a la autoridad administrativa correspondiente para la remisión de los mismos. Recibidos estos, pasará los autos al Juzgado de Sustanciación, a fin de que revise todas las actuaciones y se pronuncie sobre la admisibilidad del recurso dentro del término de tras (3) audiencias”.

Ahora bien, por cuanto ni la LOPA ni la LOCSJ definían qué es un expediente administrativo, la jurisprudencia de la jurisdicción

contencioso administrativa intentó llenar el vacío en torno a qué debía entenderse por expediente administrativo y cuál debía ser su valor probatorio. En primer lugar, destacamos que en relación a la naturaleza de los documentos administrativos y la oportunidad en que los mismos debían ser evacuados existían criterios muy disímiles. Algunos los asimilaban a los instrumentos públicos, caso en el cual podían ser presentados hasta los informes. Otros, por el contrario, los equiparaban a los documentos privados, por lo cual debían ser presentados dentro del lapso de promoción.

Conviene señalar que en un principio la diferenciación con el documento público sólo se limitaba a señalar que el documento administrativo, si bien estaba revestido de una presunción de veracidad ésta no era absoluta, ya que podía desvirtuarse con cualquier medio de prueba a diferencia del documento público, que sólo puede desvirtuarse a través de la tacha de falsedad.

Posteriormente, la diferenciación entre el documento público y el documento administrativo fue complementada al añadirse que los documentos públicos a los cuales se refiere el Código Civil en su artículo 1357 son un tipo de prueba por escrito contentiva de las convenciones de las partes. Por consiguiente, al no ser los documentos emanados de los funcionarios administrativos unos de aquellos redactados por las partes, ni contentivo de sus convenciones, mal podían ser asimilados a los documentos públicos; carecían en efecto de la característica determinante de los documentos públicos, a saber: contener convenciones o acuerdos de las partes.

Asimismo, se sostuvo que el valor probatorio que protege a los documentos administrativos venía dado por la presunción de veracidad que protege a los actos administrativos en razón de su carácter ejecutivo y ejecutorio, es decir, de su obligatoriedad inmediata, como lo consagra el artículo 8 de la LOPA. Por esta razón, y dado su valor presuntivo, su veracidad podía ser destruida por cualquier clase de pruebas y no sólo por la tacha de falsedad. Ésta sólo procedía cuando la fecha, el formato o la firma del funcionario de donde emanó hubieren sido falsificados o alterados, pero no para destruir la presunción de veracidad de su contenido (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 7 de noviembre de 1984).

No obstante, este criterio que admitía que el documento administrativo fuera tachado por determinadas causas quedando a salvo su presunción de veracidad fue posteriormente modificado. En efecto, el asunto fue finalmente dilucidado por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, mediante sentencia de fecha 28 de mayo de 1998 con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas (Caso: Consorcio Hidroeléctrico Caroní vs. CVG EDELCA). En este fallo, la Sala dispuso:

*“(...) Esta especie de documentos –los administrativos- conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto, **no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.** Se distinguen así esta especie de documentos de los instrumentos públicos, que sólo pueden ser impugnados mediante la tacha de falsedad; y de los meros documentos privados, que pueden ser, incluso, desconocidos en contenido y firma por el adversario. Siendo los documentos administrativos –como los promovidos por la empresa apelante- un medio de prueba distinto de los documentos privados, resulta claro para esta Sala que no pueden aquellos quedar sometidos a la disposición consagrada en el aparte único del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, pues dicho precepto regula, única y exclusivamente, la oportunidad en que deben producirse los documentos privados.*

*Observa la Sala, finalmente, que no existiendo una disposición procesal especial que regule la oportunidad en que deben producirse en juicio los documentos administrativos, razón por la cual resulta plenamente aplicable, en esta materia, el principio general consagrado en los artículos 396 y 400 del Código de Procedimiento Civil. **En tal virtud, las partes que quieran servirse de un documento de esta especie pueden anunciarlo o promoverlo en el lapso de promoción y producirlos o evacuarlos en la etapa de evacuación de pruebas [...]**” (negritas nuestras).*

El referido criterio fue ratificado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N.º 1257 de

fecha 11 de julio de 2007 (Caso: Echo Chemical 2000, C.A.) en la que estableció lo siguiente:

“... no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como una unidad íntegra, es decir, como un conjunto de actuaciones administrativas debidamente documentadas, con las actas que lo conforman individualmente consideradas, puesto que dichas actas poseen su valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate.

Por lo tanto, esta Sala considera prudente precisar que el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, se refiere a la autenticidad que emana de la certificación efectuada por el funcionario público, de que los antecedentes administrativos remitidos al Tribunal son una copia fiel y exacta de su original, es decir, que ese conjunto ordenado de actas son el cúmulo de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad de la Administración, que el particular recurrente pretende que sea revisada en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las afirmaciones expuestas traen como consecuencia que la impugnación del expediente administrativo como un todo o alguna de las actas que lo conforman, debe referirse a la falta de adecuación entre las copias certificadas del expediente administrativo que constan en autos y las actuaciones que conformaron ese expediente administrativo, bien porque algún acta haya sido mutilada, sustraída, no conste en el expediente remitido o por cualquier otro motivo, para lo cual la parte impugnante deberá producir la prueba en contrario que demuestre la veracidad de sus alegaciones, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil, en concordancia con el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil”.

No obstante, estimamos que si bien en su globalidad el expediente administrativo puede ser entendido como una prueba de la voluntad de la administración, debe tenerse presente que cada uno de los elementos e instrumentos que lo integran, bien sean instrumentos públicos o privados, no pierden su condición de tales por el sólo hecho de formar parte integrante del expediente administrativo. Tal fue el criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que en decisión de fecha 9 de agosto de 1993 dispuso que “(...) debe esta Corte llegar a la conclusión

de que el instrumento en referencia no es un documento administrativo (...) No puede esta Corte atribuirle tal condición de documento administrativo ‘por formar parte del expediente administrativo del interesado’ (...).” Por consiguiente, el juez contencioso administrativo, a los fines de la sola valoración de tales elementos considerados individualmente, deberá estimar a los instrumentos públicos o a los instrumentos privados -según el caso- conforme a las reglas de valoración establecidas para cada uno.

De la sentencia citada se extrae que si bien el expediente administrativo en su mayoría contiene documentos administrativos, entendiendo por tales los que contienen declaraciones de los funcionarios que actúan en el área de su competencia acerca de los hechos que están autorizados a hacer constar o verificar, lo cierto es que dentro del mismo expediente pueden figurar otros documentos, ya sean públicos o privados.

Es entonces importante destacar que el expediente administrativo es una prueba fundamental en el proceso contencioso administrativo, ya que éste contiene todas las incidencias presentadas por las partes durante el procedimiento llevado ante la administración, siendo así no sólo una carga de ésta llevarlo al proceso sino que también el juez debe por iniciativa probatoria buscar que esto se cumpla, tal como ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N.º 349 de fecha 20 de marzo del año 2012, estableciendo lo siguiente:

(...) el expediente administrativo, como prueba judicial, no puede verse desde la óptica del principio dispositivo puro, conforme al cual el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar en base a las pruebas que las partes aporten, en razón de lo cual, resultaría indiferente si dicho expediente está acreditado o no en los autos; por el contrario, el mismo, por constituir un requisito fundamental para la búsqueda de la verdad material debe ser traído al proceso, incluso, producto de la iniciativa probatoria oficiosa del juez, pese a que su incorporación constituya una carga procesal para la Administración, por ser ella quien lo posee y deba presentarlo a requerimiento del tribunal, motivo por lo cual, su no presentación obra en su contra e invierte la carga de la prueba en beneficio del recurrente, esto en consideración al principio procesal de la facilidad de la prueba, el cual implica que, en determinados casos, le corresponda aportar

una prueba a la parte a quien se le haga más fácil incorporarla al proceso.

Por tanto, en el proceso contencioso administrativo, el juez desempeña un rol más activo en la búsqueda de la prueba, convirtiéndose en investigador de la verdad y conductor del proceso, no obstante, este poder inquisitivo no es ilimitado, por cuanto le está vedado suplir de oficio alegatos o defensas de las partes y se encuentra sujeto al deber de congruencia que lo obliga atenerse, exclusivamente, a lo probado en autos, por consiguiente, su facultad para solicitar de oficio información o evacuar pruebas deberá estar relacionada con las cuestiones controvertidas por las partes.(...)

Por último, respecto del expediente administrativo cabe destacar la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se reiteró que si bien los documentos públicos administrativos gozan de las mismas características de los instrumentos públicos, desde que emanan de funcionarios en ejercicio de las competencias que les asigna la ley, difieren de ellos al momento de ser utilizados como pruebas. En efecto, la Sala de Casación Social en sentencia N.º 102 del 16 de diciembre de 2020 ratificó que los documentos administrativos no constituyen plena prueba como los documentos públicos, desde que el interesado puede impugnarla, y por tanto, desvirtuarla en el proceso, “es decir, están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, y por tanto, deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario”²⁹.

En sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N.º 3, de fecha 11 de febrero de 2021, comentada también por Henrique Iribarren Monteverde, la Sala determinó que las constancias de residencia emitidas por los consejos comunales, desde los que se ejercen funciones administrativas, tienen el valor probatorio de un documento administrativo³⁰. En efecto, destacó la sentencia que:

“los consejos comunales tienen atribuida legalmente la competencia para expedir constancias de residencia, es decir, emitir declaraciones de conocimiento que acrediten la dirección habitual y

²⁹ Véase al respecto Henrique Iribarren Monteverde, ob. cit. pp. 107-108.

³⁰ Ibidem.

permanente de sus habitantes en los límites del ámbito geográfico de cada comunidad, y como tales deben reputarse como actos administrativos”; y, por tanto, que:

“resulta forzoso para esta Máxima Instancia conceder valor probatorio de documento administrativo a las referidas constancias de residencia cursantes en autos y, por tanto, se establece como ciertas las direcciones de residencia tanto del demandante como de su apoderado judicial señaladas en dichas documentales, y que las mismas se encuentran ubicadas a una distancia considerable de la sede principal de este Tribunal Supremo de Justicia”.

Ante el silencio legislativo de qué debe entenderse por expediente administrativo, estos criterios jurisprudenciales resultan importantes para definir el expediente administrativo como el conjunto de actuaciones de la administración y el recurrente que tiene por tanto documentos públicos (emanados de funcionarios públicos) y documentos privados (emanados del recurrente) y que se presenta como prueba fundamental en los procesos contencioso administrativos; de allí que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa disponga en el artículo 79 que en el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, “Con la notificación se ordenará la remisión del expediente administrativo o de los antecedentes correspondientes, dentro de los diez días hábiles siguientes”; y establece además una sanción de multa entre cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y cien unidades tributarias (100 U.T.) para el funcionario que omita o retarde dicha remisión del expediente administrativo.

3.2.5 El principio de racionalización de la actividad administrativa (artículo 32 LOPA)

De acuerdo con este principio la administración deberá racionalizar tanto sus estructuras como sus sistemas y procedimientos a fin de obtener la máxima eficacia con el uso de los medios de las cuales dispone. El principio aparece declarado formalmente en el artículo 32 de la LOPA en su segundo aparte, el cual indica: *“La Administración racionalizará sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento. A tales fines, adoptará las medidas y procedimientos más idóneos”.*

Destacamos que precisamente a los fines de racionalizar la actividad administrativa fue dictada la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos³¹ (LSTA). En efecto, la LSTA tiene por finalidad racionalizar y optimizar las tramitaciones que realizan las personas ante la Administración Pública a los fines de mejorar su eficacia, eficiencia, pertinencia, utilidad, para así lograr una mayor celeridad y funcionalidad en las mismas, reducir los gastos operativos, obtener ahorros presupuestarios, cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la administración pública con las personas.

La LSTA exhorta a los órganos y entes de la Administración Pública a simplificar los trámites administrativos que se realicen ante los mismos, a través de la elaboración y aplicación de planes de simplificación de trámites administrativos con fundamento en las bases, principios y lineamientos establecidos en esa ley, entre los cuales se encuentran (artículo 5):

1. Suprimir los trámites innecesarios que incrementen el costo operacional de la Administración Pública, que hagan menos eficiente su funcionamiento y propicien conductas impropias.
2. Simplificar y mejorar los trámites administrativos, lo cual supone, entre otros aspectos:
 - a) Adaptar los trámites a la forma más sencilla posible, reduciendo al mínimo los requisitos y exigencias a las personas, dejando única y exclusivamente los pasos que sean indispensables para cumplir el propósito de estos.
 - b) Rediseñar el trámite utilizando al máximo los elementos tecnológicos.
 - c) Incorporar controles automatizados que minimicen la necesidad de estructuras de supervisión y controles adicionales.
 - d) Evitar las instancias en las cuales el juicio subjetivo de la Administración Pública pueda interferir en el proceso.
 - e) Crear incentivos o servicios adicionales que puedan otorgarse a las personas en contraprestación al cumplimiento oportuno del trámite.
 - f) Propiciar la participación popular a través de las comunidades organizadas, en especial los consejos comunales.

³¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Gaceta Oficial número 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

3. Concentrar trámites, evitando su repetición en los distintos órganos y entes.

3.2.6 Principio de publicidad de la estructura y funcionamiento orgánico (artículo 33 LOPA)

El funcionamiento, actuación y estructura de la administración debe ser accesible a todos los ciudadanos, para que puedan conocer la información generada por las administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general.

El artículo 33 de la LOPA indica que todas las entidades públicas que estén sometidas a la ley deberán preparar y publicar en la Gaceta Oficial correspondiente, reglamentos e instrucciones referentes a las estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de sus dependencias. Igualmente indica el citado artículo que en todas las dependencias al servicio del público se informará por los medios adecuados sobre los fines, competencias y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios. Igualmente informarán a los interesados sobre los métodos y procedimientos en uso en la tramitación o consideración de su caso (último aparte del prenombrado artículo 33).

Como se ha podido apreciar, la normativa exige la *información* tanto orgánica (estructura de la organización) como funcional (métodos y procedimientos) de las oficinas administrativas, lo cual implica la clara delimitación de sus competencias y actuaciones.

Destacamos que este principio de publicidad ha sido desarrollado por la LOPA, cuyo artículo 22 dispone que la estructura organizativa preverá la comprensión, acceso, cercanía y participación de las personas de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio.

Asimismo, este principio está reflejado en los artículos 11 y 12 de la LOAP que establecen, en primer lugar, la obligación de los distintos entes y órganos de la Administración Pública de contar con una página web o en la internet que contendrá entre otras particularidades, la información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimiento, normativa que los regula, servicios que prestan, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos, y de otra parte, el deber de

publicar en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o, según el caso, en el medio de publicación oficial correspondiente, los reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter general dictados por estos.

3.2.7 Principio de imparcialidad e independencia (artículos 145 de la Constitución y 36 al 40 de la LOPA)

El principio de la imparcialidad constituye una manifestación instrumental o procedimental del derecho constitucional a la igualdad, en virtud del cual los ciudadanos no pueden ser sujetos de discriminaciones. En razón de ello, la administración debe desarrollar el procedimiento administrativo y adoptar la decisión con fundamento únicamente en el ordenamiento jurídico y en los elementos de hecho y de derecho que se encuentren incorporados al expediente administrativo, sin atender a las condiciones personales de los interesados.

De conformidad con el principio de imparcialidad, en el curso de cualquier actividad así como en la decisión de cualquier procedimiento administrativo, la Administración Pública no debe tomar posición ni favorecer o beneficiar a una parte en perjuicio de otra; debe tomar su decisión objetivamente, teniendo en cuenta tan sólo el ordenamiento jurídico y la finalidad de interés general que ha de motivarla, tratando a todos los ciudadanos en forma igual, salvo las distinciones que deriven de los derechos de protección que puedan tener ciertos ciudadanos³².

Sobre este principio conviene tener presente en primer lugar lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución según el cual los funcionarios públicos “están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”. En este mismo sentido dispone la Constitución que de ninguna forma el nombramiento o remoción de los funcionarios podrá estar determinada por la afiliación u orientación política.

El personal al servicio de la administración pública deberá actuar de modo imparcial e independiente, deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o de dar trato preferente por cualquier motivo. La actuación administrativa debe tener como objetivo el interés general. Se prohíbe la participación de funcionarios administrativos que tengan conflicto de

³² Ibidem.

interés en la resolución de cualquier asunto de la administración, sea porque tengan interés directo en el procedimiento o porque participen familiares próximos.

Los artículos 36 al 40 de la LOPA en tal sentido regulan lo relativo a la inhibición de los funcionarios públicos en el conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida. La LOPA determina las causales de inhibición, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento.
2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.
3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo de modo que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, si hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.
4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

En cualquiera de estos casos, la LOPA obliga al funcionario a plantear su inhibición en escrito razonado dentro de los dos días hábiles siguientes a aquél en que comenzó a conocer del asunto o al que sobrevino la causal, y remitir sin retardo el expediente a su superior jerárquico, quien decidirá sobre su inhibición.

3.2.8 El principio “*in dubio pro actione*”, el informalismo del procedimiento administrativo (artículos 45, 50, 77 y 86 LOPA)

El procedimiento administrativo, como técnica de ejecución de las potestades que la administración tiene conferida y simultáneamente como medio para proteger las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares ante la arbitrariedad de los funcionarios, se rige por el principio *in dubio pro actione* en orden al cual la administración se

encuentra obligada a asumir la interpretación favorable al ejercicio del derecho constitucional de petición, para asegurar una decisión justa sobre la cuestión de fondo por encima de las cuestiones de forma.

Con fundamento en este principio, la LOPA consagra el deber de los funcionarios públicos que reciban la documentación contentiva de las peticiones de los interesados, de advertir a estos las omisiones e irregularidades que observen, sin que puedan negarse a recibir la documentación (artículo 45).

Ese es el mismo sentido de lo dispuesto en los artículos 50 y 77. En efecto, el artículo 50 complementa el artículo 45 comentado cuando dispone que una vez que la autoridad comunique a los interesados la falta de cualquiera de los requisitos exigidos para la solicitud, se le dará un plazo de 15 días para que éste proceda a subsanarlos y en caso de que hubiere una nueva objeción entonces el interesado podrá ejercer recurso jerárquico

“Cuando en el escrito o solicitud dirigida a la Administración Pública faltare cualquiera de los requisitos exigidos en el artículo anterior, la autoridad que hubiere de iniciar las actuaciones lo notificará al presentante, contra esta decisión. La norma a la letra establece: comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en el plazo de quince (15) días proceda a subsanarlos. Si el interesado presentare oportunamente el escrito o solicitud con las correcciones exigidas, y ésta fuere objetada por la administración debido a nuevos errores u omisiones, el solicitante podrá ejercer el recurso jerárquico contra la segunda decisión o bien corregir nuevamente sus documentos conforme a las indicaciones del funcionario.”

Por su parte, el artículo 77 contiene una norma que protege al interesado frente a la información errónea de la notificación al disponer que en caso de que en base a ella éste hubiere intentado algún procedimiento improcedente, los plazos no correrán para el ejercicio del recurso apropiado. La disposición establece lo siguiente:

“Si sobre la base de información errónea, contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta

a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado.”

Así mismo en relación a la recepción del principio *in dubio pro actione* el artículo 86 en su último aparte dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

El principio *in dubio pro actione* queda resumido en palabras de García de Enterría:

“El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respecto de los derechos de los particulares. Pertenece, pues, a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios. Este supuesto, no puede considerarse sorprendente, sino, por el contrario, ajustado a la propia naturaleza de la institución, el que, en caso de duda, deba resolverse ésta en sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión.”

3.2.9 Principio contradictorio del procedimiento administrativo (artículos 48, 67 y 73 LOPA)

El procedimiento administrativo ordinario puede iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada, según lo dispone el artículo 48 de la LOPA, y el procedimiento sumario se iniciará de oficio según lo establece el artículo 67 *eiusdem*. En cualquiera de los dos casos, es de la esencia del procedimiento administrativo la inserción y calificación en el mismo de los diversos intereses en juego y que esos intereses sean confrontados en presencia de sus respectivos titulares, antes de adoptar la administración competente una decisión definitiva.

En razón de ello, se nos presenta la elaboración de la noción de “interesado” como concepto técnico- jurídico destinado a calificar a los sujetos que puedan resultar afectados por el desarrollo de la actividad

administrativa, y a incorporar a tales sujetos al procedimiento administrativo previo a la emanación del acto administrativo que pueda afectar sus intereses.

Este principio del contradictorio como característica del procedimiento administrativo implica que en todos aquellos casos en que el procedimiento se inicie de oficio o por petición de un particular, la administración debe permitir la incorporación al procedimiento de todos aquellos sujetos que pudieran resultar afectados por la decisión que finalmente se adopte. A tal situación atiende el artículo 73 de la LOPA al disponer:

“Artículo 73. Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse. (subrayado nuestro)”.

De manera que la consecuencia fundamental del carácter contradictorio del procedimiento administrativo es la obligación para la administración de incorporar al procedimiento a todo interesado, noción que se define en la LOPA³³ mediante una remisión a las previsiones que los preveían a los fines del ejercicio de los recursos contencioso administrativos, según que fueran contra actos de efectos generales o contra actos de efectos particulares (artículos 112 y 121 de la LOCSJ, hoy derogada) y conforme a los cuales la legitimación para los primeros (actos generales) era amplia hasta incluir el mero interés y para los últimos (actos particulares) se limitaba a los titulares de derechos o interesados personales legítimos y directos.³⁴ Esta es, por ende, la legitimación requerida en el procedimiento administrativo.

³³ “**Artículo 22.** Se considerarán interesados, a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.”

³⁴ La hoy vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que regula el tema de la legitimación activa para la interposición de los recursos contencioso administrativos lo hace en los siguientes términos. “*Artículo 29. Están legitimadas para actuar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa todas las personas que tengan in interés jurídico actual.*”

Esta noción de interesado se ve además ampliada por la previsión del artículo 23 de la LOPA, el cual dispone que la condición de interesados la tendrán también quienes ostenten las condiciones de titularidad señaladas en el artículo anterior, aunque no hubieran intervenido en la iniciación del procedimiento, pudiendo, en tal caso, apersonarse en el mismo en cualquier estado en que se encuentre la tramitación.

Así, el principio del contradictorio también denominado principio “*audire alteram partem*” implica la facultad que tienen los titulares de intereses o derechos frente a la administración, de defenderlos en toda acción o actuación administrativa que los afecte; y como contrapartida dialéctica necesaria, la obligación que tiene la administración de incorporar a todo sujeto interesado legítimamente al procedimiento por ella o ante ella iniciado. Así, todo acto administrativo definitivo requiere, como condición constitutiva *a priori*, un procedimiento administrativo con audiencia del interesado para que formule alegaciones y presente las pruebas que considere que lo favorezcan.

El procedimiento legalmente establecido, de conformidad con la expresión utilizada por el legislador en el artículo 19, numeral 4 de la LOPA, cuya ausencia total sanciona esta norma con la nulidad absoluta, debe entenderse revestido de principios *ad solemnitatem* y la incorporación de los particulares a aquellos que pudieran afectar sus intereses personales, legítimos y directos no es una exigencia formal que se reduzca a la notificación del interesado, sino que exige su efectiva incorporación a los actos de trámite que conducen al acto administrativo definitivo. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de noviembre de 1983, refiriéndose a una de las categorías del procedimiento administrativo de cognición como lo es la sancionatoria o condenatoria:

“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 permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y

promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros Estados de Derecho ha sido llamado como el principio del “debido proceso””.

De manera que el principio de contradictorio constituye una manifestación instrumental de la garantía constitucional del derecho a la defensa consagrada en el artículo 49 de la Constitución.

Así, deben ser llamados al procedimiento administrativo quienes se consideren interesados en las resultas del mismo, estos son:

- los que hubieren promovido el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos (artículo 48 LOPA).
- los que sin haber iniciado el procedimiento sean titulares de derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte (artículos 48 y 67 LOPA).
- los que tengan intereses personales, legítimos y directos que puedan resultar afectados por las resultas procedimiento (artículos 112, 121 LOCSJ, y artículos 22 y 23 LOPA).

3.2.10 El principio inquisitivo (artículos 53 y 54 LOPA)

El procedimiento administrativo es una obligación para la administración en orden a legitimar el ejercicio de sus competencias y a dar cumplimiento a las garantías constitucionales del derecho a la defensa y del derecho de petición y oportuna respuesta (artículos 67 y 68 LOPA). En razón de ello, dispone el artículo 53 de la LOPA que “La administración de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites”.

Este deber de impulso procesal que corresponde a la administración no se limita al cumplimiento de los términos y plazos que caracterizan la preclusividad del procedimiento, sino que se ve complementado por el deber de la actuación inquisitiva en virtud del cual dispone el artículo 54 de la LOPA que “La autoridad administrativa a la que corresponda la tramitación del expediente, solicitara de las otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto”.

El carácter imperativo de los deberes de impulso procesal y averiguación o actuación inquisitivo que corresponden a la administración queda de manifiesto en la responsabilidad de los funcionarios por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de los trámites y formalidades, la cual puede ser exigida mediante el recurso de reclamo previsto en el artículo 3 de la LOPA, con las sanciones contempladas en los artículos 100 y 101 *eiusdem*.

Particularmente ejemplificativo de la responsabilidad por violación del principio que comentamos es el artículo 112 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística³⁵ que disponía que: “El funcionario que se abstenga o que retarde injustificadamente la ejecución de un acto que por razón de sus atribuciones éste obligado a realizar en relación con una obra de ingeniería arquitectura o urbanismo, será sancionado con la destitución de su cargo o con multa equivalente a diez (10) veces su remuneración mensual, según la gravedad de la falta”.

3.2.11 Principio de la libertad de prueba (artículo 58 LOPA)

En el procedimiento administrativo no existe el principio de la prueba restringida o prueba legal, sino que, por el contrario, se pueden aportar al expediente todos los medios de prueba que se estimen relevantes para la decisión. La LOPA, sin embargo, no hace un planteamiento tan genérico, sino que permite en el artículo 58 el uso de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal (hoy Código Orgánico Procesal Penal), o en otras leyes.

La aplicación de este principio deriva de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, en concordancia con el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con este principio, las partes deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes. De esta forma los administrados pueden hacer uso de todos los medios probatorios, no sólo de los previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil, sino de todos aquellos regulados en otras leyes o que

³⁵ Gaceta Oficial número 33.868 del 16 de diciembre de 1987, derogada por la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, publicada en Gaceta Oficial N.º 38.263 del 1 de septiembre de 2005.

no estén expresamente prohibidos por éstas. Siendo que este precepto constitucional resulta incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resultan inconducentes para la demostración de sus pretensiones³⁶, las excepciones a este principio deben ser establecidas expresamente por la ley³⁷.

En relación al principio de la libertad de admisión de las pruebas en el ámbito judicial, la jurisprudencia ha establecido que el juez debe providenciar los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes³⁸.

La Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 3 de noviembre de 2004, indicó que *“la regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente al hacimiento de la prueba, salvo que esté expresamente prohibido por la ley, al resultar evidente que el derecho a probar lo pretendido en juicio, o a desechar lo señalado por la parte contraria, responde precisamente a la concepción general del derecho a la defensa, cuya consagración actualmente se encuentra contenida en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que en materia probatoria se concretiza en dos principios que le son inherentes: el de la contradicción y el de control de la prueba. (ver, CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO, *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, p. 19)”*.

Con respecto a la finalidad del principio de libertad de los medios probatorios, la Sala Constitucional en sentencia N.º3332 de fecha 4 de noviembre de 2005 ha señalado:

³⁶ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Janeth Machado contra Alcaldía del Municipio Santa Bárbara del Estado Monagas, sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, con ponencia del Magistrado Alejandro Soto Villasmil; Caso: Ambiorix Polanco Pérez contra la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sentencia de fecha 25 de marzo de 2008, con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero.

³⁷ Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

³⁸ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Juan Humberto Cemborain Blanco contra CADIVI, sentencia de fecha 06 de marzo de 2012.

“(...) el legislador procesal cuando estableció (véase el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil) que las partes pueden hacerse valer de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, que consideren conducente para la demostración de sus pretensiones, lo hizo con el propósito de que el debate probatorio fuese lo más amplio posible, haciendo permisible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez y la consecución de una decisión basada en la verdad real y no sólo formal; procurándose, además, de este modo de una justicia más eficaz”.

En la sentencia No. 1879 de fecha 21 de noviembre de 2007, la misma Sala analizó el tema de la admisibilidad de la prueba, estableciendo lo siguiente:

“... la Sala considera oportuno reiterar una vez más, su criterio en cuanto al régimen legal aplicable para la admisión de las pruebas en el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en lo relativo al principio de libertad de los medios probatorios, así como de su admisión, en el sentido de que resulta incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones”.

De la misma forma, es menester señalar, que de acuerdo a lo establecido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia Nro. 531 del 26 de abril de 2010 (caso: Juan Vicente Rangel Henríquez), sobre la base del referido principio de libertad de los medios de prueba, se colige que una vez analizada la prueba promovida, el juez habrá de declarar a legalidad y pertinencia de la misma y, en consecuencia, habrá de admitirla; pues: i) sólo cuando se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, que no constituya el medio eficiente a los fines de la demostración que se pretende en el proceso –que devendría en todo caso en una forma de impertinencia de la prueba-; o, ii) cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho

debatido, podrá ser declarada como ilegal, no idónea o impertinente, y por tanto inadmisibile.

De lo anterior surge evidente que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad o manifiesta impertinencia, premisa que resulta aplicable a los procesos contencioso-administrativos³⁹ y que igualmente debe resultarlo al caso de los procedimientos administrativos donde, como antes se ha dicho, rige el principio de informalidad y la obligación de la autoridad competente es realizar todo lo necesario para el establecimiento de los hechos y el cumplimiento verdadero del fin de utilidad pública que subyace en la norma atributiva de su competencia.

Vale la pena destacar en este aparte también, la circunstancia de que en cuanto a la posibilidad de traer pruebas al procedimiento y al respectivo expediente por parte de los administrados, no hay impedimento alguno relacionado a lapsos preclusivos para ello, toda vez que según lo establecido por el artículo 62 de la LOPA, el acto administrativo deberá resolver sobre todas las cuestiones traídas tanto al inicio, como durante la tramitación de este. Esto refuerza el carácter flexible del elemento probatorio en la LOPA, y que es cónsono también con el principio de informalismo también que ubicamos en ese mismo instrumento normativo.

3.2.12 El principio de la publicidad en el procedimiento administrativo (artículo 59 LOPA)

La tensión publicidad-secreto del procedimiento administrativo es ya una constante histórica en la mayoría de los ordenamientos jurídicos administrativos. Sin embargo, algunas excepciones son notorias, tales como la existente en el ordenamiento sueco en el que desde 1776 se reconoce a todos los ciudadanos, sin requerimiento de legitimación alguna, el derecho a consultar o copiar cualquier documento oficial en cualquier oficina del Gobierno. Tal consagratoria influyó en la *Free Information Act* norteamericana de 1966.

En España, la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por Ley de 7 de octubre de 1978, lo acoge en su artículo 1,

³⁹ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Román Eduardo Reyes, sentencia de fecha 02 de septiembre de 2004.

según el cual “el principio de publicidad respecto a la actividad total del estado, pero limitándolo al prever la excepción mediante la expresión. salvo en *los casos* en que *por* la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo *secreto* amparado por *la presente Ley*” o de limitado conocimiento.

La LOPA acoge la tendencia a consagrar un principio de publicidad relativa al disponer en el artículo 59 lo siguiente:

“Artículo 59. Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado de procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como del pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquica, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente, La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado.”

De manera que la reserva o declaratoria de confidencialidad exige de la autoridad administrativa competente la motivación del acto administrativo que contenga tal declaratoria, siendo dicho acto susceptible de impugnación por el interesado. Ahora bien, cabe hacerse la pregunta, sobre cuál habría de ser la motivación para establecer la confidencialidad de un documento sin que la misma implique la divulgación de su contenido. En este sentido la Dra. Hildegard Rondón de Sansó en sus “*Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*” señaló lo siguiente:

“En Efecto la calificación de confidencialidad puede ser impugnada ante el juez contencioso administrativo; la motivación exigida por el legislador sería la vía para que el juez determinara si la misma atiende o no efectivamente al motivo del acto, lo cual implicaría un análisis del fondo de la cuestión que, destruiría el carácter reservado o secreto que quiso otorgársele al documento. Se trata obviamente de consideraciones generales sobre la cuestión. La experiencia del juez nos permite señalar que la administración, por lo general, se escuda con el calificativo de confidencialidad para impedir el acceso de la contraparte y del juez los cuales la calificación obviamente no se compagina con la naturaleza del acto

del acto, el tribunal lo señala así en la sentencia, estimando en la misma, en contra de la administración dicha conducta.”.

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA LOPA

4.1 El procedimiento administrativo como institución jurídica

La regulación que hizo la LOPA sobre el procedimiento administrativo tiene una importancia fundamental desde que todas las funciones que llevan adelante los órganos y entes del poder público en el Estado Moderno, sometido a un régimen constitucional, se encuentran sujetas a un procedimiento previo.

Cada uno de los órganos del poder público tiene asignada unas funciones propias y ellas se ejecutan a través de procedimientos. El Poder Legislativo tiene un *procedimiento legislativo* para la formación y aprobación de las leyes que le es propio, aun cuando también emite actos administrativos (i.e. Reglamentos de organización interna o de regulación de personal).

El poder judicial tiene la exclusividad de llevar adelante el procedimiento judicial, no obstante, emite excepcionalmente actos administrativos (i.e. sanciones disciplinarias, reglamentos de organización o regulación de personal).

Finalmente, el Poder Ejecutivo tiene como propio el procedimiento administrativo, aun cuando puede dictar actos con efectos normativos o generales (i.e. Decretos-Leyes) e igualmente actos de resolución de conflictos entre particulares, ambos desde la preeminencia de la perspectiva orgánica, considerados igualmente actos administrativos.

La idea de un procedimiento administrativo aparece ya en el comienzo del derecho administrativo con el advenimiento del Estado Legalista, conformado con base a los principios sentados por la Revolución Francesa.

La formulación del procedimiento administrativo como categoría o institución jurídica es creación de la escuela vienesa. Merkl afirma que “en el fondo todo acto administrativo es un procedimiento administrativo y los actos administrativos se presentan como simples productos del procedimiento”. Con ello, pretendía despojar a la justicia jurisdiccional del monopolio que ésta tenía sobre la noción del procedimiento.

Merkel buscó segregar un concepto de procedimiento como categoría propia de la teoría general del derecho, de la que el procedimiento judicial, el procedimiento legislativo y el administrativo serían manifestaciones individualizadas o especificaciones. Bajo esta idea, el procedimiento sería *el iter jurídicamente regulado a priori, por medio del cual una manifestación jurídica en un plano superior (norma) condiciona una manifestación jurídica de un plano inferior (norma de rango subalterno o acto administrativo)*.

El aporte de Merkel fue decisivo para dejar a un lado el monopolio que el Poder Judicial mantenía sobre la noción de procedimiento.

Para García de Enterría, el procedimiento trasladado al derecho administrativo es la manifestación técnica del principio de legalidad por medio del cual se configuran los actos administrativos.

La garantía procedimental administrativa completa también la garantía judicial, en aplicación extensiva del principio constitucional de la tutela judicial efectiva, por cuanto la garantía o procedimiento administrativo se desarrolla antes de que la decisión sea adoptada, permitiendo disminuir la potencialidad lesiva de un acto viciado, lo cual no siempre es posible en la garantía o procedimiento judicial por cuanto éste revisa a posteriori o ex post facto las conductas sometidas a su conocimiento.

En cuanto a su objeto el procedimiento administrativo tiene por fin, como lo señala Moles Caubet, garantizar el cumplimiento del principio de legalidad en toda su extensión. Ello implica la existencia de dos finalidades que se integran en un único objeto, a saber: (i) por una parte, el procedimiento administrativo sirve para “arbitrar los medios formales por conducto de los cuales se trata de asegurar la mayor eficiencia, acierto y corrección, incluso técnica del accionar administrativo” y por la otra el procedimiento administrativo tiene por finalidad “constituirse en una verdadera garantía jurídica, instituida a favor de los particulares, en defensa de sus derechos subjetivos y sus intereses legítimos, en cuanto pudieran resultar afectados por la actividad de la administración pública”⁴⁰

En el mismo orden de ideas, en el procedimiento administrativo el procedimiento y la forma son inescindibles: el procedimiento repre-

⁴⁰ Héctor Jorge Escola, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 22.

senta el hacer (*facere*) mientras que la forma constituye el resultado, lo hecho (*factum*). Ambos configuran jurídicamente el acto administrativo en el procedimiento formativo. De manera que el procedimiento administrativo persigue, como lo señala Moles Caubet, tres objetivos distintos:

- el acondicionamiento de las potestades de la administración, cuyo ejercicio siempre ha de sujetarse a las reglas de derecho, con lo que el acto resultante se hace plenamente legítimo;
- la protección o tutela de los derechos e intereses de quienes intervienen en el procedimiento que está asegurada por la suma de sus garantías procedimentales;
- la depuración de las técnicas del procedimiento destinadas a racionalizarlo para obtener una mayor eficacia con la consiguiente simplificación, rapidez y economía.

4.1.1 Punto previo

El procedimiento administrativo se inicia mediante un auto de apertura o auto de proceder que tiene el efecto de poner en movimiento la estructura formal de trámites, plazos e incidencias en que consiste la dinámica del procedimiento. Dictado ese acto, cuya naturaleza procedimental es la de un acto de impulso, se concreta la existencia de un determinado procedimiento destinado a decidir las cuestiones establecidas en ese acto.

La LOPA en su artículo 48 consagra los modos de iniciar el procedimiento, a saber:

- A Instancia de parte interesada.
- De oficio.

En cualquier caso, la iniciación de oficio requiere del acuerdo expreso (auto de proceder) del órgano competente para decidir el procedimiento, es decir, un acto administrativo de apertura. Este acto administrativo por sí solo incoar el procedimiento, vale decir, tiene la suficiente fuerza legal de trámite (capacidad de impulso jurídico) para determinar la iniciación del procedimiento.

Para el caso de los procedimientos promovidos por la parte interesada, aun cuando un sector importante de la doctrina considera que el

escrito de petición o solicitud es susceptible de incoar el procedimiento, en algunos casos tal iniciativa puede requerir un acto complementario, como es el acto o auto de admisión acordado por el órgano competente, ya que una petición contraria a derecho no debe dar lugar a la apertura de procedimiento alguno.

4.2 Procedimiento formativo o de primer grado

A través del procedimiento administrativo constitutivo o formativo, la administración prepara y dicta un pronunciamiento, en contraposición con los procedimientos de segundo grado, en los cuales la actividad de la administración estará dirigida a decidir sobre un procedimiento o un acto anterior.

4.2.1. El procedimiento ordinario

El más importante de los procedimientos de primer grado es el procedimiento ordinario ya que la ley indica que el mismo actúa como la regla general aplicable a todos los casos, salvo que exista un procedimiento expresamente “regulado en norma de rango preeminente”. En efecto, dispone el artículo 47:

“Artículo 47. Los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad.”

El procedimiento ordinario es en consecuencia la regla general de actuación a falta de norma expresa. El mismo consta de tres fases: a) Fase de iniciación b) Fase de sustanciación; c) Fase de terminación, y está regulado en los artículos 47 y 66 de la LOPA.

a) Fase de Iniciación

Ante la interrogante: ¿Quién puede iniciar el procedimiento?, la respuesta es que el legitimado para hacerlo puede ser:

1. Un administrado que tenga la condición de “interesado”. Tal y como señalamos con anterioridad, son considerados interesados en las resultas del procedimiento administrativo:

- los que hubieren promovido el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos (artículo 48 LOPA);
 - los que sin haber iniciado el procedimiento sean titulares derechos que puedan resultar afectadas por la decisión que se adopte (artículos 48 y 67 LOPA);
 - los que titularicen intereses personales, legítimos y directos que puedan resultar afectados por las resultados procedimiento (artículos 112 y 121 LOCSJ, y artículos 22 y 23 LOPA).
2. La propia autoridad administrativa que ha de dictar la providencia a la cual tiende el procedimiento.
 3. La autoridad administrativa superior por la competencia para dictar el acto.

El iter procedimental depende de la naturaleza de los sujetos que tienen la iniciativa procedimental, bien se trate de que sea el primero o los dos segundos los que actúen como iniciadores.

En el caso de los procedimientos iniciados de oficio, lo importante de esta fase es la notificación de todos aquellos que “pudieren resultar afectados”, acordándoseles un plazo para la comparecencia. Cuando el procedimiento es iniciado a instancia de persona interesada, lo importante es la verificación de si el escrito que el mismo presenta llena los requisitos que la ley establece (los cuales son fundamentalmente, la identificación del órgano al cual se dirige, así como la del solicitante la exposición de los hechos y del derecho en el cual se base, su solicitud, precisando con claridad la materia objeto de la misma; la firma del interesado y “cualesquiera otras circunstancias exigidas por las normas legales o reglamentarias”). Si no están llenos los requisitos, la administración notificará al solicitante las omisiones o faltas y le acordará un plazo (15 días) para subsanarlas.

b) Fase de sustanciación

En esta fase la administración acumula en el expediente administrativo que abre al efecto, todos los elementos que han de servir de base para su decisión. En esta fase como hemos señalado precedentemente, es donde se pone de manifiesto en toda su extensión la facultad

inquisitiva de la administración, ya que a la autoridad que lleve el expediente le corresponde solicitar de otras autoridades u órganos los documentos, informes, antecedentes, etc. que estime conveniente para fundamentar su decisión. Esta fase implica la promoción de los elementos de prueba y la evacuación de los mismos.

c) *Fase de decisión*

La ley establece el lapso máximo de cuatro meses para la tramitación y resolución de los expedientes, salvo la existencia de circunstancias extraordinarias que obliguen a que se acuerden prórrogas, las cuales no podrán exceder en su conjunto de dos meses.

La decisión del procedimiento se realiza mediante un acto administrativo que, por disposición de la ley, deberá resolver todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación del procedimiento. Se trata de la regla de concentración derivada del principio de economía procesal que se pone una vez más de manifiesto.

La causa natural por la cual concluye el procedimiento es la emanación del acto administrativo que decide la cuestión o solicitud objeto del mismo. Ahora bien, también puede finalizar por otras causas, tales como, por *el desistimiento* que hiciera el interesado, el cual ha de ser formulado por escrito y homologado por la administración. El desistimiento que hiciera uno de los interesados, en el caso de que fuesen varios, no afectará a los restantes. Otra causa es *la perención del procedimiento*, la cual se produce en los casos en que habiendo sido iniciado a instancia de un particular, se hubiese paralizado durante dos meses por una causa que al mismo le sea imputable. Al efecto, el término se inicia a partir de la notificación que la administración haga al afectado, vencido el cual sin que hubiese sido activado el procedimiento se procederá a hacer la declaratoria de perención. La perención no extingue los derechos y acciones del interesado ni interrumpe el término para la prescripción.

Tanto en los casos de desistimiento como de perención, la administración podrá continuar la tramitación del procedimiento, si razones de interés público lo justifican.

4.2.2 El procedimiento sumario

El segundo de los procedimientos de primer grado es el procedimiento sumario, regulado en los artículos 67 al 69 de la LOPA, y tiene las siguientes características:

1. Es un procedimiento muy breve, tal como su nombre lo indica, cuya duración no puede exceder de 30 días.
2. Es un procedimiento de oficio.
3. Se deja a la discrecionalidad administrativa la utilización del procedimiento sumario, ya que la ley indica que el mismo se aplicará “cuando la administración lo estime conveniente”.
4. Tanto el impulso procedimental como la comprobación de los hechos y el aporte de los elementos de juicio ha de realizarse de oficio.

La ley faculta al funcionario sustanciador una vez iniciado el procedimiento para que en los casos en que la complejidad del asunto lo exigiere y, previa autorización del superior jerárquico, ordene se siga el procedimiento ordinario.

4.3 Procedimiento de impugnación o de segundo grado

Los procedimientos administrativos de segundo grado son aquellos por medio de los cuales la Administración pública revisa los actos administrativos dictados en la primera instancia. Los procedimientos de segunda instancia se dividen en la LOPA, principalmente, en los derivados de la revisión de oficio (tales como la convalidación y corrección de errores, el reconocimiento de la nulidad absoluta, la revocación de oficio), y en los que se derivan de los recursos administrativos (de reconsideración, jerárquico, extraordinario de revisión y de queja).

4.3.1 Revisión de oficio

4.3.1.1 Convalidación y corrección de errores

Los actos administrativos que adolezcan de algún vicio que según lo establecido en el artículo 20 de la LOPA los hagan anulables pueden ser convalidados por la administración en cualquier momento, subsanando el vicio de que se trate (artículo 81).

Igualmente podrán ser corregidos en cualquier momento los errores materiales o de cálculo en que se hubiere incurrido en la manifestación de un acto administrativo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 84 de la LOPA.

4.3.1.2 Reconocimiento de nulidad absoluta

Los actos nulos de nulidad absoluta no pueden surtir ningún efecto y pueden ser revisados en cualquier momento sin ninguna limitación, tal como lo establece el artículo 83 de la LOPA, al disponer que la administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

La nulidad absoluta, como vicio de los actos administrativos está establecida en la LOPA en el artículo 19, el cual establece:

“Artículo 19. Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

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

Además de los supuestos antes señalados, cabe destacar que la jurisprudencia nacional ha incluido dentro de las causas de nulidad absoluta los vicios de inexistencia o falso puesto de hecho o de derecho y el vicio de desviación de poder, que, por su propia naturaleza, son invaliables e insubsanables.

En efecto, véase así la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Farmacia Unicentro”, de fecha 31 de enero de 1990, por medio de la cual la Sala señaló que “no son sólo los actos viciados de nulidad absoluta los que la administración está impedida de convalidar, pues ocurre también que ciertos vicios de nulidad relativa podrían no ser susceptibles de convalidación. En efecto, a más de los vicios a que se contrae el artículo 19 de la Ley,

se presentan otros en donde la convalidación no es permisible. Ello puede decirse de la desviación de poder, vicio no incluido como de nulidad absoluta –de difícil constatación- en la enumeración del artículo 19 ejusdem⁴¹.

Adicionalmente, téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 21, si el vicio de nulidad afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendrá plena validez. Si bien este artículo 21 señala expresamente que el mismo se refiere a “los supuestos del artículo precedente”, es decir, al artículo 20 que regula los vicios de nulidad relativa -y no el 19 relativo a los de nulidad absoluta- en nuestra opinión, también la consecuencia del artículo 21 resulta aplicable al caso de la nulidad absoluta, siempre que fuere posible mantener con vida la parte del acto no afectada.

Este era el sentido de la norma en el proyecto de LOPA del año 1965-1971, inmediatamente anterior al que fue sancionado en el año 1981, pues en éste se encontraban en el mismo artículo (artículo 15) los vicios de nulidad relativa y los de la nulidad absoluta (es decir se encontraban reunidos en uno solo artículo, lo que hoy en día son los artículos 19 y 20), quedando el siguiente artículo del proyecto (artículo 16) referido expresamente al “artículo anterior” y cubriendo por ende tanto los casos de nulidad relativa como los de nulidad absoluta⁴². De

⁴¹ Véase sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 31 de enero de 1990, caso “Farmacia Unicentro”, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, ob. cit. pp. 113 y ss.

⁴² “Artículo 15. Los actos de la administración serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos: 1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal. 2. Cuando resuelva un asunto precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos a particulares. 3. Cuando su contenido sea de imposible ejecución o bien conduzca a la comisión de hechos delictivos; y 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Cualesquiera otros vicios de los actos administrativos, los harán anulables de acuerdo con el sistema de recursos consagrados por esta ley y por la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículo 16. Si cualquiera de los vicios señalados en el artículo precedente afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que puede ser independiente, continuará teniendo plena validez.” Véase Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos (1965 / 1971), en Allan Brewer-Carias, *El Procedimiento Administrativo en Venezuela. El Proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022. p. 38. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/06/BREWER-CARIAS.-La-LOPA-de-1981-y-el-Proyecto-de-Ley-de-1965.-junio-2022.port_.pdf

manera que fue sólo por el hecho de que la norma referida a los vicios de nulidad relativa y absoluta se dividió en dos disposiciones en la LOPA -artículos 19 y 20- y no quedó en uno solo como se proponía en el proyecto comentado, que el artículo 21 quedó refiriéndose sólo a los casos de nulidad relativa pero no hay razón alguna para que esta misma solución pueda aplicarse a los casos de nulidad absoluta si quedan partes del acto no afectadas por dicha declaratoria, las cuales le permitan subsistir.

4.3.1.3 Revocación de oficio

Los actos administrativos pueden ser revocados de oficio en cualquier momento, total o parcialmente, por la autoridad que los dictó o por su superior jerárquico, a menos que se trate de actos que originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular (artículo 82).

Se consagra el principio de la revocación de los actos administrativos que no creen derechos a favor de particulares, originando por interpretación en contrario, la irrevocabilidad de los actos administrativos que crean derechos a favor de los particulares, y esto se confirma en la propia LOPA al sancionarse como viciado de nulidad absoluta aquel acto administrativo que revoque un acto anterior creador de derechos a favor de particulares. El artículo 19, numeral 2, establece expresamente que son nulos de nulidad absoluta los actos administrativos que resuelvan un caso precedentemente decidido por otro acto administrativo, que tenga carácter definitivo y que haya creado derechos.

4.3.2 Recursos administrativos

4.3.2.1 Actos recurribles

Los interesados pueden interponer recursos administrativos contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, según lo dispuesto en el artículo 85 de la LOPA.

De esta forma, la LOPA en el artículo 85 permite la impugnación del acto de trámite, siempre y cuando encuadre en alguno de los supuestos, bien sea que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando

dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos.

Conforme lo permite el artículo 62 al establecer que “El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”, la impugnación de un acto de trámite puede ser resuelta en la decisión del acto definitivo. Sin embargo, dicha impugnación también puede ser resuelta autónomamente, teniendo en cuenta que incluso de esta decisión podría depender la continuación misma de procedimiento.

4.3.2.2 Legitimación activa

Pueden interponer recursos administrativos. quienes se vean lesionados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos por el acto que se intenta recurrir (artículo 85 de la LOPA).

4.3.2.3 Forma de la solicitud (artículo 86).

Todo recurso administrativo deberá intentarse por escrito. Este deberá contener las mismas menciones exigidas por el artículo 49 para el escrito mediante el cual se inicia el procedimiento ordinario, a saber:

- Organismo al cual está dirigido.
- Identificación del interesado y, en su caso, de la persona que actúe como representante (nombre y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de cédula de identidad o pasaporte).
- Dirección a donde se harán las notificaciones pertinentes.
- Hechos, razones y pedimentos correspondientes, con expresión clara de la materia objeto del recurso.
- Referencia a los anexos que se acompañen.
- Cualesquiera otras circunstancias exigidas por normas legales o reglamentarias.
- Firma.

Cuando no se llenaren los requisitos exigidos, no se admitirá el recurso. Esta decisión deberá ser motivada y notificada al interesado (artículo 86). Consideramos que esta regulación es contraria al principio del despacho subsanador, que bien rige para la solicitud pero que lamentablemente se excluye para el caso del recurso.

Lo único que contempla la norma en favor del derecho de defensa del administrado es que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no impedirá su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

4.3.2.4 Efectos no suspensivos de la interposición del recurso (artículo 87)

La interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, a menos que una disposición legal establezca lo contrario. Sin embargo, el órgano ante el cual se recurra podrá acordar, de oficio o a petición de parte, la suspensión de los efectos del acto recurrido como decisión previa a la resolución del recurso. Esta decisión de suspensión temporal de los efectos del acto puede tomarse en dos casos:

- 1) Cuando la ejecución del acto pudiera acarrear grave perjuicio al interesado, o
- 2) Cuando la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto.

Es necesario señalar que esta segunda causal en verdad conlleva prácticamente una puerta abierta al planteamiento de la suspensión que releva a la parte de toda necesidad de argumentación, pues basta con que se alegue un vicio de nulidad absoluta para que se configure este requisito de procedencia.

Cuando se tome la decisión de dar la suspensión, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que considere suficiente, siendo personalmente responsable el funcionario por la insuficiencia de la caución aceptada. De manera que la suspensión tiene cierto grado de discrecionalidad, pues la norma indica que el funcionario “podrá” acordarla, pero la caución es totalmente reglada, ya que la disposición indica que “deberá” exigirla.

4.3.2. Resolución del recurso

A. Contenido de la decisión: El órgano competente para decidir el recurso de reconsideración o el jerárquico podrá, de conformidad

con el artículo 90 de la LOPA, confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento; también podrá optar por convalidar el acto, cuando éste sea anulable, en ejercicio de la potestad convalidatoria prevista en el artículo 81.

B. Extensión de la decisión: El órgano deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados, según lo dispuesto en el artículo 89 de la LOPA.

C. Resolución por delegación: Ningún órgano podrá resolver por delegación los recursos intentados contra sus propias decisiones (artículo 88).

4.3.2.6 Carácter previo de la vía administrativa

De acuerdo con la LOPA una vez interpuesto el recurso de reconsideración o el jerárquico, el interesado no puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la administración para decidir (artículo 92). Puede acudirse a la vía contencioso-administrativa cuando, interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado o cuando no se haya producido decisión dentro de los plazos correspondientes.

El tema del agotamiento de la vía administrativa cambió radicalmente con la promulgación de la Constitución de 1999, de forma particular incluyó en la exposición de motivos una exhortación al legislador a eliminar el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁴³, interpretando esta exhortación y las normas constitucionales que consagran el derecho de acceso efectivo a la justicia, así como el de la justicia expedita

⁴³ La exposición de motivos en efecto indica: “(...)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(...)”.

sin formalismos, había calificado esta formalidad como “no esencial” en los términos establecidos en el artículo 257 de la Constitución, estableciendo su carácter opcional para el administrado, quien, en todo caso, podía acudir directamente a la vía judicial.

No obstante, esta posición fue revocada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en decisión de fecha 27 de marzo de 2001, dictada en ponencia conjunta (Caso: Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández),⁴⁴ al ratificar el agotamiento de la vía administrativa como requisito indispensable para la interposición de los recursos contenciosos administrativos bajo el argumento de que esta formalidad, prevista en el ordinal 2º del artículo 124 de la LOCSJ no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

En dicha decisión la Sala Político-Administrativa consideró que los recursos administrativos no pueden entenderse como cargas impuestas a los particulares por el legislador, por el contrario, constituyen medios de protección de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, pues a través de ellos el administrado puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, logrando así una pronta conciliación con la administración que haga innecesario el uso de la vía judicial que en muchos casos no se erige como la vía idónea para controlar de manera efectiva y rápida todos los actos administrativos. En criterio de la Sala el uso de la vía administrativa no «*se corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad*» sino que se presenta «*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*».

Esa equiparación del agotamiento de la vía administrativa a la figura de la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos dentro del sistema de justicia venezolano (artículo 258

⁴⁴ Debe también tenerse en cuenta que este criterio fue igualmente modificado por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 26 de abril de 2001 (caso Antonio Alves vs. Municipio Baruta), en la cual se estableció que el carácter opcional del ejercicio de los recursos administrativos correspondía establecerlo al Legislador y no al juez.

de la Constitución)⁴⁵ obedecía, a juicio de la Sala, «*al interés de que se implementen mecanismos que permitan la solución no contenciosa de los conflictos que puedan surgir en un momento determinado entre los particulares y los intereses del Estado, con el fin último de garantizar de una manera efectiva la tutela de dichos intereses y la participación ciudadana en el marco de la resolución de los conflictos*».

De allí que la vigencia y eficacia de la garantía al derecho a la tutela judicial efectiva no podía ser garantizada a través de la eliminación de los recursos administrativos, sino que, por el contrario, éstos debían ser mejorados y mantenidos a fin de asegurar que no se cercenen al administrado la posibilidad de obtener en forma efectiva y rápida una decisión respecto a su planteamiento

Concluye la sentencia señalando que, en todo caso, ante el retardo en la decisión administrativa de que se trate, el administrado puede reclamar la responsabilidad del funcionario público, de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 139 de la Constitución.

El carácter optativo de los recursos administrativo fue acogido en la LOAP en su artículo 7, numeral 10, el cual dispone:

“Las personas en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos: (...) 10. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren precedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República”.

4.3.2.7 Tipos de recursos administrativos

La LOPA precisó por primera vez en el ordenamiento jurídico venezolano una clasificación sistemática de los recursos administrativos “internos”, estos son, de reconsideración, consagrado en el artículo 94; el jerárquico, dispuesto en el artículo 95; el recurso extraordinario de

⁴⁵ “[...]La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

revisión, establecido en el artículo 97 y el recurso de queja, contemplado en el artículo 3; en palabras de Luis Henrique Farías Mata, esta clasificación puso “fin a las lucubraciones que en nuestro medio se venían haciendo acerca de la “tipología” del recurso administrativo”⁴⁶.

a) Recurso de reconsideración

Este recurso procede contra todo acto administrativo de carácter particular y deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la notificación del acto que se impugna, por ante el funcionario que lo dictó. Contra la decisión de un recurso de este tipo no puede interponerse un nuevo recurso de reconsideración. (Artículo 94).

Si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano ante el cual se interpone este recurso decidirá dentro de los 15 días siguientes al recibo del mismo (Artículo 94) y cuando quien deba decidir sea el propio ministro, el lapso será de 90 días (Artículo 91).

b) Recurso jerárquico

Este recurso procede cuando el órgano inferior decida no modificar el acto de que es autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración y deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la decisión del recurso de reconsideración, por ante el ministro respectivo (Artículo 95).

En el caso de los Institutos Autónomos, el recurso jerárquico contra las decisiones de los órganos subalternos se intentará por ante los órganos superiores de aquéllos (Artículo 96).

Adicionalmente, se ha consagrado lo que alguna doctrina ha denominado un recurso jerárquico impropio, por no ser verdaderamente un recurso jerárquico como inapropiadamente se le denomina en el artículo 96 de la LOPA desde que procede contra las decisiones de los órganos superiores de los Institutos Autónomos por ante el ministro de adscripción, quien no es jerarca de aquél, salvo disposición en contrario de la ley.

⁴⁶ Luis Henrique Farías Mata, Introducción General, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela, Tomo I, Colegio de Abogados del estado Lara, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1993. p. 40.

La decisión del recurso jerárquico se hará dentro de los 90 días de su presentación (Artículo 91). Este plazo, de acuerdo con la jurisprudencia se debe contar por días consecutivos y no hábiles de la administración, así lo estableció la decisión de fecha 5 de febrero de 2002 la Sala Político Administrativo en la cual se indica:

“...el lapso de noventa días (90) días, establecido para que el Ministro decida el recurso jerárquico debe ser computado por días consecutivos, conforme a lo dispuesto por el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto es dicha norma la que habilita al administrado para acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, y siendo que la ficción legal del silencio administrativo se construye como una garantía a favor de éste, no puede quien decide señalar que el lapso establecido debe ser computado por días hábiles –como pretende el recurrente–, en virtud de que haría mucho más extensivo el lapso de que dispondrán los administrados para acudir al contencioso administrativo, obstruyendo de esta manera la garantía señalada ut supra- Esta Sala en anteriores oportunidades se ha pronunciado en el sentido de que los 90 días deben ser computados en días consecutivos, tal como lo señalan las decisiones de fechas 13 de abril de 2000 (Caso: Rafael José Parra contra el Ministerio de Justicia) y 4 de octubre de 2001 sentencia N.º 02128).

c) Recurso de Revisión

El recurso de revisión es un recurso extraordinario que procede contra actos administrativos firmes, y tan sólo en los siguientes casos (Artículo 97):

1. Cuando hubieren aparecido pruebas de valor esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente.
2. Cuando en la resolución hubieren influido, en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme.
3. Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme.

Dicho recurso se ha de intentar por ante el ministro respectivo dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de la sentencia a que se refieren los numerales 2 y 3 antes transcritos, o de haberse tenido noticias de la existencia de las pruebas a que se refiere el numeral 1 (Artículo 98). El recurso deberá ser decidido dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su presentación (Artículo 99).

d) Recurso de queja

De conformidad con el artículo 3 de la LOPA, 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 dentro de los quince (15) días siguientes. La reclamación no acarreará la paralización del procedimiento, ni obstaculizará la posibilidad de 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 LOPA sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.

5. CONSIDERACIÓN FINAL

Luego de cuarenta años de vigencia de la LOPA, vista la evolución jurisprudencial y el tratamiento doctrinario, y siendo que durante estos cuarenta años no sólo el régimen constitucional y legal ha cambiado en Venezuela y el mundo, sino también algunos conceptos fundamentales del derecho administrativo, es evidente que se exigen cambios en esta ley y en su forma de interpretarla.

La LOPA debe adaptarse a la Constitución de 1999 y, especialmente, a lo dispuesto en su artículo 141 que señala que 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.

Además, las disposiciones de la LOPA deben articularse con lo previsto por la LOAP, la LSTA y la LOJCA.

La nueva legislación debe hacer las adaptaciones necesarias, corregir los errores detectados, recoger los avances de la interpretación legal y constitucional y permitir que contemos con un instrumento normativo renovado, modernizado y no sujeto a las múltiples y a veces contradictorias interpretaciones y modificaciones jurisprudenciales que causan inseguridad jurídica.

La importancia del procedimiento, hoy equiparada y hasta a veces proyectada de forma superior a la de la regla de competencia misma, impone que el poder legislativo asuma su obligación de legislar en la materia, a modo de garantizar la sujeción de la administración al derecho, la eficiencia y eficacia de su accionar, y la salvaguarda de los derechos de los administrados, a lo que un estado de derecho -como proclama la Constitución- debe propender en todo momento.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías" Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1997.
- BADELL MADRID, Rafael, "La Demanda de Nulidad", en *XXVIII Jornadas J.M Domínguez Escovar*. Instituto de Estudios Jurídicos "Ricardo Hernández Álvarez", Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 2013.
- _____, "Consideraciones generales sobre el Acto Administrativo". Conferencia dictada en las *I Jornadas de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello en Homenaje a José Araujo Juárez*. Caracas, abril 2016. Disponible en: <https://rafaelbadell.com/publicacion/consideraciones-generales-sobre-el-acto-administrativo/>
- _____, "Luces y Sombras del derecho administrativo en Venezuela". Cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1915-2015). En *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015*, Tomo II, Colección Centenario. Caracas, 2015, pp. 1007-1083.
- _____, "El derecho a la buena administración", en "Libro Homenaje al Dr. Allan Brewer-Carías", "80 años de evolución del derecho público". Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica venezolana. Caracas, 2020.
- _____, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

- _____, “Historia del Sillón No. 17”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 163, marzo 2021, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana” en *Revista de la Facultad de Derecho*, número 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1966.
- _____, “Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos”, *Revista de la Facultad de Derecho*, número 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971.
- _____, “La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Contencioso Administrativo”, en *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1980-1981*, Vol. IV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/ADPCA-04.pdf>
- _____, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- _____, “Régimen general del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981”. En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N.º 11, Caracas, 2017. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/Regimen-general-del-procedimiento-Ley-Org-Proceduremientos-Administr-1981-ARBC.pdf>
- _____, *El Procedimiento Administrativo en Venezuela. El Proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/06/BREWER-CARIAS.-La-LOPA-de-1981-y-el-Proyecto-de-Ley-de-1965.-junio-2022.port_.pdf
- _____, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.
- CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Argentina, 2009.
- COVIELLO, Pedro J. *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

- ESCOLA, Héctor J. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- FARÍAS MATA, Luis H. “Acto administrativo. Materia del recurso contencioso de anulación”, en *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª Edición Tomos I Y II. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.
- GARCÍA-TREVIJANO, José, *Los actos administrativos*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1. Parte General. Primera Edición venezolana. FUNEDA. Caracas, 2002.
- HERNÁNDEZ, José I., “Luis Henrique Farías Mata y la construcción jurisprudencial del derecho administrativo venezolano”, disponible en: https://www.academia.edu/37189497/Luis_Henrique_Far%C3%ADas_Mata_y_la_construcci%C3%B3n_jurisprudencial_del_Derecho_Administrativo_venezolano?auto=download
- IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique, “El instrumento público administrativo”, en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.
- KIRIAKIDIS, Jorge, “Las Pruebas en el Proceso Administrativo (Segunda Parte): Consideraciones en torno al objeto de la prueba y los medios de prueba en los procedimientos administrativos y el contencioso administrativo de anulación”, *El Contencioso Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009
- LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*; Décima Segunda Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.
- LINARES BENZO, Gustavo, “Notas sobre los actos administrativos”, en AA. VV. *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI, Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.
- MUCI BORJAS, José A., “La discrecionalidad administrativa. Consideraciones a partir de la decisión judicial que resolvió el asunto “Depositaria Judicial”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 159, julio-diciembre 2019, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019. Pp. 303-319. Disponible en: <http://acienvpol.msinfo>.

- info/bases/biblo/texto/boletin/2019-2/BolACPS_2019_159_303-319.pdf
- PARÉS, Alfredo, “El nacimiento del principio de protección de la confianza en la jurisprudencia alemana.” en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/11/DIGITAL-TOMO-II-HOMENAJE-CSG-27-octubre.pdf>
- POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, “El Impacto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre la Administración Pública”. En *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1980-1981*, Vol. IV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983. pp. 42 y 43. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/ADPCA-04.pdf>
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad”, en *Revista de Derecho Administrativo*, número 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16333/16741/>.
- _____, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública” en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 16, 2012. Disponible en: <https://core.ac.uk/reader/61909988>
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando, , “Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática”, en *Revista de Derecho Público* N.º 117/2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Palabras pronunciadas con motivo de las exequias del Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 64, No. 134, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953.
- URDANETA TROCONIS, Gustavo, “Avances jurisprudenciales sobre los motivos de impugnación en el contencioso-administrativo venezolano”, en *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993.

**LOS PADRES JESUITAS
PABLO OJER CELIGUETA Y
HERMANN GONZÁLEZ OROPEZA
EN LA RECLAMACIÓN
DEL TERRITORIO ESEQUIBO
DR. RAFAEL BADELL MADRID***

* Doctor en Derecho. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela. Socio fundador de Badell & Grau Despacho de Abogados.

Los padres jesuitas Pablo Ojer Celigueta y Hermann González Oropeza realizaron aportes fundamentales para la reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo. Sus investigaciones y los documentos recabados durante sus estadias en el Reino Unido, que se concretaron en el “*Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional*”¹, son determinantes para demostrar la nulidad del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899.

A finales de 1962, durante las inspecciones que se efectuaban en las obras del Puente sobre el Lago de Maracaibo, Rómulo Betancourt sostenía conversaciones con su comitiva sobre el tema de la reclamación del territorio Esequibo y surgió el nombre de Pablo Ojer Celigueta². En la conversación, el Dr. Rafael de León, Ministro de Obras Públicas, hizo del conocimiento del Presidente Rómulo Betancourt que el padre jesuita Pablo Ojer Celigueta había efectuado importantes investigaciones sobre la reclamación del territorio Esequibo. Asimismo, el ministro Rafael de León dijo al Presidente Rómulo Betancourt que en la Universidad Católica Andrés Bello existía importante “*documentación acopiada en microfilms*”³ vinculada con la reclamación.

Al escuchar el nombre de Pablo Ojer Celigueta, Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, le dijo al Presidente Rómulo Betancourt que lo había conocido en la Academia Nacional de la Historia. El mismo Pablo Ojer explica que fue invitado a “*dictar una charla en una de las sesiones de ese cuerpo, acerca de*

¹ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967.

² Pablo Ojer Celigueta, *Los documentos de la casa amarilla (historia de una calumnia)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1982. p. 42.

³ *Ibid.*, p. 43.

la Provincia de la Nueva Cataluña en el siglo XVII, tema de especial interés del Doctor Falcón Briceño por ser de Aragua de Barcelona"⁴.

El Presidente Rómulo Betancourt, vista la explicación del Ministro de Relaciones Exteriores Marcos Falcón Briceño, le dijo a su interlocutor: "*Cuando llegues a Caracas, llamas a Ojer*"⁵.

Para el momento en que se produjo la conversación entre el Presidente Rómulo Betancourt y su comitiva, los diplomáticos Carlos Sosa Rodríguez y Marcos Falcón Briceño ya habían planteado la reclamación del territorio Esequibo ante la Organización de Naciones Unidas y habían logrado que el Reino Unido accediera a la apertura de sus archivos, que serían examinados por expertos.

El Ministro Marcos Falcón Briceño cumplió la orden presidencial en diciembre de 1962, cuando sostuvo una entrevista con Pablo Ojer Celigueta, en la que este le explicó que él junto a Hermann González Oropeza, ambos profesores de la Universidad Católica Andrés Bello, había "*investigado conjuntamente en diversos archivos europeos la historia de Guayana*"⁶.

Ojer y González habían efectuado investigaciones en los archivos británicos entre 1952 y 1956 y luego en febrero de 1963 viajaron a Londres nuevamente para continuar la investigación sobre la reclamación del territorio Esequibo en los archivos británicos.

En 1963, a pocos días de haber llegado a Londres, Ojer y González fueron designados representantes venezolanos en calidad de expertos "*para las discusiones que habrían de celebrarse con los representantes de Gran Bretaña y la entonces colonia de Guayana Británica, sobre la documentación que demuestra la nulidad del laudo de 1899*"⁷.

Ese mismo año fueron designados también asesores del Ministerio de Relaciones Exteriores en materia de límites con Guayana⁸. Ojer y González dudaron en aceptar dichos cargos. Según narra Ojer, ellos habrían preferido "*que fueran otros los que llevaran la representación*

⁴ *Ídem.*

⁵ *Ídem.*

⁶ *Ídem.*

⁷ *Ídem.*

⁸ Véase Manuel Alberto Donís Ríos, *El Esequibo. Una reclamación histórica*, Abediciones, Caracas, 2016. p. 111.

*formal de nuestro país en esas conversaciones tripartitas*⁹ con el fin de que ellos pudieran dedicarse “*con mayor empeño, y libertad, a la investigación histórica en los archivos*”¹⁰. Finalmente, Ojer y González terminaron aceptando estos cargos a instancia del Embajador Ignacio Iribarren Borges¹¹.

En 1964 Pablo Ojer asistió sólo a las reuniones y expuso los argumentos de Venezuela, alternando continuamente entre la Embajada de Venezuela y la Foreign Office Británica, que eran los lugares donde se celebraron las discusiones tripartitas. Hermann González Oropeza, que había permanecido en Caracas debido a una dolencia en la columna vertebral, se incorporó pocos meses después a las deliberaciones¹².

El 18 de marzo de 1965 fue publicado el *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional*¹³. El informe se refiere a los títulos de Venezuela sobre el territorio Esequibo; los detalles de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda durante el siglo XIX; la falta de participación de Venezuela en la formulación del Tratado de Washington de 1897 y las razones por las cuales el Laudo Arbitral de París es nulo. Además, el informe incluye declaraciones de personajes que participaron en el arbitraje de París, las reacciones de la prensa internacional y varios mapas que demuestran que el procedimiento fue abiertamente violatorio de los legítimos derechos de Venezuela.

En cuanto a los títulos de Venezuela sobre el territorio Esequibo el informe señala cómo España fue el Estado que descubrió y colonizó el territorio de Guayana, labor que fue reconocida por las demás potencias entre los siglos XV y XVI. Cuando se firmó el Tratado de Münster o Paz de Münster de Westfallia no existía ningún puesto holandés ubicado al oeste del río Esequibo.

Los expertos Ojer y González, relatan que los holandeses tuvieron sólo puestos insignificantes que duraron muy poco tiempo y que constituían violaciones al Tratado de Münster. Sostienen que cuando se firmó el Tratado de Londres en 1814 el Reino Unido de Gran Bretaña

⁹ Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 43.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ *Ibid.*, p. 44.

¹² Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 44.

¹³ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit.

e Irlanda obtuvo el territorio de la Guayana Británica. Sin embargo, el límite con Venezuela siempre estuvo situado en el río Esequibo. Esto consta en el Mapa de Cruz Cano, publicado por Francisco de Miranda en 1799 con el beneplácito del gobierno británico.

Ojer y González indican en el informe que incluso cuando Venezuela formaba parte de la República de Colombia, siempre se dio a conocer al Reino Unido que la frontera con la Colonia de la Guayana Británica era la línea del río Esequibo. Estas afirmaciones se encuentran respaldadas por las declaraciones diplomáticas de Francisco Antonio Zea en 1821; José Rafael Revenga en 1823; José Manuel Hurtado en 1824 y Pedro Gual en 1825. Además, como indican los padres jesuitas en su informe, “*España, al firmar en Madrid el 30 de marzo de 1845 el Tratado de reconocimiento de la soberanía de nuestro país sobre el territorio conocido bajo el antiguo nombre de la Capitanía General de Venezuela, incluyó en ella la Provincia de Guayana, que limitaba al Este por el río Esequibo*”¹⁴.

El informe contiene un estudio sobre la controversia anglo-venezolana donde se expone el progresivo aumento de las pretensiones británicas luego de la publicación de la primera línea Schomburgk en 1835 y el inicio formal de la controversia en 1840 con la denominada pseudo-línea Schomburgk.

Según la información recabada por los expertos de los archivos confidenciales británicos “*tanto el Foreign Office como el Colonial Office rechazaron los argumentos de Schomburgk en favor de su pseudo-línea de 1840. Aquellos dos Ministerios llegaron a la conclusión de que el naturalista prusiano había mal interpretado los documentos históricos y los había utilizado con parcialidad y sectarismo*”¹⁵.

Además el informe relata que cuando Schomburgk fue comisionado nuevamente para realizar labores de exploración de la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica -con base en la línea de 1840- excedió las instrucciones que el gobierno le había dado y “*levantó postes, marcó arboles e hizo actos de posesión que dieron origen a formales protestas por parte de Venezuela*”¹⁶.

¹⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

Aún más, como indican Ojer y González, “*las minutas de lord Aberdeen en 1841 califican las acciones Schomburgk de prematuras y afirman que siendo su comisión de survey (exploración) no tenía por qué tomar posesión*”¹⁷.

En todo caso, de la revisión de los archivos británicos por parte de los expertos jesuitas se deduce que “*la documentación interna del Foreign Office, del Colonial Office y del Gobierno de Demerara revela que la publicación de los mapas que llevaban aquella pseudo-línea Schomburgk de 1840 tenía un carácter oficial y representaba la máxima reclamación británica frente a Venezuela. Así conocemos hoy que fue bajo la dirección del Gobierno británico y del Gobierno de Demerara como se prepararon los siguientes mapas: (a) El Mapa del Memorándum del Foreign Office de 1857 acerca de la controversia con Guayana; (b) El mapa del Memorándum, de C. Chalmers, Crown Surveyor of the Colony (1867); (c) El mapa Schomburgk-Walker de 1872; (d) El mapa de Brown de 1875; (e) El mapa de Stanford de 1875*”¹⁸. Todos estos mapas permiten apreciar con meridiana claridad que el Reino Unido reconoció desde 1840 hasta 1886 “*como territorios venezolanos sin disputa todo el alto Barima y todo el Cuyuní desde sus fuentes hasta la desembocadura del Otomong*”¹⁹.

La presión de los intereses de la industria minera del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda hizo que las aspiraciones británicas crecieran rápidamente. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda “*avanzó aún más sus ambiciones colonialistas hasta cerca de Upata, a pocos kilómetros del Orinoco, con la llamada línea de la máxima reclamación británica*”²⁰.

Las investigaciones de Ojer y González confirmaron que “*Gran Bretaña rechazó las constantes propuestas venezolanas para someter la cuestión a arbitraje porque su gobierno consideraba que carecía de argumentos y que una decisión plenamente judicial había de serle desfavorable*”²¹ y por ello rechazó siempre resolver la disputa territorial con Venezuela mediante un arbitraje.

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ *Ibid.*, p. 11.

²¹ *Ídem.*

Los investigadores Ojer y González explican los motivos por los cuales el Reino Unido cambió constantemente de posición con relación a la frontera de la Colonia de la Guayana Británica con Venezuela. Expresan que estos cambios se debieron a que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda nunca confió en sus títulos sobre el territorio en disputa²². Por eso es que “*las líneas Aberdeen (1844), Granville (1881), Rosebery (1886) etc., responden a los intereses que en cada época tenían los colonos de Guayana Británica*”²³.

Cuando el Reino Unido de Gran Bretaña e Inglaterra por fin aceptó resolver la controversia con Venezuela mediante arbitraje luego de la intervención de los Estados Unidos de América, comenzaron las negociaciones del Tratado Arbitral de Washington. Con relación a este tratado Ojer y González indican que “*la actual investigación comprueba que durante el curso de las negociaciones se le mantuvo marginada, particularmente en la fase final y más importante. Consultada sobre la cláusula de la prescripción, se prosiguieron las negociaciones a pesar y en contra de las objeciones de la Cancillería venezolana. Más aún, Richard Olney acordó con Gran Bretaña la exclusión de Venezuela del Tribunal Arbitral*”²⁴.

Por lo que se refiere a la regla de la prescripción, incluida del artículo IV del Tratado de Washington, el referido informe permite concluir que aun asumiendo la regla de prescripción de la forma incorrecta como fue interpretada por los ingleses, de ella no se deduce la posibilidad de otorgar el enorme territorio que se adjudicó al Reino Unido.

En efecto, está demostrado en el mapa incluido en el informe, que el territorio que podía adquirir el Reino Unido mediante la regla de prescripción era mucho menor al que el laudo le adjudicó finalmente. En el mapa se observa con claridad cuáles fueron los territorios ocupados por los ingleses en 1840; después, entre 1886 y 1890 y, luego con posterioridad a 1890. De forma que la cláusula de prescripción no era aplicable a un territorio tan vasto como el que finalmente se adjudicó al Reino Unido, al contrario, la regla de prescripción solo podía aplicarse sobre una porción territorial considerablemente más pequeña²⁵.

²² *Ídem.*

²³ *Ídem.*

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ibíd.*, p. 15.

*45 millas aproximadamente de la costa, en la confluencia de los Ríos Mazaruni y Cuyuni con el Esequibo y desde ese punto forma una especie de bolsa, al oeste del Río Esequibo, hasta el punto de la costa donde desemboca el Río Moroco*²⁶. Antes y por el contrario, el tribunal arbitral tomó en cuenta la línea expandida del mapa de Hebert de 1842 una línea sobre la cual existen importantes indicios de falsificación y alteración, a saber:

*“Venezuela tiene pruebas de que el Foreign Office británico no conoció esa línea hasta junio de 1886. Ya esto es más que un grave indicio de que se trataba de una reciente corrupción del mapa original que reposaba desde 1842 en el Colonial Office”*²⁷.

En cuanto a los vicios del Laudo Arbitral de París, el informe indica que *“el primer vicio del Laudo de 1899 consiste en que pretendió atribuir valor jurídico a una línea adulterada por Gran Bretaña: la llamada línea expandida del mapa de Hebert de 1842”*²⁸.

La falta de motivación también fue denunciada en el informe como uno de los vicios del Laudo Arbitral de París. Al respecto indicaron lo siguiente: *“Estamos en capacidad de afirmar que el Tribunal arbitral que dictó la sentencia en el conflicto fronterizo británico-venezolano no cumplió su deber y, por lo tanto, al presentar una decisión sin la parte motiva correspondiente, no procedió de acuerdo con las normas del derecho internacional. La decisión del Tribunal Arbitral carece, en consecuencia, de validez en el derecho internacional, al menos a partir de la fecha en la cual la invalidez es invocada”*²⁹.

Ojer y González señalaron en su informe que el Laudo Arbitral de París incurrió también en el vicio de exceso de poder. En primer lugar hay que tener presente, tal y como apuntan los expertos cuyo informe comentamos que *“el compromiso arbitral, tal y como fue establecido en 1897, había previsto que la decisión debería basarse*

²⁶ Véase Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit. Véase también Carlos Sosa Rodríguez, “El acta de Washington y el laudo de París”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983. p. 122.

²⁷ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 13.

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibid.*, p. 14.

sobre los principios de derecho y en particular sobre el principio del *uti possidetis juris* de 1810”³⁰.

A pesar de los términos establecidos en el Tratado de Washington y como lo confirmó el informe “*la decisión del Tribunal arbitral no tuvo en cuenta ni el principio del uti possidetis juris ni la estipulación contenida en la regla a) del Art. IV, y, aun en la interpretación más favorable para la Gran Bretaña, el Tribunal se excedió en sus poderes, ya que no expuso las razones por las cuales atribuyó a ese país e dominio sobre ese territorio durante los cincuenta años anteriores a la sentencia, siendo lo único cierto que esos territorios, antes de 1810, pertenecían a la Capitanía General de Venezuela, futuro Estado independiente*”³¹.

Además, el Laudo Arbitral de París incurrió en el vicio de ultra petita desde que “*el Tribunal arbitral fue mucho más allá de sus facultades al decidir y regular una cuestión cuyo examen no había sido previsto en el compromiso arbitral; es decir, decidió y reglamentó la libre navegación de los ríos Barima y Amacuro*”³².

Ojer y González ratificaron en su investigación que el Laudo Arbitral de París tuvo otro vicio que “*consiste en no haber sido una decisión de derecho, conforme a lo pactado sino un compromiso*”³³. Así lo reconocen la prensa americana y europea; los miembros del tribunal arbitral de París y los abogados de las partes³⁴.

Los documentos revisados por Ojer y González en los archivos británicos indicaron que “*el laudo fue un compromiso obtenido por extorsión*”³⁵ con la naturaleza de un negocio político. Varias declaraciones coinciden en esta conclusión, entre ellas, las de Severo Mallet-Prevost; George Buchanan; Perry Allen; Sir Richard Webster; Lord Russell; José María Rojas; José Andrade; L. de la Chanonie; Georges A. Pariset; Caroline Harrison; Charles Alexander Harris; A. L. Mason y R.J. Block³⁶.

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ibid.*, p. 16.

³² *Ídem.*

³³ *Ibid.*, p. 17.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

Ojer y González coincidieron con la opinión de varios expertos en materia de arbitraje internacional entre Estados en que: *“los autores y la práctica del derecho internacional admiten en general la nulidad de las sentencias en dos casos: en el de la incompetencia del juez (ausencia de un compromiso o de un tratado de arbitraje válido), o en el caso del exceso de poder (extensión de la decisión sobre materias que no estaban incluidas en la convención arbitral o judicial, o aplicación de reglas como las de la equidad, por ejemplo, que habían sido explícita o implícitamente excluidas por las partes)”*³⁷.

En cuanto a la ejecución del Laudo Arbitral de París, Ojer y González insistieron en que *“si Venezuela concurrió con Gran Bretaña en la demarcación de la llamada frontera del laudo, fue por la tremenda presión de las circunstancias, por evitarse mayores males”*³⁸. Además señalaron que la participación de la comisión venezolana en la demarcación era de carácter estrictamente técnico y *“no implicaban el asentimiento a la supuesta sentencia del Tribunal de Arbitraje”*³⁹.

Venezuela protestó el Laudo Arbitral de París desde que fue dictado. Los expertos afirman en su informe que la primera reclamación oficial ante el Laudo Arbitral de París la formuló José María Rojas quien fue el único abogado venezolano que formó parte del equipo de defensa del país durante el arbitraje de París. El 4 de octubre de 1899, una vez dictado el Laudo Arbitral de París, criticó severamente la decisión señalando que se trataba de una decisión irrisoria y una manifiesta injusticia⁴⁰. El Presidente Ignacio Andrade también criticó el Laudo Arbitral de París e indicó que la decisión *“solo había restituido a Venezuela una parte de su territorio usurpado”*⁴¹.

La prensa venezolana reaccionó inmediatamente criticando el Laudo Arbitral de París. En efecto, los expertos Ojer y González reportaron en su informe que el 17 de octubre de 1899 el diario El Tiempo denunció la decisión arbitral⁴².

³⁷ *Ibid.*, p. 16.

³⁸ *Ibid.*, p. 22.

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ídem.*

En una nota del 4 de diciembre de 1899, el Ministro Británico en Caracas para ese momento, “*expuso su criterio acerca de la justicia del llamado laudo*”⁴³. Ante esta situación, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela respondió algunos días después e indicó que podía refutar los argumentos del Ministro Británico en Caracas⁴⁴. En atención a ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores “*llegó a la conclusión de que la decisión arbitral contenía tales vicios que le autorizaban a invocar su invalidez. Decidió no denunciarla por no poder enfrentarse a la formidable potencia de su adversario, pues ya no contaba con el apoyo de los Estados Unidos, que habían venido a una entente con el Reino Unido*”⁴⁵.

El acercamiento entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda durante el arbitraje de París se hizo más evidente con las palabras de la prensa inglesa un día después de dictarse el Laudo Arbitral de París que decían lo siguiente: “*No dudamos que los Estados Unidos obliguen a Venezuela a aceptar el veredicto y que actuarán adecuadamente en caso de que se presentes problemas con respecto al cumplimiento de la decisión*”⁴⁶.

La reclamación venezolana por el territorio Esequibo en algunos momentos de nuestra historia no pudo ser planteada con toda la fuerza que merecía, pero esto tuvo sus razones. En efecto, señala el informe, “*la situación interna e internacional de Venezuela en la primera mitad del siglo XX la forzaron a posponer la denuncia del laudo. Pero la prensa, los autores venezolanos, los maestros venezolanos, ininterrumpidamente enseñaron a las sucesivas generaciones que la frontera del laudo no correspondía a los legítimos derechos de Venezuela*”⁴⁷.

El 5 de diciembre de 1899 el Ministro Británico en Caracas envió una nota al gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda donde indicó que Venezuela tenía intenciones de postergar la demarcación de la frontera establecida en el Laudo Arbitral de París⁴⁸.

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 21

Según Ojer Celigueta y González “en julio de 1900 el Ministro británico notificó al Gobierno de Venezuela que si antes del 3 de octubre no enviaba la Comisión, procedería Gran Bretaña sola a iniciar la demarcación. El 8 de octubre el mismo Ministro notificaba a la Cancillería venezolana que el Gobernador de Guayana Británica había sido instruido para que comenzara los trabajos de demarcación. El día 19 ya habían levantado los Comisarios británicos el hito de Punta Playa. Venezuela, ante esta presión manifiesta, no tuvo otra alternativa que la de proceder al envío de la Comisión demarcadora”⁴⁹.

Según relata el informe, Venezuela desde 1915 hasta 1917 “insistió en vano ante la Gran Bretaña para rehacer la demarcación de algunos sectores de la frontera, el Gobierno británico se resistió a ello apoyándose en las dolorosas circunstancias bélicas por las que atravesaba su país”⁵⁰. Venezuela tuvo que aguardar por mejores condiciones para reclamar con toda la fuerza que exigía una injusticia de aquella magnitud, pero la posición de rechazo hacia el Laudo Arbitral de París había sido fijada desde el 4 de octubre de 1899.

Durante el siglo XX en múltiples ocasiones se insistió en la necesidad de reparar la grave injusticia sufrida por Venezuela como consecuencia del Laudo Arbitral de París. Entre ellas, Ojer y González señalan las siguientes:

1. En 1944, el Embajador de Venezuela en Washington, Diógenes Escalante, “invocando el nuevo espíritu de equidad entre las naciones, exigió en 1944 la reparación amistosa de la injusticia cometida por el laudo”⁵¹.
2. El 30 de junio de 1944, durante la sesión de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela el diputado José A. Marturet “ratificó la tradicional posición de Venezuela ante el laudo, exigiendo **la revisión de sus fronteras con la Guayana inglesa**”⁵². (Resaltado añadido)
3. El 17 de julio de 1944, el presidente del Congreso de Venezuela, Manuel Egaña durante la sesión de clausura de ese órgano

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁵¹ *Ibid.*, p. 23.

⁵² *Ídem.*

legislativo se pronunció en respaldo de la posición del ejecutivo y dijo: *“Y aquí quiero recoger y confirmar el anhelo de revisión, planteado ante el mundo y en presencia del ciudadano Presidente de la República por el Embajador Escalante y ante este Congreso, categóricamente, por el Diputado Marturet; quiero recoger y confirmar, repito, el anhelo de revisión de la sentencia por la cual el imperialismo inglés nos despojó de una gran parte de nuestra Guayana”*⁵³.

4. El 18 de julio de 1944, las declaraciones de prensa de los miembros de las Comisiones Permanentes de Relaciones Exteriores de las Cámaras Legislativas, *“quienes representaban a diferentes partidos políticos, se manifestaron también sobre la necesidad de revisar el laudo de 1899”*⁵⁴.
5. El 30 de marzo de 1948 Rómulo Betancourt, quien encabezó la delegación de Venezuela que asistió a la IX Conferencia Internacional Americana, expresó que *“Al propugnar el principio de autodeterminación de los pueblos coloniales para decidir acerca de su propio destino no negamos en forma alguna el derecho de ciertas naciones de América a obtener determinadas porciones de territorio hemisférico que en justicia les pueda corresponder; ni renunciamos a lo que los venezolanos, llegado el caso de una serena y cordial revalorización histórica y geográfica de lo americano, pudieran hacer valer en pro de sus aspiraciones territoriales sobre zonas hoy en tutela colonial y que antes estuvieron dentro de nuestro propio ámbito”*⁵⁵.
6. En 1949 se publicó el Memorándum de Severo Mallet-Prevost *“que reveló las intimidades de la farsa de París”*⁵⁶. Lo que ocasiona que los historiadores venezolanos, bajo las instrucciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, *“se apresaron a buscar en los archivos británicos nuevos documentos que irían aclarando aún más los detalles de aquella farsa. Se*

⁵³ *Ídem.*

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 24.

- había cumplido 50 años y por primera vez se podían estudiar esos documentos en los archivos públicos de Gran Bretaña*⁵⁷.
7. En 1951, durante el gobierno del Presidente Interino Germán Suárez Flamerich, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Luis Gómez Ruíz, durante la IV Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Americanos, exigió *“la rectificación equitativa de la injusticia cometida por el Tribunal de Arbitraje”*⁵⁸. Por otra parte y durante ese mismo momento, el Encargado de la Cancillería, Rafael Gallegos Medina, declaró ante la prensa caraqueña que: *“La Cancillería nunca ha renunciado a esa justa aspiración de los venezolanos”*⁵⁹.
 8. En marzo de 1954 durante la X Conferencia Interamericana reunida en Caracas, el consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ramón Carmona, expresó lo siguiente *“De conformidad con lo que antecede, ninguna decisión que en materia de colonias se adopte en la presente Conferencia podrá menoscabar los derechos que a Venezuela corresponden por este respecto ni ser interpretada, en ningún caso, como una renuncia de los mismos”*⁶⁰.
 9. En febrero de 1956 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, José Loreto Arismendi, *“ratificó la tradicional posición venezolana acerca de los límites con aquella colonia, en el sentido de que no sería afectada por ningún cambio de status que en ese territorio limítrofe se produjera”*⁶¹.
 10. En marzo de 1960 el diplomático y diputado Rigoberto Henríquez Vera, en el seno la Cámara de Diputados del Congreso de la República y delante de una delegación parlamentaria del Reino Unido, señaló que: *“Un cambio de status en la Guayana Inglesa no podrá invalidar las justas aspiraciones de nuestro pueblo de que se reparen de manera equitativa, y mediante*

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ *Ídem.*

⁵⁹ *Ídem.*

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ *Ibíd.*, p. 25.

*cordial entendimiento, los grandes perjuicios que sufrió la nación en virtud del injusto fallo de 1899, en el cual privaron peculiares circunstancias ocasionando a nuestro país la pérdida de más de sesenta mil millas cuadradas de su territorio”*⁶².

11. En febrero de 1962 el Embajador de Venezuela ante la ONU, Dr. Carlos Sosa Rodríguez, ratificó ante la Comisión de Administración Fiduciaria y Territorios no Autónomos de la ONU la posición sostenida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela según la cual un cambio de status de la colonia de la Guayana Británica no cambiaría la legítima aspiración venezolana de obtener justicia⁶³.
12. Durante las sesiones de fecha 28 de marzo y 4 de abril de 1962 de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela “*después de oír las intervenciones de los representantes de todos los partidos políticos en apoyo de la posición de la Cancillería venezolana sobre el laudo, aprobó el siguiente acuerdo: “Respalda la política de Venezuela sobre el diferendo limitrofe entre la posesión inglesa y nuestro país en cuanto se refiere al territorio del cual fuimos despojados por el colonialismo; y, por otra parte, apoyar sin reservas la total independencia de la Guayana Inglesa y su incorporación al sistema democrático de vida”*⁶⁴.
13. El 12 de noviembre de 1962 Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, ratificó ante la 348ª Sesión del Comité Político Especial de la XVII Asamblea de las Naciones Unidas la posición del Embajador Carlos Sosa Rodríguez respecto de la reclamación e invocó la histórica postura venezolana de que el Laudo Arbitral de París es nulo⁶⁵.

Según el informe luego de las conversaciones entre los representantes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y Venezuela “*se produjo un acuerdo entre aquellos dos países, con la concurrencia*

⁶² *Ídem.*

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁵ *Ídem.*

*del Gobierno de Guayana Británica, en el sentido de que los tres Gobiernos examinarían los documentos relativos a esta cuestión, y que informarían a las Naciones Unidas sobre los resultados de las conversaciones. Así lo declaró, con autorización de las partes interesadas, el Presidente del Comité Político Especial, señor Leopoldo Benítez (representante del Ecuador) el 16 de noviembre de 1962*⁶⁶.

El mes de noviembre de 1963, después de que se llegara a algunos acuerdos mediante la vía diplomática, *“se reunieron en Londres los Ministros de Relaciones Exteriores de Venezuela y del Reino Unido, Dr. Marcos Falcón Briceño y el honorable R. A. Butler, respectivamente*⁶⁷. El 5 de noviembre de 1963 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Marcos Falcón Briceño, *“presentó al Secretario de Asuntos Exteriores de Su Majestad Británica una Aide-Memoire sobre los puntos de vista de Venezuela sobre el litigio”*⁶⁸ y cuya conclusión fue que: *“La verdad histórica y la justicia exigen que Venezuela reclame la total devolución del territorio del cual se ha visto desposeída”*⁶⁹.

En esa misma reunión, Ojer participó como exponente de la vertiente histórica de la reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo, para el caso de que fuera necesario ampliar las explicaciones del Ministro de Relaciones Exteriores Marcos Falcón Briceño⁷⁰.

El informe tiene un valor adicional y es que, tal como indica la primera página: *“Cada una de las afirmaciones contenidas en este Informe están respaldadas por sus respectivos documentos, los cuales fueron presentados a Gran Bretaña en las conversaciones entre expertos, durante las 15 sesiones que tuvieron lugar en Londres entre los meses de febrero y mayo del año 1964”*⁷¹.

El informe de Ojer y González es uno de los más contundentes elementos con los que cuenta Venezuela para demostrar la nulidad del Laudo Arbitral de París. Al referirse a este informe el Dr. Óscar García-Velutini recuerda que *“la primera conclusión que se formula en aquél*

⁶⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁷ *Ídem.*

⁶⁸ *Ídem.*

⁶⁹ *Ídem.*

⁷⁰ Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 44.

⁷¹ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 1.

*es la de que Venezuela tuvo que aceptar el Tratado de Arbitraje de 1897 bajo presión indebida y engaño por parte de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, los cuales negociaron las bases del compromiso con exclusión del gobierno venezolano en la última y decisiva fase de la negociación; y Venezuela, continúa el Informe, fue de tal manera preterida, que Estados Unidos de Norte América y Gran Bretaña acordaron desde el comienzo de la negociación que ningún jurista venezolana habría de formar parte del tribunal de arbitraje*⁷².

En 1966 Ojer y González participaron en la Conferencia de Ginebra, en la que se aprobó el Acuerdo de Ginebra. Cuando volvieron a Venezuela de la Conferencia de Ginebra, Ojer y González asistieron al Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Ignacio Iribarren Borges, “*en la defensa del Acuerdo de Ginebra*”⁷³. Ambos eran, como lo reconoció el propio Ojer, “*los hombres del Canciller*”⁷⁴.

La muy importante labor de los expertos Ojer y González fue reconocida por el gobierno de Venezuela cuando se les concedió la Orden del Libertador en el grado de Comendador, que fue impuesta por el Ministro de Relaciones Exteriores Ignacio Iribarren Borges, luego de pronunciar un emotivo discurso “*en acto muy solemne, con la presencia de altos funcionarios del despacho, del Dr. Héctor Santaella, entonces Ministro de Comunicaciones, los Representantes de Venezuela en la Comisión Mixta de Límites, Dres. Luis Loreto y Gonzalo García Bustillos, que tuvo lugar en el salón de Embajadores de la Casa Amarilla*”⁷⁵.

Durante las sesiones de debate celebradas en la Cámara de Diputados, los representantes de todos los partidos políticos reconocieron expresamente y sin reservas los valiosos aportes de Pablo Ojer y Hermann González⁷⁶.

En 1969 Pablo Ojer publicó, a través del Instituto de Estudios Hispanoamericanos de la Universidad Central de Venezuela, el libro “*Robert H. Schomburgk explorador de Guayana y sus líneas de frontera*”.

⁷² Oscar García-Velutini, *Facultad, acción y efecto de arbitrar*, Editorial Arte, Caracas, 1960. p. 17.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ *Ídem*.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 47

⁷⁶ *Ídem*.

Se trata de un valiosísimo libro, sub producto de la investigación realizada en los archivos británicos, que tiene dos propósitos. En primer lugar, es un perfil biográfico único del explorador prusiano nacido el 5 de junio de 1804 y, en segundo lugar, procura ahondar en las diversas líneas trazadas por Schomburgk, basado en la abundante correspondencia entre el Gobierno de Demerara (Guayana británica) y el gobierno de Gran Bretaña.

BIBLIOGRAFÍA

DONÍS RÍOS, Manuel Alberto, *El Esequibo. Una reclamación histórica*, Abediciones, Caracas, 2016.

—————, “La historia por Manuel Donís. De un pupilo para un maestro. Un chorrillo para el Padre Hermann”, *El Ucabista*, Caracas, 1998. Disponible en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/sala_de_prensa/recursos/ucabista/feb98/39.htm.

GONZÁLEZ OROPEZA, Hermann y OJER CELIGUETA, Pablo, *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967.

OJER CELIGUETA, Pablo, *Los documentos de la casa amarilla*, Editorial Arte, Caracas, 1982.

—————, Robert H. *Schomburgk explorador de Guayana y sus líneas de frontera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

SOSA RODRÍGUEZ, Carlos, “El acta de Washington y el laudo de París”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

1914 SERBIA 2022 UCRANIA Y ALGUNOS OTROS MÁS

DR. MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN*

* Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Cádiz, Buenos Aires, de León. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (1965).

Como el Sr. Presidente anunció el pasado martes, mi intervención de hoy no va a ser la prevista en nuestro calendario del presente curso, sino que atendiendo al imperativo del artículo 1º de nuestros Estatutos voy a prestar atención a un tema de máxima actualidad: la Guerra de Ucrania. Y me felicito de que la Academia prevea dos mesas redondas más sobre tema tan candente, la primera de las cuales ha sido ya celebrada con el debido éxito. La pluralidad de opiniones, expresión auténtica de la libertad académica, enriquece el debate y contribuye a clarificar la opinión.

Creo importante que en una Institución docta e independiente como es esta Casa, bajo la sola responsabilidad del ponente y sin que ello implique ninguna posición institucional, se trate de analizar la situación al margen de la opinión pública y sobre todo publicada, tras, eso sí, rendir un testimonio de admiración a la cobertura que los medios impresos, radios y televisivos nacionales están dando a la situación en Ucrania con la objetividad que les caracteriza solo parangonable a su bien conocida insobornabilidad. Por todo ello, para distanciarme del bullicio reinante, me parece útil acudir a un paralelismo, entre otros, para mí evidente, entre lo que hoy ocurre e incluso puede ocurrir, y lo desdichadamente ocurrido hace 108 años. Esto es, en 1914.

He prestado especial atención al tema por mi probada fidelidad atlántica. Así, en 1981, tuve el honor de contribuir a la adhesión de España a la OTAN colaborando como Presidente y Portavoz del Grupo Parlamentario de UCD, a la sazón minoría mayoritaria, principal apoyo del Gobierno en las Cortes, con el entonces Presidente del Gobierno, Leopoldo Calvo-Sotelo, el Ministro de Asuntos Exteriores, mi amigo José Pedro Pérez Llorca, y quien fue motor político y técnico de la operación de adhesión española a la Alianza, nuestro colega Javier Rupérez.

A partir de entonces me ocupé como ponente en el seno de la Asamblea Atlántica, una institución secundaria, pero de cierto interés como foro de información y opinión, de los “desafíos fuera de área”, y en 1986 fui el primer español que pronunció una lección sobre este tema en el Colegio de Defensa de la OTAN en Roma. Es esta fidelidad a la Alianza y la utilización del concepto de “desafíos fuera de área”, lo que me llevó a oponerme con éxito a la moción de los halcones anglosajones en la sesión de la citada Asamblea Atlántica de Washington de 1990, propugnando la extensión al este de los límites de la OTAN fijados en el artículo 5 del Tratado de Washington de 1948. Dije al efecto, y podría citar testigos de ello, que una extensión de los límites de la Alianza aumentaba sus responsabilidades, inquietaba a su adversario, la URSS, y arriesgaba la solidaridad de sus miembros. Al menos, los dos primeros se han hecho realidad al incorporar a la Alianza las Repúblicas Bálticas y Polonia y amagar con el ingreso en la misma de Ucrania. En cuanto al tercero, los aliados han abundado en declaraciones solidarias cuya puesta en práctica requeriría cuantiosos esfuerzos presupuestarios y, por otra parte, ha aumentado la dependencia europea de los abastecimientos energéticos procedentes de los Estados Unidos.

Pero pasemos a los paralelos atrás enunciados. No voy formular teorías ni hacer juicio de valor me remitiré a relatar hechos que pueden comprobarse en cualquier manual solvente de Historia Contemporánea.

En 1914 Austria-Hungría era una gran potencia europea. Lo era por extensión, población, prestigio e incluso fuerza militar. Y como tal potencia, tenía una zona de influencia y seguridad más allá de sus fronteras. En este caso, especialmente en los Balcanes y en la cuenca del Adriático. Al sur de Austria-Hungría y de su prolongación balcánica a través de Croacia y Bosnia Herzegovina existía una pequeña potencia: Serbia.

Serbia, conjunto de pequeños Principados, convertido en Reino en 1882 cambió súbitamente de política exterior. De seguir fielmente la política austro-húngara, bajo cuya protección se había configurado y desarrollado, pasó a ser el epicentro muy activo de un paneslavismo antiaustríaco. El cambio de dinastía, Obrenovic por la Carajeojevic, tras el asesinato del segundo Rey, Alejandro, en 1903, fue decisivo. Dicha política culminó en la tolerancia de movimientos terroristas eslavistas

que llevaron al asesinato en Sarajevo en 1914 del Archiduque Francisco Fernando, heredero del trono de los Habsburgo. Austria-Hungría invadió Serbia.

Hoy, 108 años después, existe una gran potencia, Rusia, al sur de la cual se sitúa como ocurría en 1914, una pequeña potencia: Ucrania.

Ucrania, siempre mostró tendencias y rangos diferenciales respecto de Rusia, avivados a despertar su conciencia nacional en la segunda mitad del siglo XIX por obra, como en tantas otras circunstancias, de intelectuales entre los que destaca el gran historiador Kostomarov. Ante la intolerancia rusa, los sectores pre-nacionalistas de Ucrania se trasladaron a la Galitzia austríaca, de población polaca, de manera que la reivindicación ucraniana fue más antipolaca que antirusa al hilo de la tendencia polaca a asimilar Ucrania. No se puede comprender Polonia sin Ucrania decía un significado líder polaco como no se entiende Alemania sin Baviera ni Francia sin el Valle del Loire. Y en todo caso, ya entrado el siglo XX, el nacionalismo ucraniano fue decididamente separatista sin que a ello fuera ajeno la política de los Imperios centrales que, ya derrotados en 1918, seguían tratando de crear un Reino de Ucrania vinculado a Austria-Hungría por vínculos dinásticos.

En los años 20 y 30 el futuro de Ucrania, ya reincorporada la URSS, fue objeto de negociación informal pero reiterada entre Alemania y Polonia, y, ya en vísperas de la II Guerra Mundial la ingenuidad filoautoritaria del Coronel Beck, Ministro de Exteriores Polaco, contempló la posibilidad de la renuncia polaca a Danzig a cambio de compensaciones territoriales en Ucrania.

El supuesto experto en nacionalidades del III Reich, Alfonso Rosenberg, Ministro de los Territorios Ocupados, propugnó una “guerra política” consistente en apoyar el nacionalismo ucraniano en pro del ocupante, poniendo al frente de ello al colaboracionista antibolchevique Melnik. Pero ya en 1941, las fuerzas de ocupación, especialmente las SS y las Guardias ucranianas, estaban en conflicto y la brutalidad verdaderamente genocida de los alemanes, los “métodos draconianos” prescritos por Hitler, en su directiva para el gobierno de Ucrania frustró tal intento.

También en este caso, la gran potencia rusa vio amenazada su zona de seguridad. Y no por una supuesta paranoia, sino por la experiencia de los últimos 200 años. Baste como ejemplo que desde el siglo XVIII al

presente, aparte de escaramuzas ocasionales, lo que llamamos Occidente ha agredido unilateralmente a Rusia en 5 graves ocasiones. Carlos XII de Suecia, un indiscutible genio militar de escaso acierto político, atacó a la Rusia de Pedro el Grande, atravesó desde el Báltico a Ucrania con sus tropas, y, solo allí en Poltava, en 1709, el Rey Sueco y sus alisados ucranianos fueron vencidos. En 1812 Napoleón I, al frente de una coalición de satélites y aliados, en los que solo no estaba presente Inglaterra, atacó a Rusia y llegó hasta Moscú. En 1853 su sobrino y heredero Napoleón III en alianza con Inglaterra, Austria, Piamonte y otros Estados europeos, menores atacó a Rusia, precisamente en Crimea. En 1914, Guillermo II, Emperador alemán, y su aliado Francisco José, el Emperador de Austria, atacaron a Rusia y fomentaron la creación de un Reino de Ucrania prolongación del Imperio Austríaco, y en 1941 el Reich nacionalsocialista, es decir, Alemania, atacó a Rusia y causó 17 millones de muertos. La paranoia es posible, pero su fundamento es evidente.

Frente a la opinión de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno, doña Yolanda Díaz, no tengo admiración ninguna por Stalin, al que considero un déspota sanguinario de perfiles claramente psicopáticos. Pero cualquiera que fueran sus crímenes, como buen conocedor que era de las experiencias históricas de su país, no es de extrañar que tras la II Guerra Mundial quisiera proteger su frontera occidental con una amplia zona de seguridad, algo que consiguió creando brutalmente en el este de Europa repúblicas satélites con el título de populares.

Tal es la situación consagrada en Yalta e instrumentada desde occidente por la doctrina Kennan sobre la contención y la eficaz alianza que fue y es la NATO.

Ambos paralelismos, el austro-serbio y el ruso-ucraniano, muestran la importancia que para una potencia grande tiene su zona de seguridad y así lo pone de manifiesto por ejemplo la política internacional de los Estados Unidos fundamentada en la doctrina Monroe (1823), excluyente de terceros países en el continente americano, formulada frente a amenazas entonces hipotéticas como era la presencia rusa en Alaska muy lejos del acceso estadounidense al Pacífico, y, más aún la de las potencias europeas de la Santa Alianza en las Indias Españolas.

La doctrina Monroe predecía con casi un siglo de antelación lo que fue la doctrina Root del destino manifiesto formulada en 1912 y que

hacia del continente americano una zona exclusiva para la hegemonía de los Estados Unidos. Entre tanto, la tesis Monroe se proyectó en aplicaciones concretas por la doctrina Polk formulada en 1845, la doctrina Grant, en 1870, la doctrina Oldney o Cleveland, en 1895, la doctrina Lodge en 1912, y la prohibición de transferir territorios coloniales a potencias no americanas formulada en 1940 para impedir la adquisición por Alemania de las Antillas Francesas y Holandesas. En todos estos casos la doctrina estadounidense destinada a impedir la acción europea con relación a Texas y a los Estados iberoamericanos ha sido formulada en términos que bien expresa, bien tácitamente, bien por el contexto en que se pronunciaba, revisten una forma de lenguaje que hoy llamamos “coercitivo”. La culminación de todo ello puede verse en el bloqueo que en 1962 los Estados Unidos establecieron sobre Cuba, al detectar la posible instalación de cohetes soviéticos en la isla, y que constituyó un verdadero acto de guerra dado que no existen ya los bloqueos pacíficos. Nadie nos rasgamos entonces la vestidura porque todos comprendimos las razones de seguridad invocadas por el hegemón del bloque occidental, los Estados Unidos, y la más acreditada doctrina consideró que existe una agresión indirecta que justifica una acción defensiva cuando se sitúan fuerzas armadas en un tercer país capaces de amenazar al país atacado. En otro caso, la legítima defensa resultaría un cascarón vacío.

1. Tras el fin de la Guerra Fría con la indudable victoria de occidente liberado por los Estados Unidos, hubo reiterados intentos de trocear Rusia fomentando lo que Carrère d’Encausse denominó proféticamente *L’empire éclaté* y simultáneamente de extender la política de contención institucionalizada en la OTAN, mediante la ampliación de los límites establecidos en los artículos 5º y 6º del Tratado de Washington de 1948. La embajada de los Estados Unidos en Madrid daba reiterados testimonios de ello.
2. Por aquellos años los restos de lo que fue Unión Soviética en el sur de la actual Rusia y en el Cáucaso parecían reproducir el mapa trazado por la Alemania vencedora en Brest Litovsk (1918). Es bien sabido que la dureza de aquel tratado en el cual Rusia perdió el 25% de su territorio, el 40% de sus recursos naturales y gran parte de su industria y redes ferroviarias era prácticamente inmantenible. Como ha dicho un analista docto e

imparcial, Hassell, ningún patriota ruso, bolchevique o no, podía aceptar esta mutilación que sí prosperó en el Tratado merced a que Trotsky diera su voto a la opción de Lenin de “la paz a toda costa”, de manera que en el Politburó se derrotó la opción bélica de Limitov por 7 votos frente a 6, fue revisado de facto de manera que al estallar la Segunda Guerra Mundial Ucrania era de nuevo rusa.

3. Esta situación produce dos reacciones también paralelas Austria declaró la guerra a Serbia como Rusia ha invadido Ucrania y ambas pequeñas naciones han movilizado a sus grandes aliados: Serbia a Rusia y Francia y Ucrania a las potencias Occidentales insistiendo en su ingreso en la UE y en la OTAN.

Tanto Austria en el 1914 como Rusia en el 2022 minusvaloraron la resistencia de Serbia y Ucrania. Lo que estaba planeado en Viena y Moscú como dos campañas relámpagos que producían el derrumbe o la rendición de las dos pequeñas potencias, se prolongan más de lo calculado sin que quepa por otra parte hoy más que la derrota de Ucrania como no se dudaba en 1914 de la derrota de Serbia.

Tanto Serbia como más de un siglo después Ucrania han movilizado expresa o tácitamente sus alianzas con terceras mayores potencias. Serbia a Rusia y Francia frente a Austria y Alemania, y ello provocó la Primera Guerra europea en trance de convertirse en la Primera Guerra Mundial. Ucrania ha conseguido movilizar las simpatías y la opinión pública de los países europeos y de los Estados Unidos, dando lugar a lo que un ilustre experto en las relaciones internacionales, Hans Schwarzenberger, denominó el contagio horizontal de los conflictos.

4. No pretendo, claro está, prever ningún futuro, pero señalo el evidente incremento de la tensión de Occidente con Rusia agravada por una campaña de criminalización de los líderes rusos culminada en el discurso del Presidente Biden en Varsovia que recuerda mucho la austrofobia de Clemenceau al final de la Primera Guerra Mundial y la propaganda inglesa de *Hung the Kaiser* que si provocó la huida de Guillermo II no favoreció la construcción de la paz.

EL DERECHO AL TRABAJO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

ABG. CÉSAR ENRIQUE UZCÁTEGUI MOLINA*

SUMARIO

1. El derecho al trabajo. 2. El Derecho al trabajo en el sistema interamericano. 3. Criterio de la Corte Interamericana, en torno al derecho al trabajo y la justiciabilidad de los DESC. 4. Breve reseña del derecho al trabajo en el ordenamiento interno de Venezuela, desde la perspectiva constitucional. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

* Abogado egresado de la Universidad Católica del Táchira. Especialista en Derecho Procesal del Trabajo de la Universidad Arturo Michelena. Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello. Autor del libro “Las consecuencias económicas del contrato de trabajo”.

1. EL DERECHO AL TRABAJO

El derecho a la vida, a la libertad, a la no discriminación, a la prohibición de tortura y de tratos crueles, a la libertad de expresión, entre otros derechos, son quizás aquellos que vienen a la mente cuando se aborda el tema de derechos humanos. Y no es cuestionable, en el entendido que un Derecho Humano, comporta, por antonomasia, un derecho inherente a la persona, que precede incluso a cualquier declaración normativa formal, debido a que no son derecho creados por un acto normativo, sino que en todo caso éstos, no son otra cosa que su reconocimiento, o la instrumentalización para la garantía de su efectivo goce.

Uno de los antecedentes¹ más importantes en lo que respecta a los Derechos Humanos, podemos situarlo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que sirvió de inspiración para –más de un siglo después– llevarse a cabo la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, en la tercera Asamblea General de la ONU. En esta última declaración, además de los derechos supra indicados, y otros derechos, se incluyó en su artículo 23, el *derecho al trabajo* que tiene toda persona, así como otros derechos de contenido laboral, tales como, el derecho a la igualdad salarial por trabajo igual, a la sindicalización, entre otros.

Incluir el “derecho al trabajo” en un catálogo de Derechos Humanos, no es algo que revista mayor asombro. Y es que la consideración del *trabajo*, en lo axiológico, permite comprender la importancia individual y social que el mismo reviste, trátase de su aspecto económico, físico, biológico, fisiológico, técnico, e inclusive moral. El trabajo, es una manifestación esencialmente humana, que trasciende a la noción limitada de *acción por necesidad*, abarcando una comprensión moral.

¹ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), también es un antecedente importante, que proclamó el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

El hombre no encuentra en el trabajo sólo a la creación de riqueza a través de la generación de bienes o servicios (aspecto económico), ni a la transformación de energía (aspecto físico), sino que el mismo adquiere una connotación ética y moral, de la auto realización del individuo², de la búsqueda de su bienestar, y de su felicidad, que no sólo implica una reducción al balance de la fatiga, retribución y satisfacción, sino a la propia moral, en el entendido de la exaltación valorativa de la actividad productiva, y el repudio social al ocio improductivo; aunque esto último no supone un consenso absoluto, pues importantes autores consideraron al trabajo como un castigo, al tiempo que consideraron a la pereza como una situación de bienestar más acorde con la naturaleza humana³.

Y quizás desde tiempos remotos, se haya implantado socialmente la exaltación del valor por el trabajo, habida cuenta, que durante todo el tiempo de la humanidad, incluso después de la revolución industrial y por lo menos hasta nuestros días⁴, el trabajo humano es una fase indispensable para la generación de bienestar individual y social.

La Declaración de Filadelfia de 1944, adoptada en el seno de la vigésima sexta reunión de la OIT, contempla unos principios guía para los Estados Miembros, que si bien no señala expresamente el “derecho al trabajo”, sí expresa en el literal a) del punto II que: *(a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*. Adicionalmente, la mencionada declaración, consagró un principio decisivo en la concepción del trabajo, según el cual “el trabajo

² El Convenio N° 168 de la OIT, de 1988 establece en su preámbulo una acepción amplia de la importancia del trabajo: “... la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden”.

³ Véase Paul Lafargue, *Le Droit a la paresse*, Edición Keuk Djian 9, Paris, 1974.

⁴ A pesar del desarrollo tecnológico, y del cambio en los esquemas de producción, el trabajo humano, con sus variantes, sigue siendo parte indispensable en la generación de bienes y servicios. Especialistas e investigadores sostienen que a largo plazo, el trabajo del hombre será completamente sustituido por la tecnología, como por ejemplo, la robótica y la inteligencia artificial (Véase libro de Nick Bostrom, *Superinteligencia. Caminos, Peligros, Estrategias*, tercera edición, Teell Editorial), lo que implicaría la posibilidad de una renta universal, y que la actividad humana no esté dirigida a la creación de bienes o servicios. En estos supuestos, la concepción general sobre el trabajo probablemente sufra una transformación.

no es una mercancía”. Esta declaración sin duda sirve de antecedente importante a la configuración del “derecho al trabajo” como un derecho humano, que más tarde fue así concebido en la supra mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU en 1948.

Pero, ¿Qué comporta el derecho al trabajo?, o en otras palabras, ¿Cuál es el contenido de este derecho?. Su respuesta no es tan evidente como se sospecharía *prima facie*, pues no se trata sólo de una determinación de los derechos de un trabajador (tiempo máximo de jornada, condiciones segura, derecho a la sindicalización, estabilidad, etc.), que serían derecho posteriores a la causación de una relación de trabajo, sino que su análisis antecede, y requiere verificar el derecho no del trabajador a unos determinados mínimos legales, sino el de las personas en general a poder trabajar. De allí, que el derecho al trabajo comprende como primera manifestación, el derecho de toda persona a elegir libremente la actividad productiva o laboral de su preferencia, ello en un aspecto positivo, lo que implica a su vez, en un aspecto negativo, la prohibición de trabajo forzoso. De una forma indirecta, el derecho al trabajo, abarcaría lo atinente a las características del trabajo, en el sentido, ya no de la persona a elegir libremente el trabajo de su preferencia, sino además, que tal trabajo sea digno, y cumpla con unos mínimos indispensables, tales como tiempo máximo de jornada, condiciones seguras, derecho a la asociación sindical, no discriminación, entre otros aspecto.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, reconoce en el numeral 1 de su artículo 6, el derecho al trabajo como parte de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), contemplándolo de la siguiente forma:

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesio-

nal, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. (Subrayado propio)

Este mismo pacto, reconoce los derechos laborales en otro artículo, lo que lleva a la reflexión que el núcleo del derecho al trabajo, no se encuentra en los derechos laborales (jornada, estabilidad, derecho a asociación, etc.) sino que éstos responden a un aspecto complementario del trabajo, una vez que el derecho a su acceso haya sido garantizado, siendo por ende, que el derecho al trabajo se manifiesta antes de la existencia de una relación laboral.

A propósito de esta disposición, la Observación General N.º 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, considera que “esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica.” Igualmente, tal observación general, considera que esta disposición del derecho al trabajo, comprende tres (3) tipos o niveles de obligaciones de los Estados partes, a saber, las obligaciones de 1) respetar, 2) proteger y 3) aplicar. Señalando:

La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

El maestro argentino Guillermo Cabanellas, al respecto consideró que el dogmatismo liberal de la Revolución Francesa condujo, en un aspecto más de la libertad absoluta reconocida al hombre, a que el trabajo

fuera un derecho individual, tanto en su aspecto positivo, -dedicación de la actividad personal a la profesión elegida- como en el negativo de no desempeñar ocupación alguna.⁵

De tal forma, que el derecho al trabajo, comprende de suyo, el reconocimiento a la libertad individual de las personas a dedicarse y realizar el trabajo de su preferencia, entendiendo al trabajo en un sentido amplio, es decir, no sólo limitado al trabajo bajo relación de dependencia, sino también al trabajo independiente; lo que además implica obligaciones propia de los Estados a garantizar ese derecho, lo cual por su puesto, entraña limitaciones sobre las capacidades estatales, y disponibilidad de recursos, reconocido así por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo señalaremos infra.

2. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el sistema interamericano, los DESC se encuentran contemplados en distintos instrumentos, y bajo distinta naturaleza normativa. Así, la Carta de la Organización de Estados Americanos (COEA), establece en su artículo 45, literal b), que forma parte del Capítulo denominado “Desarrollo Integral”, el derecho al trabajo en los siguientes términos:

Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
- b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel

⁵ Guillermo Cabanellas De Torres, *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, tercera edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires 2001. p. 70.

económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;
(...)

Al olvido del análisis que pueda devenir de la consideración del trabajo como un “deber”⁶, lo cual no nos corresponde analizarlo en el presente ensayo, se evidencia como la COEA contempla el derecho al trabajo como parte de los derechos de las personas. La COEA, no contempló estos derechos sociales desde sus inicios en 1944, sino que fue modificada en distintas oportunidades⁷, siendo una de las principales, en lo que respecta a los derechos económicos y sociales, el protocolo de Buenos Aires de 1967. Es en este protocolo, donde se amplía la noción de los derechos económicos y sociales en la referida carta, lo cual si bien, pudo resultar plausible en ciertos aspectos, no obstante supuso algunos obstáculos. Así, en criterio de Ventura Roble, esta enumeración, de algunos derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de la OEA, a partir de la adopción del “Protocolo de Buenos Aires” y el concepto de desarrollo progresivo de los mismos, en la medida que los Estados tengan recursos para hacerlo, dejó de lado la protección jurisdiccional y por órganos especiales no jurisdiccionales de los mismos.⁸

⁶ Al respecto señala Cabanellas: “Con distinta motivación, apoyándose unos en el derecho natural y basándose otros en la forzosa cooperación que la vida social impone, se establece que el trabajo es también, y ante todo una obligación socialmente exigible. Guillermo Cabanellas De Torres, ob cit. 70.

⁷ Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁸ Manuel E. Ventura Robles, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 40, p. 44.

Asimismo, el jurista Héctor Gros Espiell, apunta como lamentable el hecho de que se abandonara la vía seguida, tanto por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos como por los Gobiernos de Chile y Uruguay, no tomando en cuenta los aspectos sumamente positivos que éstos tenían respecto de estos derechos. Según este autor, fue sobre la base de que el Protocolo de Buenos Aires había incorporado nuevas normas económicas, sociales y culturales, cuando se decidió erradicar la enumeración de estos derechos del Proyecto de Convención y por ende no establecer del todo ningún sistema de control en ese sentido.⁹

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, suscrita en 1969, no contempló un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales en los términos incluidos en la COEA con motivo del protocolo de Buenos Aires, sino que limitó esta materia a una disposición de contenido bastante general, -cuyos comentarios desarrollaremos infra- en un capítulo denominado “Derechos Económicos Sociales y Culturales” contentivo de un único artículo, que señala:

CAPÍTULO III DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Nótese, que la citada disposición, a diferencia de la COEA, no señala un catálogo nominado de DESC, sino una disposición compro-

⁹ Héctor Gros Espiell, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. Asociación Libro Libre*, San José, Costa Rica, 1986, p. 114., citado por Manuel E. Ventura Robles, *ob cit.* p. 16.

¹⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención

misoria de los Estados signatarios, a los fines de lograr, de forma progresiva, la plena efectividad de las normas que sobre DESC estableció el Protocolo de Buenos Aires, pero sujetándola a “los recursos disponibles”, y señalando la “vía legislativa” como el mecanismo idóneo, o cualquier otro “medio apropiado”.

Esta disposición general sobre los DESC, generó en lo sucesivo, y por mucho tiempo, la imposibilidad que tales derechos hayan podido ser justiciables ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (La Corte), pues habida cuenta, se interpretaba, -y algunos así todavía lo consideran-, que tal disposición no atiende al establecimiento de unos derechos subjetivos específicos posibles de tutela jurisdiccional, sino una manifestación de buenas intenciones de los Estados miembros, sujeta a la realización de otras condiciones para su implementación, verbigracia, los recursos disponibles, y la legislación en la materia, es decir, que en principio nos encontrábamos bajo una norma de contenido programático.

No es sino hasta 1988, cuando se suscribe un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como “Protocolo de San Salvador”¹¹, en el cual se agrega a los Derechos Humanos contemplados en la Convención, una extensa gama de derechos en materia económica, social y cultural. Este protocolo, -para algunos- llena un vacío en la Convención Americana sobre DDHH, la cual, como apuntamos anteriormente, era limitada en materia de DESC.

El mencionado protocolo contempla los siguientes DESC: derecho al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias; derechos sindicales; derecho a la seguridad social; derecho a la salud; derecho a un medio ambiente sano; derecho a la alimentación; derecho a la educación; derecho a los beneficios de la cultura; derecho a la constitución y protección de la familia; derechos de la niñez; y especial protección a los ancianos y a los minusválidos.

El derecho al trabajo, se encuentra regulado en el mencionado protocolo en su artículo 6, al disponer:

¹¹ El Protocolo de San Salvador fue suscrito el 17 de noviembre de 1988 durante la celebración del Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. El 16 de noviembre de 1999 entra en vigor, de conformidad con su Artículo 21, gracias al depósito del undécimo instrumento de ratificación.

Artículo 6

Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

La citada disposición, de redacción similar a la del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6), contempla, de una parte (N.º1), el derecho al trabajo, en su aspecto sustantivo, al tiempo que señala el compromiso de los Estados a adoptar medidas a los fines de garantizar tal derecho (N.º2). La incorporación del derecho al trabajo y otros DESC en la Convención, por vía del Protocolo de San Salvador, asoma la inquietud, de si tales derechos, son ahora equiparables al resto de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención, ergo, si tales derechos serían entonces justiciables, bien para darle participación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o inclusive, como tutela jurisdiccional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, el artículo 19, numeral 6, del mencionado protocolo, dispone:

Artículo 19

Medios de Protección

(...)

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se observa, como la citada disposición, señala que los derechos contenidos en el párrafo a) del artículo 8 (el derecho a la organización sindical), y en el artículo 13 (derecho a la educación), en cuanto hayan sido violados por el Estado, pueden dar lugar a la participación de la Comisión Interamericana de DDHH, o al sistema de peticiones individuales ante la Corte Interamericana. Esto traduce *–prima facie–* que el haberse mencionado únicamente estos dos derechos (derecho a la organización sindical y a la educación) en el citado numeral, fuerza a entender, que solamente tales derechos son susceptibles de tutela jurisdiccional en el sistema interamericano, no así, el resto de los DESC, o al menos, en lo que respecta a una pretensión individual por una violación concreta, y en este caso, su justiciabilidad se daría en el caso “que ambos artículos del Protocolo, fueren violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del mismo instrumento”.¹² En todo caso, esta “justiciabilidad” se referiría al sistema de petición individual internacional en el sistema interamericano¹³, no así, la posibilidad de pretensión jurisdiccional en el derecho interno.

No obstante, tal como lo observaremos infra, en el punto relativo a los criterios de la CIDH, ésta hace una interpretación más amplia del protocolo de San Salvador, arribando a una conclusión distinta de la que en principio pudiera sugerir la normal del artículo 19 del aludido protocolo.

3. CRITERIO DE LA CORTE INTERAMERICANA, EN TORNO AL DERECHO AL TRABAJO Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC

En el sistema interamericano, la tutela de los DESC ha tenido distintos matices. Así, la Corte Interamericana de DDHH, ya había

¹² Manuel E. Ventura Robles, ob cit. p.21

¹³ Artículos 44 al 51, y 61 al 69 de la Convención Americana sobre DDHH.

tutelado algunos derechos sociales en algunos casos, pero con arreglo a la infracción de derechos civiles. Por ejemplo, en el caso de los cinco pensionistas contra Perú¹⁴, en el que se demandó la infracción del Estado Peruano al desmejorar el régimen de pensiones de las víctimas, la Corte consideró que existió responsabilidad del Estado, pero sobre la violación del derecho de propiedad, con arreglo al artículo 21 de la Convención, y la violación al derecho de protección judicial prevista en el artículo 25 ejusdem, sin considerar en este caso la infracción del artículo 26 ejusdem solicitada así por las víctimas¹⁵, así como tampoco la violación del artículo 9 del Protocolo de San Salvador, que establece el derecho a la seguridad social.

En este caso, la CIDH no entra a valorar los DESC y la posibilidad de una pretendida violación directa de los mismos con el propósito de tutelarlos, aun cuando ya se contaba con el instrumento nominativo de tales derechos, como es el Protocolo de San Salvador y su disposición contenida en el artículo 9 sobre el derecho a la jubilación. Por el contrario, la corte consideró que la vía idónea para poder tutelar tal derecho en esa sede jurisdiccional, era por vía de los derechos consagrados en la Convención, específicamente el derecho a propiedad y el derecho a la protección judicial.

No obstante, si bien, el derecho de propiedad *per se*, no requiere el apalancamiento de otro derecho que refuerce su tutela, no es menos cierto, que su causación sí ha sido considerada por la CIDH en atención al reconocimiento previo de algunos DESC. Así, por ejemplo, previamente, en el caso de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua¹⁶, la CIDH estimó que fue infringido el derecho de propiedad de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sobre las tierras que habitaban, al haberse entregado concesiones sin el

¹⁴ Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas” vs Perú. Sentencia de fecha 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

¹⁵ Éstos alegaron su incumplimiento argumentando que el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió con su deber de promover el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales y, particularmente, no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión. (ob cit. p.34)

¹⁶ Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

consentimiento de dicha comunidad, lo cual, a nuestro juicio, reviste suma importancia e interés, no propiamente por el derecho sentenciado como vulnerado (derecho de propiedad) sino por la forma como se consideró a las víctimas como titulares de tal derecho, no con motivo de un título de propiedad, sino en virtud del derecho consuetudinario, de vinculación cultural y espiritual con las respectivas tierras. Así, la corte consideró:

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (Párrafo 149).

De tal forma, que la consideración de la CIDH para tutelar el derecho de propiedad en este caso, devino de una apreciación más amplia de los derechos en disputa, que no se limitó a la consideración de la propiedad y sus atributos, sino al contexto social y cultural de una comunidad, como causante de titularidad de derechos –como el derecho de propiedad- sobre unas determinadas tierras, lo que sin duda evidencia la tendencia de la CIDH a la valoración de los DESC. Pero esta titularidad, con motivo de la justificación establecida por la Corte, estuvo enfocada al derecho de habitar, y poseer la tierra conforme a sus tradiciones, lo que si bien hace suyo a los DESC como sustento de la motivación, poco o nada dice respecto al derecho al trabajo de la mencionada comunidad, en lo que respecta al derecho a trabajar las tierras, más allá de una referencia indirecta con motivo del testimonio de Charly Webster Mclean

Cornelio¹⁷ (Secretario de la Comisión Territorial de Awás Tingni) y de la mención de la Ley No. 28 que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua¹⁸, y que reconoce el derecho al trabajo de dichas comunidades.

Y es que también en otros casos la CIDH tomó como fundamento jurídico derechos sociales y culturales para la tutela de algunos derechos. Así, en el caso de *Aloeboetoe vs. Surinam*¹⁹, a los fines de determinar las indemnizaciones y las personas beneficiarias de las mismas²⁰, consideró las costumbres propias de la comunidad, en particular, estructura familiar de los *maroons* a la cual pertenecen los *saramacas*, la cual es esencialmente matriarcal, en la cual incluso es frecuente la poligamia. De tal forma, pese a que en el ordenamiento interno de Surinam, es necesario el registro del matrimonio para tener efectos legales, considerando la escasez de oficinas públicas en parte del territorio, la CIDH, en atención a las costumbres de la comunidad, consideró por válido los matrimonios de la forma propia de la comunidad, y así determinó los derechos sobre las indemnizaciones.

Pero la Corte, también ha considerado los DESC en otros casos a los fines de tutelar algunos derechos. Así, en el caso de Baena Ricardo

¹⁷ “El territorio de los Mayagna es vital para su desarrollo cultural, religioso y familiar, y para su propia subsistencia, pues realizan labores de caza (cazan “chanchos de monte”) y pesca (desplazándose a lo largo del Río Wawa) y, además, cultivan la tierra. Es un derecho de todo miembro de la Comunidad trabajar la tierra, cazar, pescar y recolectar plantas medicinales; sin embargo, está prohibida la venta y la privatización de estos recursos”. (Subrayado propio)

¹⁸ Ley No. 28 publicada el 30 de octubre de 1987 en La Gaceta No. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua, que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua. Al respecto la ley dispone: La propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica, y están sujetas a las siguientes disposiciones: 1. Las tierras comunales son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles. 2. Los habitantes de las Comunidades tienen derecho a trabajar parcelas en la propiedad comunal y al usufructo de los bienes generados por el trabajo realizado. (Subrayado nuestro)

¹⁹ Corte I.D.H., Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Sentencia de fecha 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

²⁰ Los hechos que motivaron la demanda ocurrieron el 31 de diciembre de 1987 y fueron la detención, trato cruel inhumano y degradante y muerte de 7 ciudadanos de Surinam de origen cimarrón (*maroons*).

y otros vs. Panamá²¹, surgido con motivo del despido de 270 funcionarios públicos a propósito de la emisión de una ley nacional²², la CIDH analizó y deliberó, entre otros aspectos, sobre el derecho de asociación previsto en el artículo 16 de la Convención, así como concretamente el derecho de asociación sindical que deviene del artículo 8 del Protocolo de San Salvador, y que como hemos mencionado supra, es justiciable en el mecanismo internacional conforme al artículo 19 del mismo protocolo. Así, al analizar lo concerniente al artículo 16 de la Convención, la Corte consideró:

Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. (Párrafo 156)

Pese a la decisiva posición de la Corte de vincular en el caso concreto, el derecho de “asociación en materia sindical” (no previsto en la Convención) con el derecho de asociación previsto en el artículo 16 de la misma, no pasa inadvertido como la Corte, se limitó a señalar la violación del derecho establecido en el aludido artículo 16, entre otros derecho, sin hacer expresa mención a la violación del artículo 8 del Protocolo de San Salvador, con lo cual, la Corte una vez más, argumenta la motivación de sus fallos en algunos derechos externos a la Convención, pero invoca sólo a ésta para disponer la respectiva violación. Igualmente, pese a tratarse de una situación de despido colectivo, y que el dispositivo de la sentencia ordena la reincorporación de los trabajadores

²¹ Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

²² Panamá, Ley N.º 25 de fecha 14/12/1990

a sus puestos de trabajo, la Corte, no hace consideración alguna sobre el derecho al trabajo de las víctimas.

Ahora bien, más recientemente, en el caso de Acevedo Buendía y otros vs Perú²³, la CIDH al pronunciarse al fondo de la controversia, pasa a analizar el alcance del artículo 26 de la Convención Americana, con motivo de la excepción de incompetencia presentada por el Estado Peruano, quien alegó que la Corte no tenía competencia para pronunciarse sobre derechos económicos. Al respecto, la CIDH no decide la excepción en fase preliminar, sino en el fondo de la sentencia, considerando:

105. (...) En cambio, el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento.

106. Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento. De esta manera, el Tribunal se remite a lo decidido anteriormente respecto de las consecuencias jurídicas que ha tenido dicho incumplimiento y falta de pago en relación con la violación del derecho a la protección judicial (supra párrs. 69 a 79) y a la propiedad privada (supra párrs. 84 a 91).

Nótese como, en criterio de la CIDH, el artículo 26 de la Convención Americana tiene una naturaleza –aunque complementaria- distinta

²³ Corte I.D.H., Caso Acevedo Buendía y Otros vs. Perú. (“Cesantes y Jubilados de La Contraloría”) Vs. Perú. Sentencia del 01 de julio de 2009. Seria C No. 198.

al resto de los artículos establecidos la Convención (vg. Art. 25), y además, de su motivación, no pasa inadvertido que vincula la posibilidad de invocación del artículo 26, a los casos en que exista una providencia o medida adoptada por el Estado al desarrollo progresivo de los derechos que pueden entenderse contenidos en aludida disposición.

Este criterio, es sin duda de relevancia respecto al análisis del derecho al trabajo en el sistema interamericano, pues de haberse considerado que el artículo 26 de la Convención tiene una naturaleza similar al resto de los derechos consagrados en los artículo del 3 al 25, implicaría la posibilidad de judicialización internacional de tales derechos, lo que por remisión al protocolo de Buenos Aires, significaría la posibilidad protección jurisdiccional interamericana del derecho al trabajo contenida en el artículo 6 del mencionado protocolo.

No obstante, la interpretación sobre el alcance del harto aludido artículo 26, se ajustó a propósito de la sentencia del caso *Lagos Del Campo vs Perú*²⁴. El mencionado caso surge de una denuncia con motivo del despido que sufrió el Sr. Lagos en virtud de unas declaraciones que dio en la prensa denunciando la injerencia del empleador en las elecciones que se llevaban a cabo en el complejo industrial en el que laboraba, siendo que en tal oportunidad se desempeñaba como Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial y delegado pleno ante la Confederación Nacional de Comunidades Industriales. En este caso, pese a que ni la Comisión ni los Representantes hicieron alusión expresa a la violación de derechos laborales, la Corte, aplicando el principio de *iura novit curia*, –y en una decisión hito– declara por primera vez en su historia, la violación directa de dicho artículo 26 de la Convención Americana sobre DDHH, lo que traería innumerables consecuencias sobre el alcance de los DESC en el sistema interamericano, incluyendo en ellos, el derecho al trabajo. Así, la CIDH, en la mencionada sentencia, dispuso:

75. Para ello, la Corte procederá a analizar los argumentos presentados por las partes y la Comisión, y desarrollará las consideraciones de derecho pertinentes relacionadas con las alegadas vulneraciones

²⁴ Corte I.D.H., Caso *Lagos Del Campo vs. Perú*. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

a libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13), garantías judiciales (artículo 8), libertad de asociación (artículo 16), estabilidad laboral (artículo 26), en relación con el artículo 1.1, así como la alegada vulneración del artículo 2, y los artículos 8 y 25, todos ellos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(...)

141. Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello...

(...)

143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.(...)

144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. (...)

145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto corpus iuris internacional;

(...)

153. En vista de lo anterior, la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Del citado extracto de la sentencia, se evidencia como la Corte considera que existen “derechos laborales específicos” a propósito del artículo 26 de la Convención, considerando por ello, no sólo que no se

trata de una norma programática, que dependa además del cumplimiento de otras condiciones²⁵, sino que además remite de forma directa al contenido de la Carta de la OEA, en virtud del Protocolo de Buenos Aires, haciendo con ello justiciable los DESC contenidos en esa carta, dentro de los cuales se encuentra el derecho al trabajo. En su argumentación, la CIDH además señala, que tales DESC están previstos en un vasto *corpus iuris* internacional, señalando entre otros el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Esta sentencia dictada por la Corte, significa la invocación directa de los DESC como derechos específicos por vía del artículo 26 de la Convención (entre ellos el derecho al trabajo), y con ello su justiciabilidad en plano internacional; pero además aparece incertidumbre sobre cuáles de tales derechos pueden ser susceptibles de exigirse por vía jurisdiccional. Así, al aplicarse de forma directa los derechos enunciados en la Carta de la OEA, como susceptibles de tutela jurisdiccional por la Corte, nada obsta para que por la misma vía se exijan otros derechos que su justiciabilidad parezca inverosímil, verbigracia, los derechos señalados en el artículo 34 de la mencionada Carta, en los que se encuentran –casi mancomunado con derechos sustantivos– alguna metas gubernamentales como “la distribución equitativa del ingreso nacional”. Así, el voto parcialmente disidente expresado por el Juez Bio Grossi, hace mención a esta preocupación, indicando que: “En otras palabras, sobre la base del principio de que ‘donde hay la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho’ o ‘donde existe la misma razón debe existir la misma disposición’, de seguirse el criterio adoptado por la Sentencia y llevándolo a su extremo, no se vislumbraría el motivo

²⁵ Violación directa por parte del Estado, y un acto legislativo.

por el que no podrían ser también invocados ante la Corte las presuntas violaciones a los derechos humanos que las normas de todo el Capítulo VII de la Carta de la OEA implicarían²⁶.

Este criterio de la CIDH fue ratificado en sentencias de los casos trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú²⁷; San Miguel y otras vs. Venezuela²⁸ y Casa Nina vs. Perú²⁹. En el caso de Venezuela, tuvo la particularidad que el Estado Venezolano en su defensa, rechazó la aplicación del Protocolo de San Salvador al indicar que no había sido ratificado³⁰ por el mismo, a lo cual, la Corte, pese a no profundizar sobre la mencionada excepción, consideró que el Estado Venezolano era responsable por vía del artículo 26 de la Convención.

²⁶ Por ejemplo, el artículo 34 dispone, entre otros postulados, lo siguiente: Art. 34: “Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita; b) Distribución equitativa del ingreso nacional; c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos; d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; m) Promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y n) Expansión y diversificación de las exportaciones.”

²⁷ Corte I.D.H., Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú de fecha 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.

²⁸ Corte I.D.H., San Miguel y otros vs. Venezuela de fecha 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

²⁹ Corte I.D.H., Casa Nina vs. Perú de fecha 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

³⁰ Tiempo después el protocolo fue ratificado por el diputado Juan Guaidó, quien ejerciendo la *Presidencia Interina*, ratificó el protocolo en fecha 24 de julio de 2020. Esto supondría hoy un debate jurídico-político.

Ahora bien, haciendo uso del criterio de la CIDH, el derecho al trabajo, sería un derecho humano justiciable conforme al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que implicaría la posibilidad de ser tutelado jurisdiccionalmente, por vía tanto de la Comisión Interamericana, como de la pretensión individual ante la Corte Interamericana de DDHH. (Ex arts. 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Ahora bien, pese a que en la sentencia del caso de Lagos Del Campo, la Corte analiza el derecho al trabajo, no precisa en su contenido o alcance, ni como se manifiesta la infracción a tal derecho. Incluso, la Corte da la impresión de asimilar el “derecho al trabajo” a la “estabilidad laboral”, no en una suerte de continente a contenido respectivamente, sino como derecho sinónimos o indistintos, lo que se extrae del punto 2.2 de la sentencia intitulado “El derecho a la estabilidad laboral como derecho protegido”, basando el argumento en el “derecho al trabajo” concebido en distintos documentos internacionales³¹, así como el “derecho al trabajo” contenido en distintas normas constitucionales³², empero concluyendo la procedencia de derecho a la “estabilidad laboral” del Sr. Lagos. Así, la Corte estableció:

151. En el caso concreto, el señor Lagos del Campo había trabajado como obrero aproximadamente 13 años en la referida empresa, y al momento de los hechos ocupaba el cargo de Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa y delegado pleno ante el CONACI. Con motivo de las manifestacio-

³¹ “Derecho al trabajo” regulado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

³² “Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho al trabajo, se encuentran: Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), Uruguay (art.36), y Venezuela (art. 87).” (Subrayado nuestro)

nes recogidas en la entrevista publicada en la revista La Razón, en el contexto de las elecciones internas, el señor Lagos del Campo fue despedido bajo la causal de haber realizado una falta grave de palabra contra el empleador. El señor Lagos del Campo impugnó dicha decisión ante los órganos competentes, la cual fue avalada en segunda instancia, al considerar que el despido se habría dado bajo causa justificada. Dicha decisión fue recurrida ante diversas instancias internas sin haber encontrado tutela, particularmente, **respecto de su derecho a la estabilidad laboral**, al alegarse causas injustificadas o carentes de motivos para el despido y afectaciones al debido proceso. Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa (supra, párr. 132) **el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo** imputable a terceros. Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes. (...)

153. **En vista de lo anterior, la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo** y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano **no tuteló el derecho a la estabilidad laboral**, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo. (Resaltado propio)

De tal orden, en la Sentencia de Lagos del Campo, así como en las Sentencias de Petroperu, San Miguel y Casa de Niñas, la Corte no es exhaustiva ni concluyente en torno a la naturaleza y alcance del *derecho al trabajo*, ni reflexiona en qué momento se pudiera concluir el quebrantamiento a tal derecho, al punto que lo asemeja, quizás de forma un poco ambigua, al derecho a la estabilidad laboral, limitándose respecto al *derecho al trabajo*, a ratificar lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18. Por ello, la Corte, al dar el paso de aplicar de forma directa el artículo 26 de la Convención como norma garante de derechos sustantivos, en este caso de DESC, pudo aprovechar la oportunidad para delinear el contenido de los mismos, y especialmente el relativo al derecho al trabajo, para comprender el contenido y alcance del mismo, y su eventual justiciabilidad.

Por su parte, la Corte, en el caso *Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*³³, que surge con motivo de la presunta violación del Estado al no proveer atención suficiente y eficaz a unas personas que padecieron VIH, y con motivo de tal desatención, algunas sufrieron incluso la muerte, se ejerció el proceso tanto ante la Comisión Interamericana, como luego ante la Corte, con el fin de establecer las responsabilidades del Estado Guatemalteco en virtud de la violación del Derecho a la Salud.

En esta sentencia, la Corte considera nuevamente la posibilidad de pretensión de los DESC por vía del artículo 26 de la Convención, pero hace algunas precisiones bastante interesantes respecto tanto al contenido del mencionado artículo, como a su competencia conforme al protocolo de San Salvador. Así, respecto al contenido del artículo 26, reitera que existen dos tipos de obligaciones que derivan de dichas normas: aquellas de exigibilidad inmediata, y aquellas de carácter progresivo. Respecto a las segundas, la Corte considera que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad³⁴. Así, considerando que para la Corte “la interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía”, hace posible que ésta tenga jurisdicción para considerar la violación de los derechos que provengan de las obligaciones de exigibilidad inmediata, como incluso para considerar la infracción de los Estados cuando hayan quebrantado el desarrollo progresivo de los DESC.

Por su parte, respecto al Protocolo de San Salvador, la Corte señala que el contenido del artículo 19 (en el cual se incluye el derecho de asociación sindical y de educación como justiciables vía pretensión internacional individual en el sistema interamericano) no supone en forma

³³ Corte I.D.H., caso *Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de fecha 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

³⁴ En este sentido, reitera un criterio expuesto en la sentencia del caso *Acevedo Buen Día y Otros* (Corte I.D.H., ob cit.) Citado en cuadernillo N.º 28, par. 141.

alguna la negación de la competencia de la Corte respecto a los otros derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el propio protocolo. Así, la corte consideró:

Sin embargo, la Corte considera que el hecho de que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador establezca límites sobre la competencia de este Tribunal para conocer exclusivamente sobre violaciones a determinados derechos a través del sistema de peticiones individuales, no debe ser interpretado como un precepto que limite el alcance de los derechos protegidos por la Convención, ni sobre la posibilidad de la Corte para conocer sobre violaciones a estos derechos. Por el contrario, el Tribunal advierte que una interpretación sistemática y de buena fe de ambos tratados lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo de San Salvador, que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, ésta limitación no debe ser asumida por este Tribunal. Asimismo, la Corte recuerda que el hecho de que los Estados adopten protocolos o tratados relacionados con materias específicas, y definan la competencia de este Tribunal para conocer sobre aspectos definidos de dichos tratados, no implica una limitación a la competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a la Convención Americana sobre aspectos sustantivos que se regulan en ambos tratados. (...)

De esta forma, la Corte considera que no existen elementos para considerar que, con la adopción del Protocolo de San Salvador, los Estados buscaron limitar la competencia del Tribunal para conocer sobre violaciones al artículo 26 de la Convención Americana.

Nótese como la Corte, considera que al no haberse limitado de forma expresa su competencia en el Protocolo de San Salvador, la misma resulta competente para tutelar los DESC que allí se contemplan, sin limitarse únicamente a los contenidos en los artículos 8.a (asociación sindical) y 13 (educación). Esta interpretación extensiva de la competencia de la Corte, luce inadecuada en atención a la hermenéutica que debió aplicarse al protocolo, en el sentido que, si la intención de los suscribientes era que todos los DESC son justiciables y susceptibles de tutela jurisdiccional ante la Corte por vía de petición individuales, carecería de sentido la disposición contenida en el numeral 6 del artículo

19 del mencionado Protocolo, en la cual se indicó a texto expreso el mecanismo de protección de los derechos contenidos en los artículo 8 y 13 del mismo protocolo.

4. BREVE RESEÑA DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE VENEZUELA, DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Nuestra constitución Nacional establece el derecho al trabajo en su artículo 87, en los siguientes términos:

Artículo 87. Todas las personas tienen derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantiza la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca. Todo patrono garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuado. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.

Nótese como la citada disposición constitucional contempla en un mismo artículo tanto el derecho al trabajo, como los principios protectorios laborales, a diferencia de la constitución de 1961 en el que se encontraba de forma separada el derecho al trabajo y los derechos laborales³⁵. En ese mismo artículo 87 constitucional, se asoma lo que sería el contenido del “derecho al trabajo” conforme al marco constitucional, cuando señala como fin, que toda persona pueda “obtener ocupación

³⁵ La constitución de 1961 regulaba el derecho al trabajo en su artículo 84, y lo referente a condiciones de trabajo, jornada, salario, estabilidad, seguridad social, entre otros derechos, fueron regulados en el Art. 85. El trabajo será objeto de protección especial. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores. Son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo.

productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho”. De allí que, conforme al marco constitucional, el derecho al trabajo no nace ni se limita a una relación de trabajo, sino que le precede, tratándose de un derecho inherente no a todo trabajador, sino a toda persona, para que libremente pueda escoger la actividad productiva de su preferencia, sea ésta de forma autónoma o bajo relación de dependencia.

No obstante, sería una reducción inadmisibles, limitar el derecho al trabajo sólo a una facultad personal de escoger una determinada labor, máxime, si no existen oportunidades para ello, o si las opciones accesibles al individuo sean opciones precarias que no respeten unos límites mínimos universalmente aceptados. Por ello, no sólo se trata de que la persona tenga la libertad de escoger su empleo o actividad productiva, sino que el empleo susceptible de escogencia, sea un empleo digno, que respete la condición humana. De allí que el derecho al trabajo se complementa con derechos laborales (no discriminación en el trabajo, salario justo, estabilidad laboral, jornada máxima, entre otros), con políticas gubernamentales que coadyuven a la generación de mejores oportunidades para el acceso al empleo digno por parte de las personas, considerando empleo en un sentido amplio (dependiente y no dependiente), y con el deber del Estado de evitar medidas que obstaculicen el libre ejercicio de la actividad productiva de los individuos, salvo los límites racionados y ponderados de la ley.

Al respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁶, ha considerado que los derechos laborales no sólo son un complemento, sino unos “elementos primordiales” del derecho al trabajo. Así la señala, señala:

En lo que respecta al elemento de la relación de los principios enunciados con el sistema de los derechos laborales, debe considerarse que la intangibilidad y progresividad, en el plano constitucional, se relaciona conjuntamente con el principio interpretativo indubio

³⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N°: 1.185. Fecha: 17-06-2004. Caso: Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad interpuesto por Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) contra el encabezamiento del artículo 32 del Decreto-Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en Gaceta Oficial N° 37.323, el 13 de noviembre de 2001.

pro operario establecido en el artículo 89, numeral 3, de la Constitución, por lo que el significado y alcance dado debe efectuarse de la manera más favorable para el trabajador. Así, esta Sala en consideración de ello, observa que, tanto el derecho al trabajo, como sus elementos primordiales, entre los cuales se encuentra la garantía de que los trabajadores gocen de estabilidad, ha sido considerada como un elemento esencial de ese derecho social, por la seguridad jurídica que otorga al trabajador de no rescindirle la relación laboral por la sola intención del patrono, salvo que medien las causales taxativamente previstas en el ordenamiento que regula la materia. (Subrayado propio)

Asimismo, la misma Sala³⁷, a propósito del derecho al trabajo, y los derechos laborales, ha considerado en sentencias anteriores, que:

En tal virtud, tanto en la Constitución como en las leyes, así como en las normas sub-legales que se fundamenten en ellas, se encuentra el marco normativo imprescindible para la defensa de los derechos de los trabajadores; derechos que evidentemente van mucho más allá que el del trabajo, pues poco se ganaría con reconocer éste, sin rodearlo de garantías que permitan que el trabajador logre una existencia digna, tanto para él como para su familia. La estipulación del derecho al trabajo debe venir, entonces, acompañada de un conjunto de derechos concretos que servirán para el desarrollo de la personalidad del trabajador y la adquisición de la calidad de vida que el Constituyente venezolano quiso lograr. (Subrayado propio)

Nótese como la Sala Constitucional, si bien –a diferencia de la CIDH–, sí marca distinción entre el derecho al trabajo, y derechos de contenido laboral como la estabilidad laboral entre otros, considera que estos últimos suponen un presupuesto indispensable para el óptimo disfrute del primero (derecho al trabajo), lo que en otras palabras significaría, que no es posible concebir el derecho al trabajo, sin los derechos laborales que le sirven de presupuesto, de lo cual disentimos, pues si

³⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N°: 1.447. Fecha: 03-06-2003. Caso: Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad intentado por Rafael Badell Madrid y otro contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N° 5.152, el 19 de junio de 1997.

bien es cierto que los derechos laborales complementan el derecho al trabajo, su indispensabilidad supondría que el derecho al trabajo sólo se manifestaría, y por ende sería quebrantable, a posteriori de la existencia de una relación laboral, ergo, el derecho al trabajo sería un derecho exclusivo de los trabajadores y no de todas las personas, cuando insistimos que el derecho al trabajo comporta como contenido sustantiva el derecho de toda persona de dedicarse a la actividad productiva de su preferencia, sea ésta por cuenta propia o ajena, lo que no es más, que una manifestación del libre desenvolvimiento de la personalidad.

5. CONCLUSIONES

Corolario de lo anterior, respecto al derecho al trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- i. Respecto al derecho al trabajo. El derecho al trabajo, es sin duda un derecho fundamental reconocido tanto en el ordenamiento interno venezolano, como en el sistema interamericano, estando dentro de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- ii. Respecto al contenido del derecho al trabajo. El derecho al trabajo supone *prima facie* el derecho de toda persona a poder dedicarse a la actividad productiva de su preferencia, sea ésta de forma independiente o bajo relación de dependencia, sin más limitaciones que las que establezca la ley³⁸; pero cuyo contenido no se limita a dicha libertad, sino que comprenden adicionalmente derechos de contenido laboral, tales como, estabilidad en el trabajo, jornada máxima legal entre otros, los cuales sirven de complemento para el disfrute del aludido derecho.
- iii. Respecto a la justiciabilidad de los DESC (Art. 26 Convención Americana). De acuerdo al criterio de la CIDH, es posible la judicialización en el mecanismo internacional del sistema interamericano, de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre ellos el derecho al trabajo. No compartimos el crite-

³⁸ Esta limitación debe ser razonada y ponderada en atención al orden público.

rio expuesto en el sentido que el artículo 26 de la Convención permita la pretensión jurisdiccional de los DESC, toda vez que no se corresponde con su contenido. En este sentido, consideramos que la CIDH yerra, al abrir esta puerta de pretensión jurisdiccional, que debería seguirse³⁹ matizando con futuras sentencias. En nuestro criterio, el artículo 26 solamente podría ser invocado, cuando el Estado, en el orden interno haya violado algunos DESC y a su vez, no haya promulgado, ni garantizado la aplicación de los instrumentos legales que permitan el desarrollo y disfrute progresivo de tales derechos, o cuando precisamente tales instrumentos normativos presupongan una regresión de los DESC. No obstante consideramos que no se corresponde con el artículo 26, considerar que el mismo contiene derechos específicos.

- iv. Respecto al derecho al trabajo y derechos laborales (Diferencia criterio CIDH y SC/TSJ). Por su parte, la CIDH –a diferencia de la Sala Constitucional- asemeja el derecho al trabajo, con derechos de contenido laboral como la estabilidad laboral; lo que consideramos desacertado, y dificulta la delineación de tal derecho fundamental. Sobre este particular, compartimos parcialmente el criterio de la Sala Constitucional en las sentencias supra citadas, en diferenciar el derecho al trabajo de los derechos laborales. No obstante no compartimos el criterio de indispensabilidad de los derechos laborales para el disfrute del derecho al trabajo que señaló la Sala, tal como lo comentamos supra. En este sentido, creemos que la Corte debe matizar en futuras sentencias el contenido y alcance del derecho al trabajo, diferenciando su contenido de los derechos laborales; y por su parte la Sala Constitucional debe orientar el criterio del derecho al trabajo, en el sentido de que su nacimiento y disfrute no depende por completo del disfrute de los derechos laborales, ya que el derecho al trabajo precede a los derechos de contenido laboral, toda vez que es un derecho inherente a la

³⁹ Consideramos que la sentencia de *Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala* ya establece un criterio que ayuda a matizar y delinear un poco más los DESC vía Convención y Protocolo de San Salvador, tal como se analizó supra.

- persona en su condición humana y no un derecho exclusivo de los trabajadores.
- v) Respecto a la justiciabilidad del derecho al trabajo: La justiciabilidad del derecho al trabajo, o de los derechos laborales en él contenido (derecho a la estabilidad, jornada, salario, etc.) debe ser –en todo caso– considerada conforme al derecho interno, tal como acertadamente lo consideró la corte en el caso de Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de tal modo, que esto coadyuve a evitar un efecto expansivo e ilimitado de la sentencia de Lagos Del Campo vs. Perú.
- vi. Respecto al Protocolo de San Salvador: Para la CIDH, la misma tiene competencia para tutelar los DESC contenidos en el protocolo de San Salvador, y no limitarse a los derechos enunciados en su artículo 19. No obstante, consideramos que este criterio sobre su competencia es expansivo, pues, al haberse señalado en el artículo 19 únicamente el derecho de asociación sindical (art. 8.a) y el derecho de educación (art. 13), como justiciables vía pretensión individual en el mecanismo internacional (Artículos 44 al 51, y 61 al 69 de la Convención Americana sobre DDHH), nos fuerza a concluir que tal mecanismo no puede utilizarse para el resto de los derechos contenido en su articulado.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOSTROM Nick, Superinteligencia. Caminos, Peligros, Estrategias, tercera edición, Teell Editorial.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral. Buenos Aires 2001.
- GROS ESPIELL, Héctor. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. Asociación Libro Libre”, San José, Costa Rica, 1986.
- LAFARGUE, Paul. Le Droit a la paresse, Edición Keuk Djian 9, Paris, 1974.
- VENTURA ROBLES, Manuel E. “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 40.

Cuerpos normativos y jurisprudencia

ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente el 01 de mayo 1853. Reforma sancionada el 15 de diciembre de 1994 y promulgada el 03 de enero de 1995.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada en fecha 07 de febrero de 2009.

BRASIL. Constitución de la República Federativa de Brasil, promulgada en fecha 5 de octubre de 1988.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile, promulgada el 21 de octubre de 1980.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, promulgada en fecha 4 de julio de 1991.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso “Cinco Pensionistas” vs Perú*. Sentencia de fecha 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf, consultado en fecha 09 de octubre de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, consultado en fecha 09 de octubre de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Sentencia de fecha 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf, consultado en fecha 09 de octubre de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf, consultado en fecha 09 de octubre de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Buendía y Otros vs. Perú. (“Cesantes y Jubilados de La Contraloría”) Vs. Perú. Sentencia del 01 de julio de 2009. Seria C No. 198. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf, consultado en fecha 09 de octubre de 2022.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lagos Del Campo vs. Perú. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf , consultado en fecha 09 de octubre de 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú de fecha 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf , consultado en fecha 09 de octubre de 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. San Miguel y otras vs. Venezuela de fecha 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf , consultado en fecha 09 de octubre de 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Casa Nina vs. Perú de fecha 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_419_esp.pdf , consultado en fecha 09 de octubre de 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala. Sentencia de fecha 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf , consultado en fecha 09 de octubre de 2022.
- COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica, promulgada en fecha 08 de noviembre de 1949,
- ECUADOR. Constitución Política de la República del Ecuador, de fecha 20 de octubre de 2008,
- EL SALVADOR. Constitución de la República del Salvador, de fecha 16 de diciembre de 1983, última reforma 16 de junio de 2014.
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Declaración de Independencia de los Estados Unidos de fecha 04 de julio de 1776.
- GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala, de fecha 31 de mayo de 1985, reformada 17 de noviembre de 1993.
- HAITÍ. Constitución Política de Haití, 1987, con sucesivas enmiendas.
- HONDURAS. Constitución Política de la República de Honduras, de fecha 11 de enero de 1982, con sucesivas reformas.
- MEXICO. Constitución Política de los Estados Unidos de México, de fecha 05 de febrero de 1917, con sucesivas reformas, última reforma 28 de mayo de 2021.

- NICARAGUA, Constitución Política de la República de Nicaragua, de fecha 21 de enero de 1948, con sucesivas reformas.
- NICARAGUA. Ley No. 28 publicada el 30 de octubre de 1987 en La Gaceta No. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de San Salvador fue suscrito el 17 de noviembre de 1988 durante la celebración del Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N.º 168 de 1988.
- PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá, de fecha 11 de octubre de 1972, con sucesivas reformas.
- PANAMÁ. Ley N.º 25 de fecha 14/12/1990, publicada en Gaceta Oficial N.º 21687, del 17 de diciembre de 1990.
- PARAGUAY. Constitución de la República de Paraguay, de fecha 20 de junio de 1992, con sucesivas enmiendas.
- PERÚ. Constitución Política de Perú, de fecha 29 de diciembre de 1993.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana, de fecha 26 de enero de 2010.
- VENEZUELA. Constitución Nacional de la República de Venezuela de 1961, publicada en Gaceta Oficial No. 662, Extraordinario, de 23 de Enero de 1961

SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, sentencia N.º: 1.185. Fecha: 17-06-2004. Caso: Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad interpuesto por Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) contra el encabezamiento del artículo 32 del Decreto-Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en Gaceta Oficial N.º 37.323, el 13 de noviembre de 2001.

SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, sentencia N.º: 1.447. Fecha: 03-06-2003. Caso: Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad intentado por Rafael Badell Madrid y otro contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N.º 5.152, el 19 de junio de 1997.

SURINAM. Constitución de la República de Surinam, de fecha 30 de octubre de 1987, con sucesiva reforma en 1992.

URUGUAY. Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de fecha 28 de junio de 1830, con sucesivas reformas.

VENEZUELA. Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, con sucesiva reforma y enmienda.

EL DERECHO A LA NO AUTOINCUPLACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA. UN COMENTARIO

DR. CARLOS E. WEFTE H.*

SUMARIO

- Introducción. • No autoinculpación y deberes de colaboración para el ejercicio *extra-penal* de competencias públicas. El caso de la determinación de oficio de tributos. • Las tendencias mundiales respecto del *nemo tenetur* en materia tributaria. • Dos amenazas, actuales y veladas, al *nemo tenetur*. • Regularización voluntaria, *yin* y *yang*. • Reporte obligatorio de esquemas fiscales: *The (Tax) Minority Report?* • Bibliografía. • A. Doctrina. • B. Videoconferencias. • C. Legislación. • D. Jurisprudencia. • E. Otros.

* *Senior Research Associate* y Coordinador Científico del Observatorio para la Protección de los Derechos de los Contribuyentes, *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD), Ámsterdam, Países Bajos. Profesor asociado y exjefe de la Cátedra de “Finanzas Públicas” Universidad Central de Venezuela. Profesor de “Tributación y Derechos Humanos”, Universidad Monteávila. Ha sido *Lecturer*, Maestría Avanzada en Tributación Internacional, IBFD-*Universiteit van Amsterdam*, Países Bajos; y profesor invitado en *Strathmore University*, Kenia; *University of Cape Town*, Sudáfrica; y Universidad Iberoamericana, México. Representante suplente por Panamá al Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Miembro de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario (APADEFT), Académico Ordinario y Miembro de la Junta Directiva de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal (AMDF).

INTRODUCCIÓN

El derecho a no autoinculparse (*nemo tenetur se ipsum accusare*) es, no cabe duda, una garantía fundamental: un *standard* mínimo de protección del ciudadano para cualquier campo de interacción entre éste y el Estado.¹ En su enunciado básico, el *nemo tenetur* actúa como un límite funcional a la actividad probatoria,² cuya técnica operativa consiste en la imposición al Estado de una *prohibición* de obtener medios de prueba procesalmente eficaces a través de la coacción, particularmente dirigida contra la persona cuyo *status* jurídico es susceptible de ser modificado unilateralmente a través del ejercicio de potestades públicas, especialmente el *ius puniendi*.³

A pesar de su prosapia,⁴ de la claridad de su enunciado, de su importancia⁵ y de su amplísima recepción en la regulación y la

¹ Carlos E. Weffé H., “The Right to Be Informed: The Parallel between Criminal Law and Tax Law, with Special Emphasis on Cross-Border Situations”, en *World Tax Journal* vol. 9, no. 3. IBFD, Amsterdam, 2017, p. 431. Disponible en <https://bit.ly/3CckAFE>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.

² Claudio Meneses Pacheco, “Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil”, en *Revista Ius Et Praxis*, vol. 14, no. 2, Universidad de Talca, 2008, p. 46. Disponible en <https://bit.ly/3M8wPrn>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.

³ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 232; Richard H. Helmholz, “Introduction”, en *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press. Chicago, 1997, p. 1; Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005, p. 226.

⁴ Sus orígenes pueden rastrearse hasta *al menos* el Talmud. Irene Merker Rosenberg y Yale L. Rosenberg, “The Talmudic Rule Against Self-Incrimination”, en *Comparative American and Talmudic Criminal Law*. University of Houston Law Center, Houston, 2016, p. 230. Disponible en <https://bit.ly/3ynlXQB>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022. En contra, ver Sandra Oliveira e Silva, “O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo: Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare”, Coimbra, 2014, p. 366. Disponible en <https://bit.ly/3EiIN9x>, consultado en fecha 8 de octubre de 2022.

⁵ Se ha dicho que el *nemo tenetur* es “uno de los grandes hitos en la lucha del hombre por civilizarse”. Traducción libre del autor. Richard. H. Helmholz, “Origins of the Privilege

práctica constitucional de una cantidad significativa de países,⁶ el derecho a no autoinculparse ha sido calificado como “el más malinterpretado, irrespetado y controversial de todos los derechos”.⁷ La polémica tiene fundamento en el calado de los intereses comprometidos en la correcta aplicación del *nemo tenetur*: la búsqueda de la *verdad material*, objetivo *ideal* que orienta el ejercicio de cualquier potestad pública, por una parte; y la *dignidad* del investigado, quien -lógicamente- no puede ser forzado, ni explícita ni implícitamente, a aportar los fundamentos de su propia condena,⁸ por la otra. La ponderación entre estos intereses es campo fértil para incontables problemas, que -a grandes rasgos- pasan por determinar la admisibilidad probatoria de situaciones como el uso de medios «ocultos» de investigación para la obtención de declaraciones autoincriminatorias (interrogatorios «disfrazados»),⁹ investigadores encubiertos,¹⁰

against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune” en *New York University Law Review*, vol. 65. New York University Press, New York, 1990, p. 962. Disponible en <https://bit.ly/3V5bjYp>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.

⁶ Partiendo de su formulación más conocida, la llamada *advertencia Miranda* interpretada de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, se ha dicho que el *nemo tenetur* es reconocido normativa o jurisprudencialmente en 108 países. Es llamativo que Venezuela no aparezca en este listado, a pesar de que el artículo 49.5 de la Constitución consagra expresamente este derecho como parte de la cláusula de debido proceso. Ello se debe, probablemente, a que la estadística se refiere a los países que regulan la forma de la *notificación* al indiciado de su derecho a la no autoinculpación en el momento de la detención. Sin embargo, el dato es lo suficientemente representativo para demostrar el punto. The Law Library of Congress Global Legal Research Directorate, *Miranda Warning Equivalents Abroad*. Washington, 2016, p. 1. Disponible en <https://bit.ly/3MbLx0E>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022; Suprema Corte de los Estados Unidos de América (SCOTUS), sentencia No. 384 U.S. 436 (1966) del 13 de junio de 1966, caso *Miranda v. Arizona*. Disponible en <https://bit.ly/3ehJF9Z>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022; Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N.º 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009: Weffe, *The Right...* ob. cit., p. 450 en pie de página.

⁷ Traducción libre del autor. Leonard Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, 1968, p. X, cit. en Lutz Eidam, “Contemporary Problems of the Right to Remain Silent in Germany”, en Lutz Eidam, Michael Lindemann y Andreas Ransiek (eds.), *Interrogation, Confession and Truth: Comparative Studies in Criminal Procedure*. Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 51. En el mismo sentido Helmholz, *Introduction...* ob. cit., p. 4.

⁸ O lo que es lo mismo, *nemo tenetur prodere seipsum*, frase que se atribuye a San Juan Crisóstomo. Helmholz, *Introduction...* ob. cit., p. 1.

⁹ Bacigalupo, ob. cit., p. 227.

¹⁰ *Ibidem*, p. 228.

intervenciones telefónicas y la recolección de muestras para análisis de ADN,¹¹ entre otros.

De entrada, cabe advertir que el esclarecimiento estatal de hechos sin límite jurídico alguno “entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales”.¹² De por sí, la idea de que *todo vale* repugna al concepto mismo de Estado de Derecho, que como tal supone que el ordenamiento es, ontológicamente, fuente y *limitación* de todo poder.¹³ Por ello, “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal”,¹⁴ pues es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin.¹⁵ En principio, tal aserto es predicable de cualquier ámbito de actuación estatal que requiera una actividad inquisitiva.

Paralelamente, el deber constitucional de colaboración con el poder público en la realización del bienestar común sirve de fundamento a una serie de preceptos en los que se establece un amplio elenco de deberes de aportar a la Administración elementos de prueba de los hechos relevantes para el recto ejercicio de sus competencias, todos -en principio- *fuera* del ámbito del proceso penal a pesar de ser potencialmente productores de consecuencias equivalentes a las de la pena.¹⁶ He ahí, en el deber de colaboración en la práctica de diligencias de comprobación de hechos relevantes para el ejercicio *extrapenal* de competencias

¹¹ Oliveira e Silva, ob. cit., p. 362.

¹² Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 191.

¹³ Weffer H., *The Right...* ob. cit., p. 431.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Trotta, Madrid, 1995, p. 608.

¹⁶ Esto es, penales en sentido amplio. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, sentencia en las aplicaciones acumuladas nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, del 8 de junio de 1976, caso *Engel y otros v. Países Bajos*, párrafo 82. Disponible en <https://bit.ly/3fJ62w>, consultada en fecha 9 de octubre de 2022; y Carlos E. Weffer H., “Taxpayers’ Rights in the Expanding Universe of Criminal and Administrative Sanctions: A Fundamental Rights Approach to Punitive Tax Law Following the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, en *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, no. 2, IBFD, Amsterdam, 2020, pp. 101-102. Disponible en <https://bit.ly/3CIfUZA>, consultado en fecha 9 de octubre de 2022.

públicas, el primer -probablemente el principal- peligro para el derecho a no autoinculparse.¹⁷

NO AUTOINCUPLACIÓN Y DEBERES DE COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO *EXTRAPENAL* DE COMPETENCIAS PÚBLICAS. EL CASO DE LA DETERMINACIÓN DE OFICIO DE TRIBUTOS.

Un ejemplo paradigmático de estos deberes de colaboración son los derivados de la determinación tributaria de oficio.¹⁸ En efecto, la Administración tributaria tiene competencias para declarar unilateralmente con efectos jurídicos la existencia -o inexistencia- y la cuantía de obligaciones tributarias, siguiendo para ello el cauce formal que le ofrecen los distintos procedimientos determinativos regulados en la ley. En el caso venezolano destacan particularmente dos: la verificación¹⁹ y la fiscalización,²⁰ medios formales para “constatar el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones de carácter tributario por parte de los sujetos pasivos del tributo”.²¹

En el primero de ellos, la Administración tributaria parte de un conocimiento *presunto* de la existencia y cuantía del hecho imponible, sobre la base de los datos aportados por el contribuyente en las declaraciones que, *bona fide*, está obligado a presentar en los ordenamientos que usan la *autodeterminación* como mecanismo por defecto de cumplimiento de obligaciones tributarias.²² Establecido así el *an debeat*, a la Administración le queda por hacer una tarea de comprobación de

¹⁷ Stefan Kirsch, “¿Derecho a no autoinculparse?”, en Carlos María Romero Casabona (ed.), *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Comares, Granada, 2000, pp. 250-251.

¹⁸ Betty Andrade Rodríguez y Carlos E. Weffe H., “Las inspecciones administrativas en materia tributaria: apuntes sobre los procedimientos determinativos oficiosos de tributos”, en José Ignacio Hernández González (ed.), *Manual de Práctica Forense en Inspecciones y Procedimientos Administrativos Especiales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, sec. 2.1. Disponible en <https://bit.ly/3Mh5x1O>, consultado en fecha 9 de octubre de 2022.

¹⁹ “Procedimiento” regulado en los artículos 182 a 186 del “Código” Orgánico Tributario (en lo adelante “COT”), publicado en Gaceta Oficial no. 6.507 Extraordinario, del 29 de enero de 2020.

²⁰ Procedimiento de determinación de oficio por excelencia, regulado en los artículos 187 a 204 del COT.

²¹ Artículo 131.2 COT.

²² Artículo 140 COT.

la *coherencia interna* de la declaración presentada, para acreditar así -también presuntivamente, partiendo de la veracidad de los datos así revisados- el *quantum debeat*.²³

Por su parte, en el segundo la Administración tributaria parte de la *duda razonable* respecto de la existencia y cuantía de la obligación tributaria, razón por la cual debe desplegar una actividad ampliamente inquisitiva, de *búsqueda de la verdad material*.²⁴ Esta circunstancia la legitima para requerir de “cualquier particular u organización (...) suministrar, eventual o periódicamente, las informaciones que con carácter general o particular le requieran los funcionarios competentes”,²⁵ con un objeto que -debe ser- limitadamente *tributario*.²⁶

Naturalmente, como «testigo principal» que es,²⁷ el contribuyente es el *primer* llamado a aportar los elementos de prueba del hecho generador y de su magnitud económica: él es la *fuerza de prueba directa* por excelencia respecto de los hechos fiscalmente relevantes, en tanto fueron realizados por *él mismo*. A tal punto llega la importancia de la información que el contribuyente suministra -o que puede suministrar- que su ausencia, combinada con la *imposibilidad material* de acceder al conocimiento directo del hecho imponible y su cuantía por otras fuentes, legitima normativamente a la Administración tributaria para el uso de indicios y presunciones en ejercicio de su competencia tributaria: la determinación *sobre base presuntiva*.²⁸

La posibilidad de practicar la determinación sobre base presuntiva podría -por sí sola- ser calificada como un mecanismo *indirecto* de presión sobre el contribuyente para que éste aporte la prueba del hecho imponible y su cuantía *a pesar de su contenido autoincriminador*. La capacidad limitada de esta modalidad de determinación de oficio para establecer los hechos fiscalmente relevantes y medir la real capacidad contributiva del contribuyente sirve, al igual que la reducción de la pena

²³ Andrade Rodríguez y Weffer H., ob. cit., p. 8 en nota al pie.

²⁴ *Ibidem*, p. 19, en nota al pie.

²⁵ Artículo 134 COT.

²⁶ Andrade Rodríguez y Weffer H., ob. cit., p. 7 en nota al pie.

²⁷ Kirsch, ob. cit., p. 261.

²⁸ Artículo 140.3 COT.

respecto de los acuerdos reparatorios en el proceso penal,²⁹ como un poderoso incentivo para colaborar con la Administración tributaria.

A esta circunstancia se suma la conminación punitiva, bajo la forma de infracciones «administrativas» de deber³⁰ que castigan el *silencio* del contribuyente frente al requerimiento de información por la Administración tributaria, *incluso la de contenido autoincriminador*.³¹ Más allá de las «diferencias» entre infracciones administrativas e ilícitos penales,³² estamos en presencia de un supuesto difícilmente conciliable con el *standard* del *nemo tenetur* proveniente del Derecho penal (sección 1): el investigado sólo puede ser fuente de prueba a través de su actuar voluntario y libre de toda coerción, apremio o engaño, *sea cual sea el medio de prueba*.

Idealmente, este *standard* es trasladable -sin más- al Derecho tributario.³³ Según Baker y Pistone, el *nemo tenetur* debe respetarse en todas las inspecciones fiscales,³⁴ sean éstas propiamente de determinación tributaria o -incluso- si tienen carácter *autónomo*,³⁵ sirvan o no de cauce formal al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración tributaria. De ello se sigue la necesidad de identificar un punto dentro del procedimiento administrativo tributario en el que sea *previsible* que el requerimiento de información de la Administración tributaria *pueda implicar* la autoincriminación, situación en el cual el contribuyente debe tener una mayor garantía del *nemo tenetur*.³⁶ Esa «mayor garantía» debe instrumentarse a través del derecho a ser informado de la imputación³⁷ y de la prohibición de eficacia probatoria de las declara-

²⁹ Kirsch, ob. cit., pp. 260-261.

³⁰ Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*. De Gruyter, Berlín, 2006, pp. 352-355,

³¹ Artículo 105.1 COT.

³² Carlos E. Weffe H., *Culpabilidad, Infracciones Tributarias y Delitos Fiscales*. Thomson-Reuters, Ciudad de México, 2018, pp. 235-246.

³³ En el mismo sentido, respecto del derecho *correlativo* a ser informado de la investigación penal o tributaria, ver Weffe H., *The Right...* ob. cit., pp. 441-442.

³⁴ Philip Baker y Pasquale Pistone, “General Report”, en *The Practical Protection of Taxpayers’ Fundamental Rights*. IFA Cahiers vol. 100B. IFA, 2015, pp. 39, 45. Disponible en <https://bit.ly/3ehWhy7>, consultado en fecha 10 de octubre de 2022.

³⁵ Weffe H., *The Right...* ob. cit., pp. 458-459.

³⁶ Baker y Pistone, ob. cit., pp. 45, 77-78.

³⁷ *Ibidem*, p. 45.

raciones del contribuyente dentro del procedimiento determinativo en el marco del procedimiento -y el proceso- sancionador.

Sin embargo, la práctica parece desmentir este *idílico* escenario (sección 3), que ya desde la perspectiva teórica parece problemática. Por ejemplo, Baker y Pistone consideran que el *nemo tenetur* no puede invocarse para permitir a los contribuyentes «escapar» de su obligación de cooperar con las autoridades fiscales, tomando en cuenta su carácter de principal fuente de prueba directa de los hechos imposables, lo que circunscribiría el principio a una protección, necesariamente limitada, de la prueba de la *intención* del contribuyente que puede derivar de su *testimonio* sobre los hechos imposables objeto de investigación. En este sentido, si las autoridades tributarias encuentran evidencia de incumplimiento y el contribuyente opta por el silencio, dicho silencio no limita el derecho de la Administración tributaria de determinar de oficio el tributo “sobre la base de la mejor información disponible”, la que incluye principalmente aquella que haya podido recabarse del contribuyente *contra su voluntad*.³⁸

En efecto, Baker y Pistone limitan el ámbito material del principio al suministro de información “que revele la intención subjetiva del contribuyente, como sus declaraciones sobre hechos reales relacionados con el procedimiento”,³⁹ esto es, a la prueba testimonial, de modo que el contribuyente “no debe ser presionado para responder a preguntas, ya sea oralmente o por escrito, que puedan conducir a la autoinculpación”.⁴⁰ Esta definición «restringida» del *nemo tenetur* protege, claro está, la posibilidad de la Administración tributaria de conocer la *verdad material* respecto de los hechos imposables y determinar “sobre la base de la mejor información disponible”,⁴¹ esto es, sobre base cierta. Así, las autoridades fiscales estarían habilitadas *a contrario* para conminar al contribuyente, incluso por vía del *ius puniendi*, a convertirse en fuente de cualquier otro medio de prueba del hecho imponible *independientemente de su potencial autoincriminador*, lo que es especialmente aplicable a la prueba documental del hecho imponible

³⁸ Traducción libre del autor. *Ibidem*, p. 39.

³⁹ Traducción libre del autor. Baker y Pistone, ob. cit., p. 39.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ídem*.

que preexiste al requerimiento: fundamentalmente, libros de contabilidad y documentación soporte de los asientos contables respectivos.

Así las cosas, los deberes de colaboración con la Administración tributaria fundamentarían la posibilidad de que el contribuyente sea fuente de prueba *a pesar del nemo tenetur*, en línea con una cierta tendencia doctrinal en Derecho penal de acuerdo con la cual “no se puede exigir que los órganos de persecución penal actúen como si el acusado no existiese e ignoren los eventuales vestigios que su paso por el lugar del delito pueda haber dejado”.⁴²

Eso, en mi opinión, vacía *peligrosamente* de contenido al principio.⁴³ Tal como ocurre con el derecho a ser informado,⁴⁴ el *standard* mínimo de protección del *nemo tenetur* en materia tributaria es sustancialmente idéntico al *standard* aplicable a la salvaguarda de este derecho fundamental en materia penal y que mencioné en la sección 1: el contribuyente solo puede ser fuente válida de prueba de los hechos fiscalmente relevantes a partir de un actuar voluntario y libre de toda coerción, apremio o engaño, *sea cual sea el medio de prueba*.

El *nemo tenetur* garantiza -debe hacerlo, en todo caso- que el ciudadano “no pueda verse obligado de algún otro modo a colaborar en la formación de una convicción que vaya en contra suya”, de modo que “cualquier presión que sobre él se ejerza para que colabore activamente o para que participe en la formación de esta convicción es ilícita”.⁴⁵ Puesto en términos deliberadamente reduccionistas, requerir legalmente del contribuyente la prueba, documental o de cualquier otro tipo, del fraude fiscal que éste presuntamente ha cometido a riesgo de la aplicación de sanciones, sean éstas directas (como por ejemplo, multas por la omisión de suministro de información a la Administración tributaria) o indirectas (la determinación sobre base presuntiva *en exceso de la capacidad contributiva* sobre la base de la ausencia de elementos aportados por el

⁴² Traducción libre del autor. Oliveira e Silva, ob. cit., p. 379.

⁴³ Francisco Muñoz Conde, “De la Prohibición de Autoincriminación al Derecho Procesal Penal del Enemigo”, en Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes y Susana Aires de Sousa (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 1.021. Disponible en <https://bit.ly/3yUTIP9>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.

⁴⁴ Weffe H., *The Right...* ob. cit., pp. 441-442.

⁴⁵ Texto entre corchetes del autor. Kirsch, ob. cit., p. 254.

contribuyente para la determinación sobre base cierta),⁴⁶ es lo mismo que admitir que en la instrucción de un proceso penal por homicidio se castigue al presunto culpable con una sanción autónoma por no entregar el arma homicida, llena de la sangre de su víctima, al requerimiento de la policía. Como bien apunta Kirsch, “una clara delimitación entre lo que es cooperación [prohibida] y lo que es mera inspección [permitida] ni siquiera debería intentarse”.⁴⁷

LAS TENDENCIAS MUNDIALES RESPECTO DEL *NEMO TENETUR* EN MATERIA TRIBUTARIA

En este orden de ideas, la tendencia global sobre la materia se orienta, en mi opinión, hacia la reducción indebida del ámbito territorial y material del *nemo tenetur*.⁴⁸ En efecto, el reconocimiento del derecho en las jurisdicciones monitoreadas por el Observatorio para la Protección de los Derechos de los Contribuyentes del *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD), en lo adelante “Observatorio IBFD”, se ha reducido drásticamente, del 67% de 2015 a apenas el 42% para 2021⁴⁹ (Figura 1).

Sin embargo, es notable la tendencia hacia la instauración de incidencias procedimentales que permitan determinar, en el marco de una inspección fiscal, la probabilidad de que los datos suministrados por el contribuyente para efectuar la determinación de oficio puedan tener

⁴⁶ Weffe H., *Taxpayers’...* ob. cit., p. 105, en nota al pie.

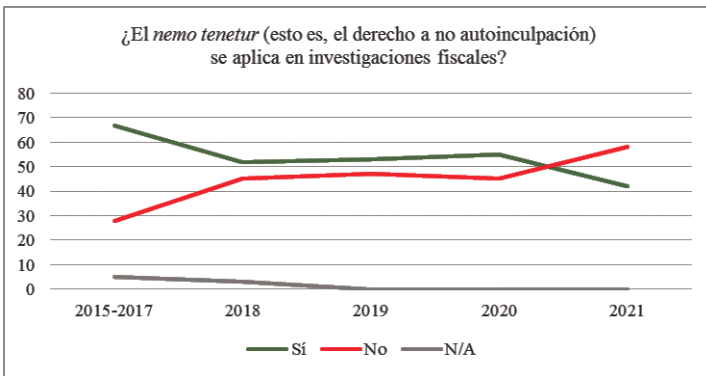
⁴⁷ *Ídem*. En contra Oliveira e Silva, ob. cit., p. 376.

⁴⁸ Carlos E. Weffe H., *The practical protection of taxpayers’ rights: more intensive audits and criminal and administrative sanctions. 2019 IBFD Yearbook on Taxpayers’ Rights – Sections 5 & 7*. Mins. 7:06 a 8:36, 8 de junio de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3g3oFUU>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.

⁴⁹ Para todos los datos estadísticos, véase Baker y Pistone, ob. cit., p. 94; Observatorio IBFD, *2018 General Report on the Protection of Taxpayers’ Rights*. IBFD. Ámsterdam, 2019, pp. 108-111. Disponible en <https://bit.ly/3rNCPMC>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022; Observatorio IBFD, *2019 General Report on the Protection of Taxpayers’ Rights*. IBFD. Ámsterdam, 2020, pp. 84-87. Disponible en <https://bit.ly/3SV2COP>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022; Observatorio IBFD, *The IBFD Yearbook on Taxpayers’ Rights 2020*. IBFD. Ámsterdam, 2021, pp. 75-78. Disponible en <https://bit.ly/3RTTIWa>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022. Observatorio IBFD, *The IBFD Yearbook on Taxpayers’ Rights 2021*. IBFD. Ámsterdam, 2022, pp. 106-108. Disponible en <https://bit.ly/3MuOVUE>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.

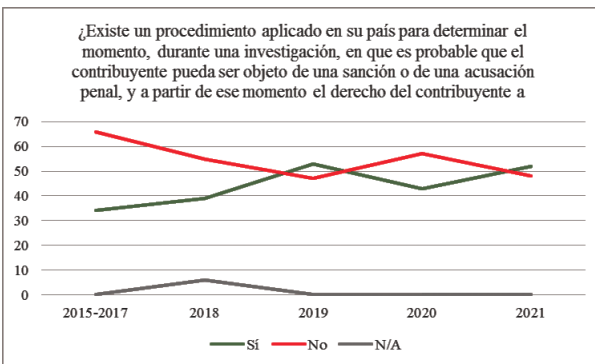
contenido autoinculpatario y, en consecuencia, constituir *notitia criminis* para el inicio del procedimiento tributario sancionador o, en su caso, el proceso penal. De un escenario inicial -2015- donde una actuación de este tipo era *inexistente* en el 66% de las jurisdicciones monitoreadas por el Observatorio IBFD, hemos pasado a un escenario en el que la incidencia que permite activar las garantías del *nemo tenetur* existe en un 52% de jurisdicciones. La Figura 2 muestra esta tendencia, que es -ciertamente- un dato positivo para tener en cuenta.

Figura 1.
Aplicación del *nemo tenetur* en los procedimientos tributarios.



Fuente: Baker y Pistone (2015), Observatorio IBFD (2018, 2019, 2020, 2021, 2022).

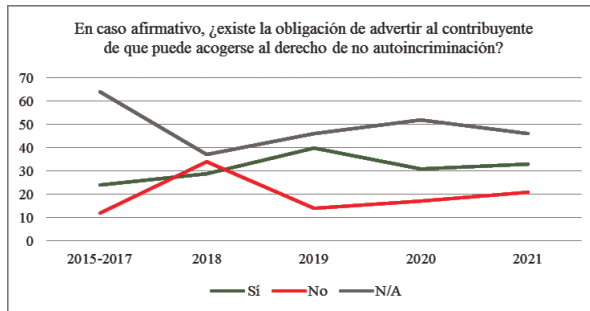
Figura 2.
Procedimiento especial para la aplicación del *nemo tenetur*.



Fuente: Baker y Pistone (2015), Observatorio IBFD (2018, 2019, 2020, 2021, 2022)

La garantía procedimental fundamental del *nemo tenetur* es el derecho a ser informado del potencial autoinculpatorio de la declaración o de la información requerida, esto es, la también conocida como «advertencia Miranda».⁵⁰ En forma correlativa con la tendencia a la formación de una incidencia procedimental que reconozca el potencial autoinculpatorio de la participación del contribuyente en el procedimiento tributario, el derecho a ser informado del *nemo tenetur* pasó de la *duda*, representada en el 64% de las jurisdicciones monitoreadas por el Observatorio IBFD para 2015- a una progresiva -aunque tímida- admisión. Es curioso que la reducción de las jurisdicciones en las que no es posible determinar si efectivamente se aplica la «advertencia Miranda» (que aún es un sólido 46% para 2021) se ha distribuido equitativamente entre las jurisdicciones que admiten y que niegan la aplicación del derecho a ser informado del *nemo tenetur*. Los países que sí lo aplican ascendieron del 24% en 2015 al 33% en 2021, y las jurisdicciones que no lo aplican se incrementaron *también*, si bien con idas y venidas (donde destaca, en especial, 2018), del 12% en 2015 al 21% en 2021 (Figura 3).

Figura 3.
Derecho a ser informado del *nemo tenetur* («advertencia Miranda»).



Fuente: Baker y Pistone (2015), Observatorio IBFD (2018, 2019, 2020, 2021, 2022)

Partiendo de las corrientes favorables a la incorporación formal del *nemo tenetur* en los procedimientos tributarios, previamente comentadas, parece lógico predecir una tendencia similar respecto del derecho del contribuyente de invocar *autónomamente* el derecho frente a los

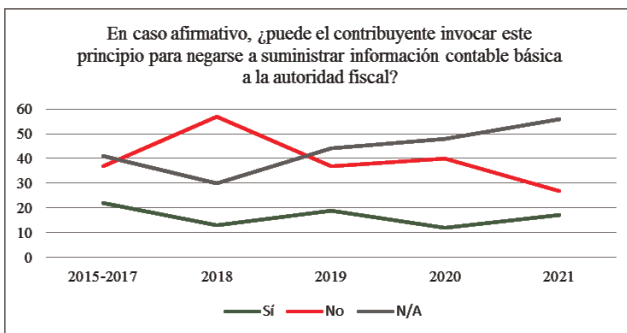
⁵⁰ SCOTUS, *Miranda*... ob. cit.; Muñoz Conde, ob. cit., p. 1.015 en nota al pie.

requerimientos de información, especialmente contable, de las autoridades fiscales. Sin embargo, es sorprendente constatar lo contrario. De acuerdo con los datos del Observatorio IBFD, tal posibilidad de invocar el *nemo tenetur* en los procedimientos tributarios es *indeterminada*, tendencia que ha ido al *alza* con la excepción notable de 2018: de 41% en 2015 al 56% en 2021. Paralelamente, las jurisdicciones que expresamente admiten la posibilidad de invocar el *nemo tenetur* frente a los requerimientos de la Administración tributaria se han inclinado, lenta pero sostenidamente, a la *baja*: del 22% de 2015 llegamos a un 17% en 2021, al tiempo que 2020 registró una baja notable al 12% de las jurisdicciones monitoreadas (Figura 4).

Sobre esta base, es lógico entonces que la existencia o no de restricciones a la eficacia probatoria de los elementos de convicción obtenidos a través de requerimientos coactivos al contribuyente en los procedimientos sancionadores -penales o administrativos- sea objeto de dudas en la práctica. Así lo evidencia el incremento de la incertidumbre respecto de la materia en las jurisdicciones monitoreadas por el Observatorio IBFD, del 29% en 2015 a un sólido 52% en 2021. Lo positivo es que ese aumento ha sido a costa de la posibilidad de reconocer efecto probatorio *pleno* a la información potencialmente autoinculpadora facilitada por el contribuyente, que de un 45% en 2018 se ha reducido *casi a la mitad*, al 25% registrado en 2021 (Figura 5).

Figura 4.

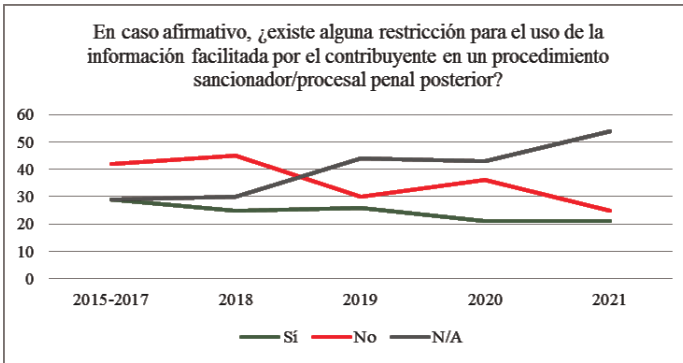
Legitimación para invocar el *nemo tenetur* frente a requerimientos de información contable



Fuente: Baker y Pistone (2015), Observatorio IBFD (2018, 2019, 2020, 2021, 2022)

Figura 5.

Eficacia probatoria de los elementos aportados por el contribuyente en el procedimiento sancionador tributario regido por el *nemo tenetur*



Fuente: Baker y Pistone (2015), Observatorio IBFD (2018, 2019, 2020, 2021, 2022)

Los datos expuestos confirman la tesis que defendí en la sección 2 sobre el vaciamiento del contenido material del *nemo tenetur*: en general, la protección práctica del principio parece estar en retirada. Si bien positiva, la progresiva incorporación en el procedimiento tributario de fórmulas de reconocimiento del momento en el que es ejercible el derecho al silencio y la emisión de «advertencias Miranda» choca con la inadmisibilidad del *nemo tenetur* como excusa para el suministro coactivo de información potencialmente autoincriminadora por el contribuyente, de una forma que, además de hacer inoperante al principio en la práctica, considero lesiva del «núcleo duro» del derecho humano al *nemo tenetur*: la no autoincriminación estatalmente forzada.⁵¹

En este orden de ideas, disiento respetuosamente de la posición según la cual estos datos podrían interpretarse de una forma atenuada, con base en la concepción «restringida» del *nemo tenetur* a la que me referí en la sección 2 y que entendería como admisible, por ejemplo, conceder eficacia probatoria -aunque sea limitada- a aquellos medios de prueba aportados por el contribuyente en el procedimiento determinativo distintos de su testimonio, o bien la ausencia de legitimación del

⁵¹ Claus Roxin, “Autoincriminación Involuntaria y Derecho al Ámbito Privado de la Personalidad en las Actuaciones Penales”, en *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2007, pp. 93-96.

contribuyente para invocar el *nemo tenetur* respecto de los requerimientos de documentación contable cuyo incumplimiento es susceptible de generar sanciones.

Si el «núcleo duro» del *nemo tenetur* es la prohibición de autoincriminación estatalmente forzada, ésta debe aplicarse con todas sus consecuencias, esto es: (i) la prohibición de ejercer coerción sobre el investigado para que éste aporte los elementos de prueba de los que pudiera deducirse su responsabilidad, sea por vía testimonial o por cualquier otra; y (ii) la ineficacia probatoria *total* de los elementos de convicción de cualquier especie que hayan podido ser recabados a través de esta coerción, tal como lo sostiene la doctrina de la fruta del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), cuyo origen histórico está ligado, precisamente, a la investigación de delitos fiscales.⁵² En mi opinión, el interés financiero del Estado en la recaudación tributaria no es suficiente para superar en la ponderación al derecho *fundamental* de toda persona a no traicionarse a sí misma, en los términos expresados en la sección 2. En este sentido, el § 393 (2) de la Ordenanza tributaria alemana prohíbe la traslación de elementos de prueba obtenidos coactivamente del contribuyente en el procedimiento determinativo de oficio, *antes* “de que se iniciara el proceso penal o en desconocimiento de la iniciación de un proceso penal en cumplimiento de las obligaciones fiscales” al referido proceso, si bien -en solución que no comparto- la norma *excepciona* de esta prohibición, precisamente, a los delitos tributarios y a los delitos “en cuya persecución concurra un interés público inexcusable”.⁵³

DOS AMENAZAS, ACTUALES Y VELADAS, AL *NEMO TENETUR*

Como nota final de este comentario, cabe reseñar brevísimamente dos situaciones actuales que -a mi juicio- constituyen amenazas veladas

⁵² SCOTUS, sentencia No. 251 U.S. 385 (1920) del 26 de enero de 1920, caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*. Disponible en <https://bit.ly/3CkFsdC>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022.

⁵³ Traducción libre del autor. Ordenanza Tributaria, publicada en la Gaceta Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*) I, p. 1.142. Disponible en <https://bit.ly/3fYNQrG>, consultada en fecha 10 de octubre de 2022.

al *nemo tenetur*: la regularización voluntaria (sección 4.1.) y el reporte obligatorio de esquemas fiscales (sección 4.2.).

REGULARIZACIÓN VOLUNTARIA, *YIN Y YANG*

Es obvio que el Estado debe favorecer el cumplimiento de la ley, y -entre otros cometidos- amparar la posibilidad del restablecimiento de la efectiva vigencia de la norma que, circunstancialmente, haya sido violada.⁵⁴ Pero la *prevención general o especial* producto de la pena no es un valor absoluto: el principio de *oportunidad*,⁵⁵ corolario del carácter contingente del Derecho sancionador y expresión de la proporcionalidad en esta rama del Derecho,⁵⁶ autoriza al titular de la acción sancionadora⁵⁷ a ponderar entre su ejercicio y el sobreseimiento del procedimiento, aún a pesar de la práctica certeza de que el investigado es, en efecto, responsable de la comisión de un hecho punible.⁵⁸ De este modo, el principio de oportunidad ratifica el carácter *instrumental* de la pena como *ultima ratio* para lograr este objetivo, condicionando el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, siempre dentro de los parámetros del principio de legalidad: el principio de oportunidad no debe -en principio- ser fuente de arbitrariedad o, peor, de privilegio.⁵⁹

Uno de los casos típicos de oportunidad en el ejercicio de la acción sancionadora se da cuando un interés estatal prioritario (como, por ejemplo, el interés financiero en la recaudación fiscal) prevalece sobre el interés estatal en la aplicación de la pena,⁶⁰ con fundamento general en el *arrepentimiento* del contribuyente. A este grupo de causales de terminación anticipada del procedimiento -o del proceso- sancionador pertenece la llamada *regularización voluntaria*, una medida tendiente

⁵⁴ Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 9.

⁵⁵ Carlos E. Weffer H., *Garantismo y Derecho Penal Tributario en Venezuela*. Globe. Caracas, 2010, p. 496.

⁵⁶ Weffer H., *Taxpayers'*... ob. cit., p. 99.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁸ Roxin, *Derecho*... ob. cit., p. 89.

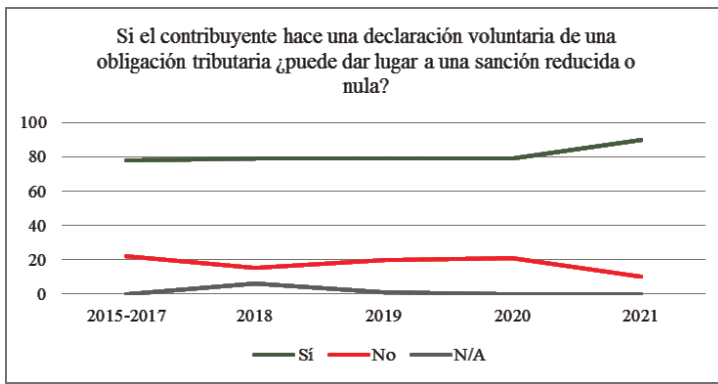
⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 90.

a obtener una reducción en las sanciones aplicables a cambio de que el contribuyente aporte *voluntariamente* los datos necesarios para que la Administración tributaria determine de oficio y cobre obligaciones tributarias insolutas.

Figura 6.

Recepción práctica de la regularización voluntaria con reducción de sanciones tributarias



Fuente: Baker y Pistone (2015), Observatorio IBFD (2018, 2019, 2020, 2021, 2022).

La regularización voluntaria con reducción en las sanciones aplicables es generalmente valorada -con razón- de modo positivo. Baker y Pistone la catalogan como una medida “deseable”⁶¹ y, en consecuencia, la consideran un *standard* mínimo de protección de los derechos del contribuyente que caracteriza a una parte importante de los sistemas tributarios a nivel mundial. A este respecto, salvo el importante avance registrado en 2021, la regularización voluntaria lleva a una reducción de las penas aplicables en un promedio de 75% de las jurisdicciones monitoreadas por el Observatorio IBFD, como lo muestra la Figura 6.

A pesar de sus evidentes ventajas, el principal beneficio de la regularización voluntaria -la reducción o la eliminación de la sanción aplicable, a través de una causal de extinción de la acción penal⁶²- constituye fuente de potencial conflicto con el *nemo tenetur*, difícilmente solucionable en la práctica.

⁶¹ Traducción libre del autor. Baker y Pistone, ob. cit., p. 56.

⁶² Weffe H., *Garantismo...* ob. cit., pp. 498-499.

No es necesario mayor esfuerzo intelectual para intuir que la promesa de reducción de la sanción puede ser un instrumento *formidable* para «convencer» al contribuyente de autoinculparse. En un escenario tal se abren amplias posibilidades de que, como ocurre también en el proceso penal, se ejerza “una presión muy considerable sobre el imputado, (como sucede en los casos en que resulta claramente perjudicado el imputado que calla frente a aquel que decide prestar declaración)”.⁶³ El aumento de ofertas de cooperación al contribuyente investigado esconde también el peligro de una “alteración climática” del proceso, donde quien -luego de la «invitación»- no coopere “será visto como ‘amigo’ o ‘enemigo’, y de acuerdo con esta clasificación enjuiciado”.⁶⁴ Naturalmente, la situación en comentario afecta seriamente a la materia tributaria, dada la creciente criminalización de la ilicitud fiscal y, en general, por causa de la tendencia *expansiva* del Derecho sancionador tributario.⁶⁵

REPORTE OBLIGATORIO DE ESQUEMAS FISCALES: *THE (TAX) MINORITY REPORT?*

Una segunda amenaza al *nemo tenetur* proviene de la tendencia, nacida al amparo del plan de acción contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios fiscales (BEPS) de la OCDE y el G-20,⁶⁶ a la

⁶³ Kirsch, ob. cit., p. 261.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 262. En el mismo sentido Muñoz Conde, ob. cit., p. 1.021.

⁶⁵ Weffe H., *Taxpayers*... ob. cit., p. 103; Carlos E. Weffe H., “Derechos del Contribuyente vs. Expansión Sancionadora. Una Aproximación Garantista al Derecho Tributario Sancionador Post-BEPS”, en Carlos Espinosa Berecochea (coord.), *Derechos de los Contribuyentes*. AMDF. Ciudad de México, 2019, p. 1.031; Carlos E. Weffe H., “La reforma penal tributaria de 2014. Un ensayo sobre Derecho Penal del Enemigo”, en Eugenio Hernández-Bretón (ed.), *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 1489-1.525. Disponible en <https://bit.ly/3Cqk2ff>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022; Carlos E. Weffe H., “La Reforma Penal de 2014. Garantismo vs. Autoritarismo”, en *Revista de Derecho Público* no. 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 352. Disponible en <https://bit.ly/3TiaaLk>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022; Carlos E. Weffe H., “La Codificación del Derecho Penal Tributario en Venezuela”, en *30 Años de la Codificación del Derecho Tributario en Venezuela*. Tomo III. AVDT. Caracas, 2012, pp. 421-424. Disponible en <https://bit.ly/3CR6dba>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022.

⁶⁶ OECD/G20, *Mandatory Disclosure Rules – Action 12: Final Report*. OECD, Paris, 2015.

implementación de reglas de reporte obligatorio de esquemas fiscales, a través de las cuales las Administraciones tributarias pretenden obtener *ex ante* información relevante para anticipar los riesgos recaudatorios derivados del ejercicio (abusivo) de la *economía de opción*⁶⁷ del contribuyente, bajo la forma de la llamada «planificación fiscal agresiva».

Como sistemas de «alerta temprana» que son, las reglas de reporte obligatorio de esquemas fiscales requieren que los intermediarios -abogados, contadores y demás asesores fiscales- o *los contribuyentes* presenten información que esté dentro de su conocimiento, posesión o control sobre las transacciones -o la cadena de ellas- sujetas a la obligación de reporte, en tanto identificadas como posible planificación fiscal «agresiva» sobre la base indiciaria aportada por una serie de «señas distintivas». El análisis de los datos así aportados -entre otros, *por el propio contribuyente*- permitirá en principio identificar las tendencias prácticas en lo relativo a la planificación fiscal, alertando así *tempranamente* a la Administración tributaria sobre las alternativas operativas, regulatorias o legislativas que sean necesarias para cerrar las lagunas del ordenamiento y, en consecuencia, incrementar la recaudación fiscal.⁶⁸

Desde ya puede verse que las reglas de reporte obligatorio de esquemas fiscales tienden su mirada hacia hechos *futuros*:⁶⁹ las transacciones que planea llevar a cabo el contribuyente y que, por su estructura, sus intervinientes o por los resultados fiscales que producen, pudieran indicar la presencia de «planificación fiscal agresiva», lo que abre inte-

Disponible en <https://bit.ly/3rO0XyS>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

⁶⁷ Carlos E. Weffe H., “La elusión tributaria”, en *Revista de Derecho Tributario* no. 122. AVDT, Caracas, 2009, p. 150. Disponible en <https://bit.ly/3VpV3BC>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022; Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, sentencia No. 69 F. 2d 809 (2d Cir. 1934) del 19 de marzo de 1934, caso *Helvering v. Gregory*. Disponible en <https://bit.ly/3SZOST1>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

⁶⁸ Carlos E. Weffe H., “Mandatory Disclosure Rules and Taxpayers’ Rights: Where Do We Stand?”, en *International Tax Studies*, vol. 4 no. 1. IBFD, Ámsterdam, 2021, p. 3.

⁶⁹ En efecto, el reporte obligatorio de esquemas fiscales da la impresión de remedar la metodología de detección del delito llamada “PreCrime”, descrita por el autor de ciencia ficción Philip K. Dick en su celeberrimo relato *The Minority Report*, cuya característica esencial la pretensión de disuadir el acto no deseado (en nuestro caso, la planificación fiscal “agresiva”) *antes de que suceda*, en un esfuerzo que parece ser “una afirmación sobre un futuro aún desconocido”. Philip K. Dick, *The Minority Report* (1956). Disponible en <https://bit.ly/3g4xQ7R>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022; Weffe H., *Mandatory...* ob. cit., p. 3.

rrogantes sobre el tratamiento jurídico de la información así obtenida y su relación con el *nemo tenetur*.

A este respecto, el segundo considerando de la quinta modificación de la Directiva (UE) 2018/822, sobre Cooperación Administrativa de la Unión Europea⁷⁰ parece atribuir valor meramente estadístico a la información así recabada, toda vez que ésta no puede generar un conocimiento formal de los hechos reportados por parte de las autoridades tributarias. En consecuencia, el silencio de estas últimas con respecto a las primeras no puede considerarse una forma inadecuada de “silencio administrativo afirmativo”, ni dar lugar a confianza legítima ni expectativa plausible alguna en cuanto a la validez del régimen denunciado.

En principio, un escenario como el descrito limitaría el valor de los reportes de esquemas fiscales a fundar la *duda razonable* que sirve de base al inicio de la investigación *in extenso* de la situación fiscal del contribuyente a través del procedimiento de fiscalización, según lo expuesto en la sección 2, sin riesgo aparente para el *nemo tenetur*.

Sin embargo, no parece ser ese el caso.⁷¹ Ya mencioné en la sección 1 y en la sección 3 que el «núcleo duro» del derecho a la no autoinculpación es la prohibición de instrumentalizar al ciudadano (contribuyente), volviéndolo *fuerza de prueba* de los hechos de los que podría deducirse su responsabilidad penal en contra de su voluntad -y de su dignidad-, forzándolo a *traicionarse a sí mismo*⁷² a través de la conminación sancionadora. Así las cosas, la compatibilidad del reporte obligatorio de esquemas fiscales con el *nemo tenetur* es -cuando menos- dudoso, en la medida en la que la información así suministrada es susceptible de análisis y precalificación jurídica por parte de las autoridades fiscales, y en consecuencia es capaz de constituirse (al menos) en fuente de *notitia criminis* y fundamento de la actividad ulterior de la Administración tributaria (o del Ministerio Público) respecto del contribuyente que aporte

⁷⁰ Unión Europea. Directiva (UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 139/1, del 5 de junio de 2018. Disponible en <https://bit.ly/3yDQGZX>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

⁷¹ Weffer H., *Mandatory...* ob. cit., pp. 4, 5, 11.

⁷² *Nemo tenetur prodere seipsum*.

la información, o incluso de los asesores fiscales participantes en el diseño, puesta a punto que pudieran ser calificados como «facilitadores profesionales»⁷³ y, de este modo, ser considerados partícipes en la comisión de los eventuales ilícitos tributarios que puedan constatarse del esquema reportado.

Así parece reconocerlo la OCDE, cuando señala que el reporte obligatorio de esquemas fiscales debe tener efectos equivalentes a los de las declaraciones contentivas de las autodeterminaciones, o bien de las declaraciones de hechos relevantes que sirven de base a la determinación *mixta*.⁷⁴ Sin embargo, esta declaración es contradictoria con otra de la misma OCDE, de acuerdo con la cual el reporte obligatorio no entraña riesgo para el *nemo tenetur* porque los hechos allí reportados no son de aquellos que determinan la responsabilidad penal, o porque los hechos reportados, al ser *futuros*, no tienen relevancia sancionadora.

Respetuosamente disiento de ambas afirmaciones. En primer lugar, no es cierto que los hechos sujetos al reporte obligatorio de esquemas fiscales no tienen carácter penal. Muy por el contrario: son precisamente estos hechos los que pueden determinar sanciones tributarias por el incumplimiento de obligaciones tributarias, especialmente para aquellos casos en los que (expansivamente) se castiga la elusión tributaria. Por su parte, si bien es cierto que -a pesar de lo que el lector desprevenido de *The Minority Report* pueda concluir- ni los actos futuros ni los pensamientos son punibles,⁷⁵ no es menos cierto que la información contenida en los reportes obligatorios de esquemas fiscales es susceptible -como lo reconoce la propia OCDE-⁷⁶ de revelar información sobre esquemas potencialmente ilegales, abriendo la posibilidad de que éstos sean fuente -ya se ha dicho- de *notitia criminis* y, de este modo, den lugar al inicio de una averiguación (penal) tributaria.⁷⁷

⁷³ OCDE, *Acabar con los montajes financieros abusivos: Reprimir a los intermediarios profesionales que favorecen los delitos fiscales y la delincuencia de cuello blanco*. OCDE, París, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3CR4K5a>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

⁷⁴ OCDE y G20, ob. cit., p. 85.

⁷⁵ Ferrajoli, ob. cit., p. 482.

⁷⁶ OCDE y G20, ob. cit., p. 85.

⁷⁷ Weffe H. *Mandatory...* ob. cit., p. 4.

El *nemo tenetur* constituye, no cabe duda, una de las situaciones jurídicas subjetivas, bajo la forma de «derechos públicos subjetivos típicos»,⁷⁸ que merece mayor consideración y respeto⁷⁹ por parte del Estado en *todas* sus manifestaciones. Como dijo en señalada ocasión Henrique Iribarren Monteverde, el respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, junto con la separación de poderes y la legalidad, “informan el contenido esencial de la noción de Estado de Derecho”.⁸⁰ Esos fueron los valores por los que Henrique Iribarren Monteverde abogó desde el ejercicio profesional, la cátedra universitaria y la investigación académica. Ese solo hecho lo hace merecedor de la estima y el recuerdo de toda la comunidad jurídica venezolana, presente y futura. Estas breves reflexiones procuran contribuir a ese propósito.

Ámsterdam, octubre de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

- ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- ANDRADE RODRÍGUEZ, Betty y WEFER H., Carlos E.; «Las inspecciones administrativas en materia tributaria: apuntes sobre los procedimientos determinativos oficiosos de tributos», en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (ed.), *Manual de Práctica Forense en Inspecciones y Procedimientos Administrativos Especiales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010. Disponible en <https://bit.ly/3Mh5x1O>, consultado en fecha 9 de octubre de 2022.
- BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

⁷⁸ Eduardo García de Enterría, “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* no. 6. 1975, pp. 427-448.

⁷⁹ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*. Bloomsbury, Londres, 2013, p. 218.

⁸⁰ Henrique Iribarren Monteverde, “Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Doctor Henrique Iribarren Monteverde el 7 de mayo de 2013”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* no. 152. Caracas, 2013, p. 467. Disponible en <https://bit.ly/3Eyn3No>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

- BAKER, Philip y PISTONE, Pasquale; «General Report», en *The Practical Protection of Taxpayers' Fundamental Rights*. IFA Cahiers vol. 100B. IFA, 2015. Disponible en <https://bit.ly/3ehWhy7>, consultado en fecha 10 de octubre de 2022.
- DWORKIN, Ronald; *Taking rights seriously*. Bloomsbury, Londres, 2013.
- EIDAM, Lutz; «Contemporary Problems of the Right to Remain Silent in Germany», en EIDAM, Lutz; LINDEMANN, Michael y RANSIEK, Andreas (eds.), *Interrogation, Confession and Truth: Comparative Studies in Criminal Procedure*. Nomos, Baden-Baden, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; «Sobre los derechos públicos subjetivos», en *Revista Española de Derecho Administrativo* no. 6. 1975, pp. 427-448.
- HELMHOLZ, Richard H.; «Introduction», en *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press. Chicago, 1997.
- HELMHOLZ, Richard H.; «Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune» en *New York University Law Review*, vol. 65. New York University Press, New York, 1990. Disponible en <https://bit.ly/3V5bjYp>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.
- IBFD OBSERVATORY ON THE PROTECTION OF TAXPAYERS' RIGHTS; *The IBFD Yearbook on Taxpayers' Rights 2021*. IBFD. Ámsterdam, 2022. Disponible en <https://bit.ly/3MuOVUE>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.
- IBFD OBSERVATORY ON THE PROTECTION OF TAXPAYERS' RIGHTS; *The IBFD Yearbook on Taxpayers' Rights 2020*. IBFD. Ámsterdam, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3RTTIWa>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.
- IBFD OBSERVATORY ON THE PROTECTION OF TAXPAYERS' RIGHTS; *2019 General Report on the Protection of Taxpayers' Rights*. IBFD. Ámsterdam, 2020. Disponible en <https://bit.ly/3SV2COP>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.
- IBFD OBSERVATORY ON THE PROTECTION OF TAXPAYERS' RIGHTS; *2018 General Report on the Protection of Taxpayers' Rights*. IBFD. Ámsterdam, 2019. Disponible en <https://bit.ly/3rNCPMC>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.

- IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique; «Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Doctor Henrique Iribarren Monteverde el 7 de mayo de 2013», en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* no. 152. Caracas, 2013, p. 467. Disponible en <https://bit.ly/3Eyn3No>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.
- JAKOBS, Günther; *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- KIRSCH, Stefan; «¿Derecho a no autoinculparse?», en ROMERO CASABONA, Carlos María (ed.), *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Comares, Granada, 2000.
- MENESES PACHECO, Claudio; «Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil», en *Revista Ius Et Praxis*, vol. 14, no. 2, Universidad de Talca, 2008. Disponible en <https://bit.ly/3M8wPrn>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.
- MERKER ROSENBERG, Irene y ROSENBERG, Yale L.; «The Talmudic Rule Against Self-Incrimination», en *Comparative American and Talmudic Criminal Law*. University of Houston Law Center, Houston, 2016. Disponible en <https://bit.ly/3ynlXQB>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; «De la Prohibición de Autoincriminación al Derecho Procesal Penal del Enemigo», en DA COSTA ANDRADE, Manuel; ANTUNES, Maria João y AIRES DE SOUSA, Susana (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. Disponible en <https://bit.ly/3yUTIP9>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.
- OCDE, *Acabar con los montajes financieros abusivos: Reprimir a los intermediarios profesionales que favorecen los delitos fiscales y la delincuencia de cuello blanco*. OCDE, París, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3CR4KSa>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.
- OECD/G20, *Mandatory Disclosure Rules – Action 12: Final Report*. OECD, París, 2015. Disponible en <https://bit.ly/3rO0XyS>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.
- OLIVEIRA E SILVA, Sandra; «O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo: Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare», Coimbra, 2014. Disponible en <https://bit.ly/3EIIN9x>, consultado en fecha 8 de octubre de 2022.
- ROXIN, Claus; «Autoincriminación Involuntaria y Derecho al Ámbito Privado de la Personalidad en las Actuaciones Penales», en *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2007.

- ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus; *Täterschaft und Tatherrschaft*. De Gruyter, Berlín, 2006.
- THE LAW LIBRARY OF CONGRESS GLOBAL LEGAL RESEARCH DIRECTORATE, *Miranda Warning Equivalents Abroad*. Washington, 2016. Disponible en <https://bit.ly/3MbLx0E>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.
- WEFFE H., Carlos E.; «Mandatory Disclosure Rules and Taxpayers' Rights: Where Do We Stand?», en *International Tax Studies*, vol. 4 no. 1. IBFD, Ámsterdam, 2021.
- WEFFE H., Carlos E.; «Taxpayers' Rights in the Expanding Universe of Criminal and Administrative Sanctions: A Fundamental Rights Approach to Punitive Tax Law Following the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project», en *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, no. 2, IBFD, Amsterdam, 2020. Disponible en <https://bit.ly/3CIfUZA>, consultado en fecha 9 de octubre de 2022.
- WEFFE H., Carlos E.; «Derechos del Contribuyente vs. Expansión Sancionadora. Una Aproximación Garantista al Derecho Tributario Sancionador Post-BEPS», en ESPINOSA BERECOCHEA, Carlos (coord.), *Derechos de los Contribuyentes*. AMDF. Ciudad de México, 2019.
- WEFFE H., Carlos E.; *Culpabilidad, Infracciones Tributarias y Delitos Fiscales*. Thomson-Reuters, Ciudad de México, 2018.
- WEFFE H., Carlos E.; «The Right to Be Informed: The Parallel between Criminal Law and Tax Law, with Special Emphasis on Cross-Border Situations», en *World Tax Journal* vol. 9, no. 3. IBFD, Amsterdam, 2017. Disponible en <https://bit.ly/3CckAFE>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.
- WEFFE H., Carlos E.; «La reforma penal tributaria de 2014. Un ensayo sobre Derecho Penal del Enemigo», en HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio (ed.), *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015. Disponible en <https://bit.ly/3Cqk2ff>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022.
- WEFFE H., Carlos E.; «La Reforma Penal de 2014. Garantismo vs. Autoritarismo», en *Revista de Derecho Público* no. 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014. Disponible en <https://bit.ly/3TiaaLk>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022.

WEFFER H., Carlos E.; «La Codificación del Derecho Penal Tributario en Venezuela», en *30 Años de la Codificación del Derecho Tributario en Venezuela*. Tomo III. AVDT. Caracas, 2012. Disponible en <https://bit.ly/3CR6dba>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022.

WEFFER H., Carlos E.; *Garantismo y Derecho Penal Tributario en Venezuela*. Globe. Caracas, 2010.

WEFFER H., Carlos E.; «La elusión tributaria», en *Revista de Derecho Tributario* no. 122. AVDT, Caracas, 2009. Disponible en <https://bit.ly/3VpV3BC>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022

B. Videoconferencias

WEFFER H., Carlos E.; *The practical protection of taxpayers' rights: more intensive audits and criminal and administrative sanctions. 2019 IBFD Yearbook on Taxpayers' Rights – Sections 5 & 7*. 8 de junio de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3g3oFUU>, consultado en fecha 11 de octubre de 2022.

C. Legislación

ALEMANIA. Ordenanza Tributaria, publicada en la Gaceta Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*) I, p. 1.142. Disponible en <https://bit.ly/3fYNQrG>, consultada en fecha 10 de octubre de 2022.

UNIÓN EUROPEA. Directiva (UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 139/1, del 5 de junio de 2018. Disponible en <https://bit.ly/3yDQGZX>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

VENEZUELA. Código Orgánico Tributario, publicado en Gaceta Oficial no. 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N.º 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.

D. Jurisprudencia

TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, sentencia en las aplicaciones acumuladas nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, del 8 de junio de 1976, caso *Engel y otros v. Países Bajos*. Disponible en <https://bit.ly/3fJo62w>, consultada en fecha 9 de octubre de 2022.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sentencia No. 251 U.S. 385 (1920) del 26 de enero de 1920, caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*. Disponible en <https://bit.ly/3CkFsdC>, consultado en fecha 12 de octubre de 2022.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sentencia No. 384 U.S. 436 (1966) del 13 de junio de 1966, caso *Miranda v. Arizona*. Disponible en <https://bit.ly/3ehJF9Z>, consultado en fecha 6 de octubre de 2022.

CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO DE LOS ESTADOS UNIDOS; sentencia No. 69 F. 2d 809 (2d Cir. 1934) del 19 de marzo de 1934, caso *Helvering v. Gregory*. Disponible en <https://bit.ly/3SZOST1>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

E. Otros

DICK, Philip K.; *The Minority Report* (1956). Disponible en <https://bit.ly/3g4xQ7R>, consultado en fecha 13 de octubre de 2022.

EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DE CONTROL Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO AMBIENTAL. UNA NUEVA CATEGORÍA DE ACTOS DOTADOS DE INMUNIDAD JURISDICCIONAL

PROF. ROSNELL V. CARRASCO BAPTISTA*

SUMARIO

I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. El principio de universalidad del control de la actividad administrativa. A) Reconocimiento del principio en el ordenamiento jurídico venezolano. B) Las dos vertientes del principio de Universalidad del Control. IV. Los actos administrativos de contenido ambiental. Una nueva categoría de actos excluidos de control judicial. A) Recursos o acciones contencioso administrativas de nulidad intentadas contra actos administrativos dictados por el Instituto Nacional de Parques (IMPARQUES).

* Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en derecho Administrativo de la misma Universidad. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en arbitraje de la Universidad Monteávila (UMA). Profesor de Derecho Público Económico en la especialización en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana (Unimet). Arbitro de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC). Socio de la firma de abogados Socorro&Iribarren.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos sido invitados a participar en este Boletín Homenaje al Dr. Henrique Iribarren Monteverde, por lo cual no podemos dejar de expresar nuestro sincero agradecimiento a los organizadores de tan merecido reconocimiento, especialmente al Dr. Rafael Badell Madrid, nuestro profesor en el posgrado en Derecho Administrativo que cursáramos hace ya algún tiempo, en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

Este es un momento lleno de sentimientos encontrados, por una parte, nos alegra que la obra y el pensamiento jurídico de un hombre sabio, como lo fuera el hoy homenajeado, sean reconocidos, tal y como lo hicieran los miembros de esta Corporación al hacerlo uno de los suyos. No obstante, no podemos negar que al mismo tiempo la tristeza nos embarga, por la pérdida de un maestro, un tutor, un padre.

Al Dr. Iribarren, lo conocí en la primera competencia de arbitraje nacional, que organizó la Cámara de Comercio de Caracas, ya que tuvimos el privilegio de tenerlo como árbitro en una de las audiencias de las rondas preliminares. Al terminar, y como es costumbre, los estudiantes, nos acercamos a los árbitros para agradecerles su tiempo, y recomendaciones.

Jamás olvidaré que, al estrechar su mano, me dio su tarjeta y me ofreció el que ha sido mi primer y único trabajo como abogado. Al finalizar la competencia, terminé ganando el premio al mejor participante, pero el verdadero premio fue conseguir un espacio profesional al lado de un gran jurista. Lo que no sabía en ese momento, es que además era un mejor ser humano, y que lo que viviría junto a él los próximos trece años, serían los mejores que hasta la fecha he vivido.

Henrique Iribarren Monteverde no solamente me enseñó el correcto manejo de las normas jurídicas, o el valor de la jurisprudencia, sino también que para ser un buen abogado hay que cultivar el espíritu, y dedicarle tiempo a lo jurídico, pero también a la historia, a la psicología, a la política, a la literatura, al arte, y aunque nunca me lo dijo expresamente, hoy puedo entender que un abogado que no se sensibiliza por un hermoso verso, o que no se apasiona por conocer su pasado, o que es incapaz de conmoverse frente a una obra de arte, será incapaz de defender con tenacidad los derechos e intereses de terceros, que la mayoría de las veces padecen o sufren tanto como los protagonistas de aquellas historias.

Siempre preocupado por lo material e inmaterial de quienes lo rodeaban, lo cual le valía el agrado, aprecio, respeto y cariño de todos. Nadie podrá decir que su faceta humana, era menos luminosa que la académica o la profesional.

Tuvo el enorme gesto de hacerme su asistente, su socio, y su amigo, por todo eso, y más, que no nos alcanzará el tiempo de contar, hoy despedimos con profundo pesar, pero con un infinito agradecimiento a Henrique Iribarren Monteverde, un caballero, un gran jurista y un extraordinario ser humano.

Hasta que nos volvamos a ver querido maestro.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El control jurisdiccional de la actividad administrativa y en general de los actos y omisiones del Poder Público, -del cual los actos administrativos forman parte-, es el resultado de la juridificación del ejercicio del Poder. En efecto, el desarrollo de la ciencia jurídica, al menos en materia de Derecho Público, tiene como norte la adecuación del poder a la norma jurídica, es decir, encausar la acción de aquellos quienes detentan el poder político, dentro del ordenamiento jurídico.

Lo anterior es consecuencia de la abolición del antiguo régimen, en el cual el Rey ejercía el poder por autoridad de dios, y no existía la categoría de ciudadano, sino la de súbdito. Demás está decir, que esta circunstancia cambió producto de la Revolución Francesa de 1789.

En este sentido debemos señalar con el profesor Eduardo García de Enterría¹ que la revolución francesa aportó a la historia del lenguaje jurídico un discurso enteramente nuevo que permitía explicar las relaciones entre los hombres y su organización social y política, es así como aparecen íntimamente relacionados los conceptos de “ciudadano”, “derecho subjetivo”, y el de la Ley como expresión de la voluntad de los ciudadanos. Siendo ello así, el sometimiento del poder a la Ley, no es otra cosa que la subordinación del poder a los designios del ciudadano.

Ahora bien, el control del poder por el derecho, no resulta un fin en sí mismo, las limitaciones al ejercicio del poder que impone el ordenamiento jurídico tienen como finalidad garantizar el ejercicio pleno de los derechos civiles, y este objetivo se logra mediante un control efectivo de la actividad que desarrollan quienes en una sociedad detentan poder, limitando en mayor medida la arbitrariedad, todo lo cual se desnaturaliza si los tribules de lo contencioso administrativo, lejos de ejercer un verdadero control material de la actividad administrativa, se limitan a la revisión formal de dichos actos, sin aplicar el principio de legalidad, como se expondrá seguidamente.

III. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Uno de los mecanismos de juridificación del ejercicio del poder es el control judicial de la actividad Estatal, en este caso de la actividad desplegada por la Administración Pública. Sin embargo, esto no siempre fue así, de hecho, podríamos estar de acuerdo con la idea según la cual la historia del Derecho Administrativo es la constante lucha entre poder y control.

Es en este contexto que el profesor Prosper Weil², afirmaba que la existencia del Derecho Administrativo es, en cierto modo, milagrosa, ya que resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente someterse a la Ley, o que acepte que sus actos estén sometidos a la censura del Juez.

¹ Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999. pp. 28-29.

² Prosper Weil, *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1986. p. 35.

Precisamente, uno de los temas más tratados por la Doctrina del Derecho Administrativo y por la jurisprudencia, es el que se refiere al desarrollo de técnicas de control cada vez más intenso sobre todas las parcelas de la actividad administrativa por parte del Juez, lo que se ha denominado “la lucha contra las inmunidades del poder”³, es decir, la reducción a cero de ámbitos o parcelas de la actividad administrativa dotadas de inmunidad jurisdiccional.

En efecto, se ha consagrado de este modo el principio de universalidad del control de los actos estatales, característica del contencioso administrativo moderno y pilar fundamental del Estado de Derecho.

A) Reconocimiento del principio en el ordenamiento jurídico venezolano

En este sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 2 dispone que Venezuela se constituye en un “Estado Social de Derecho”, formula general empleada por el Constituyente para vincular el ejercicio del poder, con el respeto de los derechos de los ciudadanos y desarrollada en algunas otras disposiciones cuando señalan en su artículo 137 que *“La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*.

En idéntico sentido debemos interpretar declaraciones, como las contenidas en los artículos 25, 141, y 259 las cuales disponen:

“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 incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

“Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

³ Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, tercera edición, Madrid, 2016.

“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”.

De las normas constitucionales citadas se puede concluir que en Venezuela el ejercicio del Poder Público está predeterminado por la Constitución y la Ley (bloque de la legalidad), lo que significa que todos los actos dictados por los poderes públicos deben ser conformes a derecho, es decir, tener como fundamento el ordenamiento jurídico, ya que de lo contrario el propio texto constitucional dispone la posibilidad de someter a control jurisdiccional los actos que resulten presuntamente contrarios a derecho y la consecuencia jurídica en caso de trasgredir el orden jurídico, la nulidad.

Ahora bien, en Venezuela existen tres (03) categorías de actos del Poder Público, los cuales como regla general se encuentran sometidos al control del Poder Judicial, en efecto los mencionados actos son; **i)** Los actos de rango legal (Decreto ley, Acto de Gobierno, ley formal) **ii)** La sentencia y; **iii)** El acto administrativo.

Siendo ello así, debemos señalar que la justicia administrativa en Venezuela conoce de todos los actos, hechos u omisiones en que incurra la Administración Pública, entendido esta última tanto en su sentido orgánica; es decir como el conjunto de órganos y entes de la rama ejecutiva del Poder Público, como en su concepto material, como la actividad realizada en ejecución de la ley y en tutela del interés público por órganos distintos a los del Poder Ejecutivo, incluso por particulares en ejercicio de potestades públicas encomendadas por la Ley.

En este sentido debemos señalar que el principio según el cual todos los actos administrativos son susceptibles de control judicial, es el denominado principio de “universalidad del control”, lo que por

argumento en contrario implica que no debería haber acto administrativo excluido de una eventual revisión judicial, incluso aquellos actos administrativos que la jurisprudencia ha denominado “actos preponderantemente discrecionales”. Asimismo, el control que ejercen los tribunales se ha extendido por vía de la jurisprudencia a los denominados actos de autoridad⁴ e incluso a los actos políticos o de gobierno, que tradicionalmente no admiten control judicial⁵.

El principio de “universalidad de control” se encuentra recogido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual positivizó el principio de la siguiente manera:

“Artículo 8º—Universalidad del control. Será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados”.

Ahora, este principio ya había sido desarrollado, antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido, podemos hacer referencia a la decisión N.º 1.318 del 02 de agosto de 2001, caso: *Nicolás Alcalá Ruíz*, en donde se señaló lo siguiente:

“Finalmente, considera esta Sala Constitucional un deber advertir a los jueces que ningún acto de la Administración Pública puede estar excluido del control jurisdiccional, por tanto, no resulta posible declarar la falta de jurisdicción frente a situaciones que, de no proveerse la actuación judicial correspondiente, constituiría una denegación de justicia, quedando una parte de la actividad

⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso SACVEN, dictada el 18 de febrero de 1986. Véase también la sentencia del mismo tribunal en el caso Criollitos de Venezuela, dictada en fecha 18 de diciembre de 1987.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en el célebre caso Hernán Gruber Odreman, dictada el 11 de marzo de 1993.

administrativa al margen de la revisión judicial implícita en toda actividad del Poder Público. En tal virtud, los Juzgados del Trabajo cuando conozcan en lo sucesivo de situaciones como la planteada en autos, deberán acatar la doctrina contenida en el presente fallo en aras de una efectiva administración de justicia, por tanto, el presente fallo tendrá efectos ex tunc a partir de su publicación, pues las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Posteriormente, la Sala Constitucional mediante sentencia de fecha 01 de febrero de 2006, recaída en el célebre caso: *Bogsvica* destacó lo siguiente:

“La constitucionalización de la justicia administrativa, a partir de la Constitución de 1961, implicó la adición de su función subjetiva o de tutela judicial de los administrados a su función tradicional u objetiva de control de la legalidad de la Administración Pública. De conformidad con esa premisa y la correcta lectura de las normas constitucionales que se transcribieron, la justicia contencioso-administrativa venezolana debe garantizar los atributos de integralidad y efectividad del derecho a la tutela judicial. De esa manera, y en lo que se refiere a la integralidad, toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas –las más comunes– de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. Integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas que, además, son admisibles con independencia de que éstas encuadren o no dentro del marco de medios procesales tasados o tipificados en la Ley, pues, se insiste, es el Texto Constitucional el que garantiza la procedencia de todas

ellas. Pero en atención a la cláusula constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión”.

De la jurisprudencia parcialmente citada se puede apreciar como el Tribunal Supremo de Justicia ha dotado de contenido jurídico el principio de “Universalidad de Control” señalando incluso que de conformidad con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no solo los actos administrativos, sino las actuaciones materiales contrarias a derecho (vías de hecho) y las omisiones de la Administración Pública son controlables judicialmente, llevando de esta manera a que ningún sector de la actividad administrativa pueda considerarse judicialmente inmune.

Siendo ello así, debemos llegar a la siguiente conclusión: En Derecho Público venezolano se encuentra plenamente vigente el principio de “universalidad del control de los actos del Poder Público”.

B) Las dos vertientes del principio de Universalidad del Control

Tomando en consideración las ideas anteriores, debemos aclarar que, en nuestro criterio, el control judicial de los actos administrativos debe ser concatenado con el principio de tutela judicial efectiva, con la finalidad de poder entender que el principio tiene dos derivaciones, la primera de tipo formal, entendida como la facultad de poder intentar las acciones contencioso-administrativas contra los actos presuntamente ilegales o que menoscaben derechos de sus destinatarios o de alguna persona que pueda considerarse afectada por los efectos del acto y que en consecuencia se pueda considerar en una “especial situación de hecho” frente al acto.

Y la segunda, ya de tipo material, entendida como el derecho que tiene todo ciudadano a que la controversia sea decidida “conforme a derecho”, es decir que el juez en la sentencia resuelva el problema jurídico que ha sido sometido a su consideración, más aun tomando en cuenta

los amplios poderes, preponderantemente inquisitivos, con los cuales ha sido dotado el Juez de lo Contencioso Administrativo.

Esta doble función del principio ha sido destacada, si bien no específicamente relacionada con el principio de “universalidad de control de los actos administrativos”, si se ha puesto de relieve como parte integradora del derecho a la tutela judicial efectiva, que como señaló la Sala Político-Administrativa en su celebre fallo *Bogsivica*, parcialmente citado, es enteramente aplicable a la justicia administrativa.

De este modo, el profesor Hernandez-Mendible⁶ ha señalado lo siguiente:

*“Esta disposición permite considerar que el derecho a la tutela judicial jurisdiccional efectiva consiste en aquel que tienen todas las personas a acceder a los órganos jurisdiccionales, para solicitar la protección de sus derechos e intereses contra quienes los lesionen, debiendo en consecuencia alegar y probar todo aquello que consideren pertinente, sin que en ningún caso –estado y grado del proceso- se les pueda menoscabar el derecho a la defensa. Igualmente, supone el derecho a obtener una tutela cautelar adecuada y eficaz que garantice la eventual ejecución del fallo o evite que se continúe produciendo el daño irrogado por la otra parte, **así como a obtener un fallo fundado en Derecho**, que, de resultar favorable a sus pretensiones, permita alcanzar la ejecución de la sentencia, incluso de manera forzosa, en contra de la voluntad del perdedor”*

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N.º 708 del 10 de mayo de 2001, caso: *Juan Adolfo Guevara*, en donde determinó lo siguiente:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos

⁶ Víctor Hernandez-Mendible, “Los Derechos Constitucionales Procesales” en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011. p. 95.

establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conocen el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

En este orden de ideas, considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisibile una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva”

Este criterio fue ratificado por la misma Sala Constitucional en sentencia N.º 3013, dictada el 04 de noviembre de 2003, y recaída en el caso: Unidad Médico Nefrológica La Pastora C.A, en donde se sostuvo que:

*“El artículo 257 de la Constitución no sólo se refiere a la naturaleza instrumental simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso judicial llevado a cabo ante los Tribunales de la República, sino que además establece de manera clara y precisa que el fin primordial de éste, es garantizar a las partes y a todos los interesados en una determinada contención, **que la tramitación de la misma y las decisiones que se dicten a los efectos de resolverla no sólo estén fundadas en el Derecho, en atención a lo alegado y***

probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver. Desde tal perspectiva, el debido proceso, más que un conjunto de formas esenciales para el ejercicio del derecho a la defensa, tal y como se desprende de las disposiciones consagradas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deviene, conforme al citado artículo 257, en derecho sustantivo, regulador de las actuaciones y decisiones de los órganos jurisdiccionales en su misión constitucional de otorgar tutela efectiva a toda persona que vea amenazados o desconocidos sus derechos o intereses, sean éstos individuales o colectivos”

De los criterios parcialmente transcritos podemos concluir que al hacer una interpretación concatenada del “principio de universalidad del control de los actos administrativos” con el derecho a la “tutela judicial efectiva”, podemos concluir que el primero está compuesto principalmente por dos (02) elementos, a saber: **I)**- El Derecho de Acceso a los Órganos Jurisdiccionales, y **II)**- El derecho a obtener una decisión fundada en derecho, y en criterios de justicia y razonabilidad.

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO AMBIENTAL. UNA NUEVA CATEGORÍA DE ACTOS EXCLUIDOS DE CONTROL JUDICIAL

De todo cuanto venimos exponiendo podemos observar que el principio de universalidad de control de los actos administrativos puede ser vulnerado por el Juez de lo Contencioso Administrativo, no solo al negarse a controlar la legalidad de un acto administrativo por considerarlo, por ejemplo, un “acto discrecional”, tesis afortunadamente superada hace casi treinta (30) años por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia⁷, sino también cuando al conocer el fondo, en la sentencia definitiva omite analizar los vicios del acto administrativo y los evade con argumentos,

⁷ En este sentido puede verse la sentencia recaída en el célebre caso “Depositaria Judicial” dictada en fecha 02 de noviembre de 1982.

tales como que un órgano o ente de la Administración Pública en ejecución de sus potestades, actúa en procura del interés general no viola derechos constitucionales.

En este caso el Juez de lo Contencioso Administrativo deja sin contenido jurídico la naturaleza del control judicial sobre la actividad administrativa, desdibujándola.

Es en este segundo supuesto en el cual, a nuestro juicio, ha incurrido la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en una violación al principio de universalidad del control de los actos administrativos al resolver acciones contencioso administrativas de nulidad contra actos administrativos de contenido ambiental, dictados por el Instituto Nacional de Parques (IMPARQUES).

A) Recursos o acciones contencioso administrativas de nulidad intentadas contra actos administrativos dictados por el Instituto Nacional de Parques (IMPARQUES)

A los efectos de exponer como la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo desconoce el principio de universalidad de control en los términos hasta ahora expuestos, creando por vía de consecuencia una nueva categoría de actos administrativos excluidos de control judicial, expondremos dos (02) casos resueltos de manera idéntica por el mismo tribunal.

El primero de los mencionados recursos o acciones contencioso administrativo de nulidad es el intentado por el ciudadano EMILIO JUAN BALI ASAPCHI contra la Providencia Administrativa N.º 008/2008, de fecha 19 de febrero de 2008, dictada por el Presidente del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES)”.

El segundo de los mencionados recursos contencioso administrativo de nulidad es el interpuesto por la empresa COMPACTADORA DE TIERRA C.A. (CODETICA), contra el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa Número 54 de fecha 5 de septiembre de 2007, emanada del INSTITUTO NACIONAL DE PARQUES (INPARQUES).

En este sentido, y para la cabal comprensión de lo que se pretende, es fundamental tener en consideración que en ambos casos se denunciaron como lesionados derechos constitucionales, como el derecho a la

propiedad, el derecho a la defensa, el derecho al debido procedimiento administrativo y derecho a la libertad económica.

En efecto, en la sentencia dictada por ese importante Tribunal en el caso *Emilio Juan Bali Asapchi*⁸, de fecha 05 de octubre de 2010, se desestimó el alegato de la parte actora consistente en la violación del derecho a la defensa y al debido proceso, bajo los siguientes argumentos:

Al respecto debemos destacar que los Parques Nacionales son áreas de gran importancia ecológica, geográfica y ambiental para el Estado, en cuanto a su protección y preservación, constituyéndose así en áreas sometidas a un régimen de administración especial, donde su dirección, manejo, regulación de las actividades y modalidades de administración propiamente dicha, están sometido a estrictos controles por parte de éste; controles estos que se fundamentan en los principios de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

Por consiguiente por ser los Parques Nacionales áreas de interés general, toda actividad que vaya a desplegarse en el, por parte de particulares e incluso órganos de la propia Administración, requiere cumplir estrictamente con los requisitos legales o reglamentarios que haya establecido ese régimen de administración especial, incluso cabe destacar que es tal la importancia de la preservación y mantenimiento de los Parques Nacionales, que en aquellos casos donde se haya autorizado el despliegue de determinada actividad, la Administración Pública puede revocar esa autorización, si la actividad resulta lesiva a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

De manera que, si la Administración constata que el ejercicio de esa actividad lesiona el interés general tutelado, puede revocar la autorización, sin que tal proceder pueda ser considerado como una violación del derecho de los particulares, y así expresamente lo señaló la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia Número 01352 de fecha 5 de noviembre de 2008 (Caso: Asociación Civil "MISIÓN NUEVAS TRIBUS DE VENEZUELA" vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia).

⁸ La sentencia puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://apure.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/1478-5-AP42-N-2008-000212-2010-1299.HTML>

Dentro de este contexto, tenemos al Parque Nacional Archipiélago Los Roques, el cual de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, se encuentra sujeto a un régimen de protección especial por parte del Estado dada su importancia ecológica, geográfica y ambiental; regido así por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio del 26 de febrero de 1983, publicada en la Gaceta Oficial N.º 3.238 Extraordinario, de fecha 11 de agosto de 1983 y el Plan de Ordenación y Reglamento de Uso del Parque Nacional Archipiélago de Los Roques, contenida en el Decreto N.º 1.213 del 2 de noviembre de 1990, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 4.250 del 18 de enero de 1991 y el Decreto N.º 1.214 de fecha 2 de noviembre de 1990.

Siendo ello así, aprecia esta Corte que la Administración recurrida fundamentó el acto administrativo impugnado en que dadas las condiciones de la Isla y a las previsiones contenidas en el Plan de Ordenamiento de Uso del Parque Nacional Archipiélago Los Roques, las rancherías no podrán ser extendidas o modificadas, ya que ello implicaría la transformación o el trastorno de las bases de la vida social en el Parque Nacional Archipiélago Los Roques y, en particular, del equilibrio ecológico del Parque, preservado en beneficio del interés colectivo de las generaciones actuales y futuras, cuyo garante es el Instituto Nacional de Parques por ser la autoridad rectora de las políticas públicas orientadas hacia la protección y manejo del Sistema de Parques Nacionales, a través de las cuales se busca preservar la vida en los espacios protegidos, garantizar el vínculo entre el ser humano y la naturaleza, y la conservación del ambiente. Ello es tan así, que el Instituto Nacional de Parques a fin de garantizar el vínculo entre el ser humano y la naturaleza, el equilibrio ecológico y al vida social del Parque Nacional Archipiélago Los Roques, sometió la validez de la autorización administrativa revocada por la providencia administrativa objeto del presente recurso contencioso administrativo de nulidad, "(...) a la conformación por parte de la Coordinación del Parque Nacional Archipiélago Los Roques", incluso estableció que previo al inicio de los trabajos de la "sustitución de materiales", el hoy recurrente debía presentar un lista de los materiales a utilizar a fin de que la Coordinación del Parque los aprobara; al respecto cabe destacar que no consta en autos que

tales condiciones se hubiesen cumplido. Es decir, no consta en autos que el recurrente haya dado cumplimiento a las condiciones que la Administración le impusiera para que desplegara válidamente su actividad -sustitución de materiales de una ranchería de pescadores en el Parque Nacional Archipiélago Los Roques-, esto es, no consta en las actas procesales que la autorización administrativa fuera aprobada para su validez por la Coordinación del mencionado Parque; razón por la cual tal autorización nunca tuvo eficacia.

Siendo esto así, en criterio de esta Corte la actuación del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) fue realizada con base al artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma ésta que consagra la obligación por parte del Estado Venezolano de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.

Así lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con relación al artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante sentencia del 20 de diciembre de 2000 (caso: Melchor Flores y otros) en donde se señaló:

“(...) el artículo 127 constitucional consagra el derecho que individual y colectivamente tiene toda persona a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, así como el deber del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica y genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales, y demás áreas de especial importancia ecológica. Consagra asimismo el deber colectivo de protección especial, de conformidad con la ley, del aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono y las especies vivas.

De la disposición que antecede cabe destacar el reconocimiento de que los elementos que integran el ambiente no son únicamente res extensa, sino que constituyen soporte de valores colectivos dignos de tutela constitucional, lo cual implica el establecimiento ex nunc de límites mucho más rigurosos a la acción humana sobre el ecosistema, puesto que el ambiente es, en definitiva, ambiente de vida”. (Negrillas de esta Corte).

Con base a la normas anteriormente señalada, entiende esta Corte que la Administración consideró la importancia ecológica, geográfica y ambiental el Parque Nacional Archipiélago de Los Roques; de manera que en el caso de autos la intención de la Administración, era proteger el ambiente, en ejercicio de sus potestades y con fundamento en la normativa legal y sublegal, aplicadas en ejecución de las normas constitucionales que consagran los derechos ambientales, establecidos en el capítulo IX, del título III relativo a los Derechos Humanos y Garantías, Deberes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De manera que la protección del ambiente consagrada constitucionalmente en el artículo 127, en modo alguno puede entenderse como violatoria de los derechos particulares, en este caso el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, ni mucho menos “la prohibición de no modificar los criterios administrativo, establecida en el artículo 11 de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”; pues el reconocimiento constitucional de todos a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, individual y colectivo, priva sin que ello implique arbitrariedad alguna por parte de la Administración en ejercicio de las potestades de control o de policía, sobre los derechos individuales no absolutos y que por tanto están sujetos a garantizar la protección del interés general. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Nro. 01414 del 1 de junio de 2006, caso: INVERSIONES F-2000, C.A. contra la Resolución N.º RI-491 dictada por la Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales).

Posteriormente, la misma Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia recaída en el expediente número AP42-N-2008-000099, caso: *Codetica*⁹, señaló:

“De la disposición que antecede cabe destacar el reconocimiento de que los elementos que integran el ambiente no son únicamente res extensa, sino que constituyen soporte de valores colectivos dignos de tutela constitucional, lo cual implica el establecimiento ex

⁹ La referida sentencia puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/OCTUBRE/1478-10-AP42-N-2008-000099-2011-1411.HTML>

nunc de límites mucho más rigurosos a la acción humana sobre el ecosistema, puesto que el ambiente es, en definitiva, ambiente de vida". (Negrillas de esta Corte).

Partiendo de lo anteriormente expuesto, entiende esta Corte que la Administración consideró la importancia a ecológica, geográfica y ambiental del Parque Nacional Morrocoy, en la protección de derecho colectivo tiene toda persona a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, establecido en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en razón de que el mencionado parque nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, se encuentra sujeto a un régimen de protección especial por parte del Estado; regido por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio del 26 de febrero de 1983, publicada en la Gaceta Oficial N.º 3.238 Extraordinario, de fecha 11 de agosto de 1983 y el Plan de Ordenación y Reglamento de Uso del Parque Nacional Morrocoy, publicado en la Gaceta Oficial Número 4.911 Extraordinario de fecha 26 de mayo de 1995.

En razón de ello, esta Corte considera que en el caso de autos la Administración protegió el medio ambiente, en ejercicio de sus competencias y con fundamento en la normativa legal y sublegal, aplicadas en ejecución de las normas constitucionales que consagran los derechos ambientales, establecidos en el capítulo IX, del título III relativo a los Derechos Humanos y Garantías, Deberes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, frente a aquellos sujetos que estaban llevando a cabo sin la permisología correspondiente actividades degradan el medio ambiente del Sector Las Luisas del Parque Nacional Morrocoy.

De manera que la protección del ambiente consagrada constitucionalmente en el artículo 127, en modo alguno puede entenderse como violatoria de los derechos particulares, en este caso el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, pues el reconocimiento constitucional de todos a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, individual y colectivo, priva sin que ello implique arbitrariedad alguna por parte de la Administración en ejercicio de las potestades de control o de policía, sobre los derechos individuales no absolutos y que por tanto están sujetos a garantizar la protección del interés general. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de

la República Bolivariana de Venezuela, Nro. 01.414 del 1° de junio de 2006, caso: INVERSIONES F-2000, C.A. contra la Resolución N.° RI-491 dictada por la Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales).

Siendo ello así,—se recalca— que en el caso de autos la intención de la Administración al dictar el acto administrativo impugnado es proteger el ambiente, en ejercicio de sus potestades y con fundamento en la normativa legal y sublegal aplicable, como se estableció en párrafos anteriores, en ejecución de las normas constitucionales que consagran los derechos ambientales, artículos 127, 128 y 129 eiusdem, aunado al hecho de que la parte recurrente no contaba con la permisología correspondiente para el momento en que se dictó el acto administrativo impugnado, el cual debe destacarse no obedeció a una sanción por parte del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), sino que fue una Providencia dirigida a proteger el medio ambiente dado que las actividades como las de fondeo de embarcaciones, limpieza y mantenimiento de estas así como el anclaje y descarga de sentinas (botes de aceites o lubricantes), están expresamente prohibidos de conformidad con los numerales 25 y 26 del artículo 32, del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Parque Nacional Morrocoy; razones por las esta Corte que la denuncia de violación de los aludidos derechos resulta infundada, en virtud de lo cual se desestima. Así se declara”.

De las sentencias citadas se puede apreciar como la Corte a los efectos de evadir las denuncias de violación del derecho a la defensa y al debido proceso analiza la supuesta primacía que en el ordenamiento jurídico tiene el derecho constitucional a un medio ambiente sano, lo cual le lleva a ponderar con mayor valor este último que los derechos denunciados como presuntamente infringidos y en consecuencia a afirmar que el Instituto Nacional de Parques (IMPARQUES) en ejercicio de las competencias que le ha sido conferidas por el ordenamiento jurídico para la protección del derecho de todos a disfrutar un medio ambiente sano no puede vulnerar el derecho al debido proceso y a la defensa.

En este sentido debemos advertir que, a nuestro juicio, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo lo que afirma es que los actos administrativos de IMPARQUES no son susceptibles de violar derechos constitucionales, ya que su función es proteger el medio ambiente.

Siendo ello así, estaría creando la jurisprudencia de este importante tribunal una nueva categoría de “actos administrativos exentos de control judicial”, ya que sin importar la entidad de las denuncias o vicios que puedan invocarse contra actos administrativos evidentemente ilegales, los mismos a juicio de la corte siempre serán conformes a derecho.

En este sentido debemos concluir que en el derecho administrativo venezolano se encuentra tambaleante el principio de universalidad del control de los actos administrativos, ante el inminente resurgimiento de ámbitos de inmunidad jurisdiccional como el constituido por los actos administrativos de contenido ambiental.

LOS DERECHOS DE LAS POBLACIONES Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL CASO JESÚS, MARÍA Y JOSÉ DE AGUASAY ASENTADA POR LA EXTINTA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PROF. LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ*

SUMARIO

I. En memoria del Dr. Enrique Iribarren Monteverde. II. Introducción. III. De la decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia. A. Argumentación de la Asociación Civil Jesús, María y José de Aguasay. B. Defensa del Municipio Maturín del Estado Monagas. C. Argumentos del Ministerio Público. D. Decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno. IV. La sentencia de la CSJ como expresión de la jurisdicción constitucional. Su valor de interpretación máxima y única de la Constitución. V. El carácter progresivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas y comunidades indígenas. VI. La supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales en materia de los derechos humanos. De la aplicación preferente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. VII. Aportes de la sentencia para el fortalecimiento de los derechos indígenas y su efectiva tutela judicial. VIII. Conclusiones. • Bibliografía.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de ampliación en investigación histórica, Estudios avanzados en investigación histórica y actualmente doctorando en Historia de Venezuela en la Universidad Católica Andrés Bello. Socio director de PTCK Legal. Presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas. Profesor de las Universidades Católica Andrés Bello y Monteávila.

I. EN MEMORIA DEL DR. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE

Es difícil despedir a un amigo, dar inicio a unas breves palabras acerca de su trayectoria y obra, como aporte a una obra colectiva para rendir tributo a su memoria sin tener en cuenta presencia, resulta difícil, se nos asemeja a un trabajado forzado, bajo un régimen de esclavitud, no por las exigencias y maltrato de un capataz, sino de la susceptibilidad del sentimiento fraterno, que nos hace enfrentar a lo absurdo e incognoscible ante la impertinente y prematura muerte. Máxime, cuando la desaparición física de ese amigo se verifica en una edad susceptible de ser intelectualmente la más productiva, en una etapa de la vida en la que se está en la cima de la creatividad y la serena reflexión.

En relación al ser y consistencia del hombre, José Ortega y Gasset, siempre con la cavilación precisa, con su prosa puntillosa, y que batea las conciencias expresa:

“Llámesele alma, conciencia, espíritu o como se quiera, eso que somos consiste en un haz de actividades, de las cuales se ejecutan y otras aspiran a ejercer. Consistimos en un potencial de actos: vivir, es ir dando salida a ese potencial, es ir convirtiéndolo en actuación. Dicho de otra manera: somos un poder ver, un poder gustar y oír, un poder recordar, un poder entristecernos y alegrarnos, llorar o reír, un poder amar y odiar, imaginar, saber, dudar, creer, desear y temer”¹.

Una definición en la que puede incardinarse lo que fue la existencia de Enrique Iribarren Monteverde, quien era esencia y potencia, sentimientos tímidos de expresión de afectos, esperanzas y desaliento, afán y desgano, vivencia de alegría plena y tristeza, la manifestación

¹ José Ortega y Gasset, *Obras completas*, Tomo III (1916), Editorial Taurus, España, 1916.

de la dicotomía del ser. Un hombre y su esencia. Se nos anticipó y se fue inesperadamente, su desaparición física se hace incompresible y constituye un reto, quizás una íntima interpelación de espontánea irreverencia, y expresión afectada de espiritualidad a la Divina Providencia, para quienes somos creyentes, pues elevamos un reclamo por esa injusta partida.

El deceso, de mi amigo Henrique Iribarren Monteverde, “todavía conmueve, aturde y estremece” (...) “su partida deja una enorme estela de dolor, asombro, lamento”, como lo expresó el académico Rafael Badell Madrid en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su sesión del 3 de mayo de 2002², también amigo, a quien agradezco la invitación a formar parte de este reconocimiento colectivo a la trayectoria y obra de nuestro común compañero.

Muy bien describía el académico Dr. Humberto Romero-Muci, en su discurso de contestación al pronunciado por Henrique en su incorporación a esa docta Corporación, su afanosa forma de ser y su afectividad, en la siguiente aserción:

“Henrique Iribarren Monteverde es además poseedor de una enorme sensibilidad, lo que constituye uno de sus atractivos vitales y una de sus mayores debilidades. Esa sensibilidad, consecuencia de su gran inteligencia, lo ha llevado a situaciones personales delicadas. Asume, como suelen hacerlo los creyentes, los casos, los afectos y los problemas con absoluta pasión y con desmesurada confianza, lo que por demás lo convierte en un gran abogado, de la vida por sus querencias, por su familia, por sus hermanos, por sus amigos, por sus clientes, por sus creencias, sean políticas o de otra naturaleza, y sufre luego por las consecuencias de esa solidaridad, cuando las cosas no se dan como él las ha previsto. Digamos que es un hombre apasionado”³.

² Rafael Badell Madrid, Palabras pronunciadas en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 3 de mayo de 2022, con motivo del fallecimiento del Dr. Henrique Iribarren Monteverde en <https://aveda.org.ve/palabras-con-motivo-del-sensible-fallecimiento-del-prof-henrique-iribarren-monteverde/> consultada en fecha 30 de octubre de 2022.

³ Humberto Romero-Muci, *Discurso de contestación del académico Doctor Humberto Romero-Muci, Individuo de Número de la Corporación al discurso de incorporación del Doctor Henrique Iribarren Monteverde*. Academia de Ciencias Políticas, Caracas, 2013, p. 228.

Deploramos, en la objetividad de su ocurrencia, sin posiciones apriorísticas de motivación y búsqueda de razón, que nos priva de quien estaba llamado a convertirse en un actor, necesitado para la reinstitucionalización urgente del país, cuya visión de la sociedad integral, almidonada en la experiencia de su trayectoria vital, la profundización continua de la disciplina del derecho, que constituyó el objeto de su entrega y pasión, que abonó con la maestría de un denodado trabajador de campo para luego cosechar, y distribuir el fruto recolectado del diario quehacer del intelectual, a través de análisis críticos y propuestas.

Sus lecturas complementarias en otras disciplinas y materias, más allá de la ciencia jurídica, la observación diaria del acontecer del país, más cuando se ha tenido vocación hacia el ámbito de lo público, la experticia profesional, el análisis y las instituciones, que recogieron su trabajo, lo hacían un profesional integral, una mezcla de sabia maestría, entre el abogado de fina faena intelectual y avezado teórico, con una destreza práctica, que lo presentaba como un asesor, extraordinario patrocinante de las causas de sus clientes, sea el Estado y sus instrumentalidades, o la iniciativa privada, organizada, en el aún difícil concepto de empresa y sus expresiones atípicas mancomunadas.

Tuve la oportunidad de conocer a Henrique Iribarren en las aulas y pasillos del Módulo 4 de la Universidad Católica Andrés Bello, espacios integradores de la dinámica sede de su Facultad de Derecho. A pesar de integrar promociones diferentes, siempre hubo una relación de afectuoso compañerismo, aderezado por mi parte, con la admiración, que le profesaban sus condiscípulos, y quiénes buscamos patrones en alumnos de cursos superiores, en ese proceso que el sociólogo Emile Durkheim llamaba socialización pues eran los inicios de la carrera. Coincidimos en la Asamblea de Derecho, órgano de representación estudiantil, que reunía a todos los delegados de curso y representantes del Centro de Estudiantes.

Posteriormente, coincidimos en la Procuraduría General de la República, otrora verdadero centro de aprendizaje del estudio y la práctica del Derecho Público, la cual fue dirigida por destacados y recordados académicos, y en la que, además, se formaron varios distinguidos Individuos de Número, que hacen vida en esta Corporación.

En una fase delicada y de extrema exposición republicana, que la desidia y la desconsideración de las agendas grupales, ajenas a los intereses del país, nos condujo a esta lamentable situación, que padecemos, nos reencontramos integrando un equipo asesor del segundo Gobierno de Carlos Andrés Pérez, y muy especialmente, meses después, trabajamos en forma conjunta en apasionantes como difíciles tareas, durante el interinato del Dr. Ramón J. Velázquez. Recuerdo la soledad de un fin de semana del mes de agosto de 1993 en el Palacio de Miraflores, en toda la extensión y significación del sustantivo utilizado, en la que nos correspondió revisar y redactar, en parte, el “Proyecto de Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera”, que le confirió al presidente “la potestad normativa extraordinaria mediante Decretos-Leyes en el específico ámbito económico y financiero”, así como participar en la discusión y aprobación del referido instrumento, así como de su ejecución.

No quiero abandonar en la alacena de los recuerdos, las circunstancias y hechos, que enmarcaron nuestra amistad, el aprecio que alentara, entre nosotros, el recordado maestro Luis Henrique Farías Mata, una vez salido yo de la Procuraduría, e ingresado, en otra etapa de formación profesional, como la fue del municipalismo, en la que ambos, en una reconocida expresión sublime de maestro y pupilo, siempre estuvieron prestos a colaborar, cuando acudíamos a su consejo o y búsqueda de apoyo.

Más recientemente, tuvimos la oportunidad de trabajar mancomunadamente algunos temas profesionales, conversar acerca del país, su destino, grandezas y miserias, recordar viejos tiempos y hablar de lo que podrían ser los nuevos proyectos.

Por eso y por mucho más, la ausencia de Henrique Iribarren será notable, llego el momento en que su alma descanse en paz, y los buenos momentos compartidos, enmarquen los recuerdos del buen amigo.

II. INTRODUCCIÓN

El Estado democrático Social de Derecho y de Justicia, adoptado por la Constitución de 1999, trae consigo un fuerte carga ideológica que complica su entendimiento y que lleva consigo que los adjetivos anejos

y complementarios (democrático, social y de justicia) se ubiquen en el otro extremo a la denominación general de Derecho, ésta empleada para destacar la sujeción plena del Poder Público al ordenamiento jurídico que prevé con antelación las competencias y ámbitos de actuación, incluso, para la delimitación o restricción de los derechos fundamentales, cuya garantías de ejercicio y goce definen sus cometidos y fines.

En efecto, la acentuación de lo «Social» como premisa esencial de predominio aparente de la protección de los ciudadanos y de los colectivos minoritarios considerados como vulnerables, ha dado paso al predominio de imposición de un régimen económico que limita la libertad y la propiedad, como derechos seminales de los otros derechos fundamentales, conforme a los dictados del pensamiento liberal, para dar paso a las premisas que sobre las cuales se erige la planificación económica centralizada, obviando en algunos casos, la efectiva protección de los ciudadanos y colectividades reputadas como débiles jurídicos, centrándose la acción en el predominio del Poder Ejecutivo en su afán de construir un nuevo régimen económico y social: el socialismo del siglo XXI.

El afanoso proceder para desconocer la separación de poderes y la vigencia plena de los derechos fundamentales, apalancado en la acusada debilidad del Poder Judicial y del sistema de justicia destinados a la tutela judicial efectiva de aquellos derechos, ha llevado a la conformación de antípodas conceptuales entre un pretendido Estado social versus el Estado de derecho propio de la democracia liberal. Ésta última concepción, a la cual inscribimos nuestro pensamiento y formación jurídica, y que nos marca el derrotero interpretativo seguido en la elaboración del trabajo, se trata, al decir de Aveledo Coll:

“De un sistema político que puede estar acompañado de modos de vida determinados o de culturas políticamente particulares, pero de manera fundamental, es un conjunto de instituciones y reglas que se legitima a través de la soberanía expresada en la participación política regular y razonable de millones de individuos, el demos, para la selección de los miembros del poder público por medio de elecciones regulares, plurales y competitivas. Típicamente, esto implica el ejercicio del poder liberal; es decir, la presencia e influencia de una

opinión pública variada y libre, la existencia progresiva de cartas de derechos, así como la instauración de arreglos constitucionales que garanticen la división y delimitación de los poderes públicos en ejercicio”⁴.

Tal circunstancia, dimanante de la configuración de un sistema económico y control político excluyente, es generadora de situaciones de debilitamiento mayor de los derechos fundamentales de los indígenas, pues la visión de fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales depende de una imposición política de dominio más que una de protección o restricción, cualquiera sea la óptica empleada, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que quedan supeditadas a una visión sesgada de una elite dominante o la predeterminación de un control político de la sociedad. La ideologización que captura el contenido social de la democracia genera una interpretación acomodaticia de la normativa en pro de un activismo, que puede comprometer o hacer ilusorio los derechos de los débiles jurídicos.

Lo expresado se incrementa con la pretensión de desconocimiento del carácter supraconstitucional de los derechos humanos por el Tribunal Supremo de Justicia, que propugnamos en cuanto a que los tratados, pactos y convenciones relativos a los mismos no tienen tal condición, sino que, una vez suscritos y ratificados por Venezuela, tendrán jerarquía constitucional y valor prevalente en el ordenamiento, lo cual ha llevado al Dr. Rafael Badell Madrid⁵ a sostener que:

“El artículo 23 de la Constitución establece que los tratados, pactos y convenciones relativas a los derechos humanos, que han sido suscritos y ratificados por el Estado venezolano gozarán de jerarquía constitucional y, además, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables que las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, prevalecerán en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y

⁴ Guillermo Tell Aveledo, *La Segunda República liberal democrática: Serie antológica contemporánea de Venezuela*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2014, p. 13.

⁵ Rafael Badell Madrid, “Derechos y deberes de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 169-170, enero-junio 2022, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 115-150.

demás órganos del Poder Público, de manera que estos tratados internacionales tienen vinculación en todo el ordenamiento jurídico venezolano.

Los pueblos indígenas en Venezuela no solo cuentan con protección en el ordenamiento jurídico interno, sino que también reciben protección internacional, por ejemplo, por la CADH de 1969, la cual faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para proteger y promover estos derechos, así como el Convenio N.º 169 de 1989”.

Tal criterio conduce a que los instrumentos, como, por ejemplo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁶, aprobado y ratificado por Venezuela, mas no promulgado para su vigencia efectiva por la falta de publicación en la Gaceta Oficial de la República u otros que establecen derechos ancestrales de los pueblos indígenas, anteriores al Estado, se conviertan en instrumentos referenciales sin eficacia instrumental de protección alguna. ¿De qué vale la consagratoria *ex Constitutionae* de los derechos indígenas si los órganos del Poder Público con acciones, actos y la producción normativa los hacen nugatorios y su tutela judicial efectiva queda a merced de la captura de intereses económicos o políticos?

La problemática se agudiza por la falencia de armonización y coordinación entre los distintos órganos del Poder Público que hacen más vulnerables los pueblos indígenas, quedando, incluso, alejados de las políticas públicas, no solo indigenistas, que articula el Estado para cumplir con los cometidos y fines del régimen económico y social, sino también de aquellas definidas para toda la sociedad.

Tanto así, que la vulnerabilidad exacerbada de los indígenas y los pueblos indígenas llevan a la inexistencia de sus derechos fundamentales, al punto que Víctor Rafael Sevilla expresa:

“En el supuesto de hecho, donde ambos (indígena y no indígena) hayan de ejercer sus derechos constitucionales, es obvio, que estarán en mejor situación de obtener resultados positivos, la persona

⁶ Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, del 5 de septiembre de 1991.

no indígena frente al indígena, ya que ésta al carecer del dominio del idioma, desconoce la organización “criolla”, formas de movilidad y medios de transporte, ignora el razonamiento organizacional y burocrático, usos y costumbres, entre otros, necesarios para la resolución del problema y que son totalmente diferentes a las formas y usos utilizados dentro de su cultura”⁷.

En criterio del citado autor:

“Ha sido indispensable la consagración de un régimen legal de excepción, para equipar al indígena con el no indígena (criollo), mediante una protección de naturaleza constitucional, que tienda a resguardar sus valores socio culturales y evite el abuso, la explotación o desvirtuación de los mismos. (sic)”⁸.

En nuestra opinión, la esencia protectora deriva no de un carácter excepcional, extraordinario o diferencial en relación con las poblaciones no indígenas, sino el entendimiento de la esencia de lo que implica el débil jurídico como un forma de comprensión e interpretación de la situación de vulnerabilidad de esa minoría, que impone un visión global e integral del ordenamiento jurídico, más como expresión de la legislación democrática, abierta a la discusión y participación de los afectados e incididos – la población indígena- base esencial y derivativa de las competencias de los órganos del Poder Público para definir las políticas indigenistas, sin caer en la tentación de un activismo judicial, cooptado y tendente a la aplicación ideologizada de la ley, ajenas a los principios y valores que informan el Estado de Derecho.

La acentuación en lo social es más causa de problemas que de soluciones, hace más factible la denegación de justicia o la obstaculización de la tutela judicial efectiva. El concepto de lo social, lejos de procurar una justicia formal y material en las decisiones del Poder Judicial puede generar conflictos y desconocimientos de otros derechos fundamentales en juego: consideraciones que pueden extenderse también al alcance y contenido de las políticas indigenistas.

⁷ Víctor Sevilla, *El régimen de excepción y los derechos humanos indígenas*, Editorial Buchivacoa, Caracas, 1997, p. 33.

⁸ Ídem.

Lo importante es tener como proposición esencial la diferenciación y fuentes generadores de los derechos ancestrales de la población indígena, sin caer en la tentación de una visión discriminada, inmersa en criterios de activismo político e ideológicos excluyentes, que no comportan una decisión producto de una visión integral, sino de intereses circunstanciales, aislados de una realidad, susceptibles de generar discriminaciones y falsas ponderaciones entre la pugna de los derechos involucrados.

Es dentro de la propia Constitución y del ordenamiento jurídico, que deben encontrarse las bases que contrarresten un marginamiento explícito, por cualquier razón, o por omisiones en la adopción de políticas indigenistas en protección de los derechos fundamentales correspondientes.

En este orden de ideas, con miras a buscar las orientaciones fundamentales que guíen las políticas públicas indigenistas del Estado venezolano y la protección de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas, esbozaremos algunas consideraciones, que permitan establecer por vía de la actuación del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales de la República una defensa efectiva de los derechos de los indígenas, especialmente, lo relacionado a su reconocimiento existencial y a los derechos de propiedad sobre los territorios que ocupan.

El punto de partida de nuestro análisis es el contenido de la sentencia dictada en fecha 6 de octubre de 1998 por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, con ponencia del Magistrado José Luis Bonnema-ison W., mediante la cual se decidió “el recurso de nulidad interpuesto por la Asociación Civil “Jesús, María y José de Aguasay” en contra de la Ordenanza sobre delimitación de los ejidos del municipio autónomo Maturín del estado Monagas de fecha 6 de agosto de 1987 específicamente contra su artículo 1º ordinal 4º y su artículo 3º, respecto de los terrenos ejidos del pueblo de Aguasay, “cabecera del Municipio Foráneo del mismo nombre”.

El análisis parte de la decisión de la sentencia, centrada en el reconocimiento de las comunidades indígenas, en particular de la “Comunidad Jesús, María y José de Aguasay”, constituida bajo la figura de asociación civil, al igual que el de la titularidad de la propiedad sobre

las tierras que desde tiempos inmemorables ocupan, permitiéndonos enunciar algunas orientaciones y valores, sin aspirar a efectuar una propulsa de una rama autónoma de la ciencia jurídica denominada «Derecho indigenista», que no descartamos *per se*, como una expresión del Derecho Público con autonomía científica y metodológica propia, pero que dista mucho de su efectiva aceptación como tal. Podríamos decir, que para un derecho en formación es preferible ir construyendo sus bases de autonomía a partir de la aplicación propia de los criterios de hermenéutica del Derecho Constitucional o del Derecho Administrativo, por ejemplo, que permitan proyectar con propiedad y valor universal, “en” y “desde” las instituciones que vayan desarrollando el complejo ámbito de las relaciones que se establecen entre el Estado y los indígenas, entre los indígenas y el resto de la sociedad. El trato diferenciado, sin desconocer las particularidades de sus orígenes, cultura, su sistema judicial y valores, no pueden llevar a crear diferencias o categorías de ciudadanos, soslayando su igualdad ante la ley y la protección de los derechos fundamentales.

Pretendemos efectuar una aproximación a la determinación de aquellos principios anclados en la Constitución y en el Derecho internacional en materia de reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos a partir del otorgamiento de su naturaleza vinculante tanto para la Sala Constitucional y otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, aun cuando haya sido dictada por la extinta Corte en Pleno, en su función similar a la actual Sala Constitucional en cuanto a ser el máximo y último intérprete de la Constitución, garante y veedor de su uniforme aplicación e interpretación.

Esa atribución inicial de ser máximo y último intérprete de la Constitución, conduce a que la doctrina jurisprudencial de anagnórisis a las comunidades indígenas y el reconocimiento de titularidad sobre sus tierras, constituyan criterios obligatorios para todos los órganos del Poder Judicial y guías dogmáticas para el diseño y ejecución de políticas indigenistas, bajo la necesaria armonización del ejercicio del Poder Público normativo en materia indigenista y la coordinación en la gestión administrativa de regulación y contenido proyectivo de las poblaciones indígenas y comunidades indígenas; el valor probatorio y la constitución de derechos a partir de actos de índole diversa del Estado en cualquiera

de sus manifestaciones políticos territoriales o funcionales, que sustentan el reconocimiento como sujetos de derecho de las poblaciones y comunidades para representar y hacer valer los derechos fundamentales ancestrales, colectivos e individuales, sus instituciones, su cultura y demás formas organizativas, su expresiones de ancestralidad y cultura.

La observación de la debilidad en la aplicación, exigencia y desarrollo de la normativa complementaria a la Constitución de 1999, a pesar del avance garantista que se le ha atribuido en materia de la consagratoria de los derechos fundamentales y, en especial, de la obligación del Estado de reconocer la existencia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas, así como lo atinente a su hábitat y derechos originarios sobre las tierras, exige la búsqueda dentro de los cauces constitucionales, de aplicación preferente de la preceptiva de tales derechos previstos en fuentes de normatividad internacional, que se impone por su esencia supraconstitucional las cuales permitan definir un estatuto de principios y valores que deriven en efectiva protección de las poblaciones y comunidades indígenas como débiles jurídicos, esencia que no puede atribuírsele carácter discriminatorio por vía de tratamiento diferencial demeritorio.

Es menester resaltar que el tema de la problemática de los derechos de los indígenas, de cualquier generación, referencia que hacemos a esta metodología como ensayo de clasificación para definir su perfil evolutivo, discutida su validez científica, tema que no es objeto de este trabajo no es nuevo ni reciente; ha sido un tema abordado por la doctrina, la jurisprudencia y el derecho internacional en materia de derechos humanos.

En Venezuela el tema ha sido extendido incluso, al reconocimiento del derecho a ser juzgado por sus jueces naturales y la coexistencia del sistema judicial indígena “legítimamente constituidos conforme a sus costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución”⁹.

⁹ María Toro, “Derechos sociales. La cláusula del Estado Social de la CRBV en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ venezolano”, en *La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho*, 2010, II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, Caracas, 2010, p. 419.

Al reconocimiento de los derechos de los indígenas o poblaciones originarias se le ha dado un tratamiento especial y diferenciado en relación a aquel que se la da a la consagratoria, desarrollo y tutela judicial de los derechos humanos, derechos naturales, derechos morales, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales o libertades públicas, cualquiera sea su denominación, del resto de los ciudadanos¹⁰.

A los efectos de este trabajo emplearemos indistintamente, como sinonimia las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales, sin que ello signifique ignorar o preterir la complejidad, que reviste la delimitación conceptual de las múltiples expresiones indicadas.

El tratamiento de las políticas públicas y, dentro de ésta la legislación, así como la jurisprudencia de nuestros órganos jurisdiccionales han partido de un trato desemejante, que ya de suyo implica un criterio diferenciador rayando en la discriminación y posición en entredicho de los indígenas, pueblos y comunidades indígenas, haciendo mutar el concepto del débil jurídico, objeto de especial atención en un Estado democrático de derecho, a uno que puede resultar discriminatorio con implicaciones acentuadas dependientes de la mayor o menor injerencia, que las elites dominantes tengan sobre la definición y ejecución de aquellas, o peor aún, de la particular forma de concebir la acción del Poder Público, en cualquiera de sus manifestaciones, a pesar de las orientaciones básicas dogmáticas, de cometidos y fines contenidas en la Constitución.

En este sentido, podemos traer a colación, como aval y ejemplo de lo recién afirmado, lo expresado por el académico Horacio Biorci Castillo al afirmar

“El caso de la diversidad lingüística es elocuente al máximo. La ideología de las elites dominantes ha tenido a las lenguas indígenas como meros “dialectos”, es decir, como idiomas imperfectos, supuestamente carentes de aquellos elementos formales que constituyen un idioma culto. Evidencia contraria es, por ejemplo, la cantidad de indigenismos de que se sirven no sólo las variedades locales y regionales del español americano sino la lengua común y, por extensión, los muchos que han pasado a través del español o directamente a otras lenguas indoeuropeas (indigenismos universales,

¹⁰ Ver Rafael Badell, *Ob. Cit.*

*como chocolate, tabaco, papa y sus variantes ajustadas a las particularidades fonológicas de cada lengua)*¹¹.

En nuestro criterio, esa visión de las elites dominantes, producto “del proceso de conformación social hegemónica del criollo latinoamericano”¹², que se ven y reflejan ellas mismas como la esencia motriz de los avances de la sociedad criolla, anclada en la creencia y expresión múltiple de actuación, conforme a la cual las sociedades indígenas son las “responsables del atraso social y de los obstáculos encontrados por los intentos de progreso” ha llevado al desconocimiento de los derechos fundamentales inherentes a la individuos integrantes de los pueblos indígenas, cuya fuente genésica es su propia existencia y, por consiguiente, al Estado y sus distintas tipologías adoptadas en la evolución del ordenamiento en rigor en la distintas épocas, posteriormente incluidos en las constituciones que han regido en el país, con independencia a su duración y motivación en su elaboración y puesta en vigencia. Tal aserto busca resaltar el que tales derechos de solera configuración y agnición, por distintas fuentes de normatividad, como cualquier derecho humano reputado como tal, su eficacia no se debe hacerse depender de la vigencia y, por tanto, observancia a actos normativos que los reconozcan, obviando su aplicación inmediata y exigibilidad sin necesidad de positivización.

Esta forma encubierta de afianzamiento de los derechos humanos de la sociedad tenida o percibida como criolla y dominante, diferenciada y con preeminencia frente a los habitantes autóctonos, incluso, acudiendo a distorsionadas formas de ponderación como expresión metodológica de argumentación o sustentación de decisiones administrativas, judiciales o normativas, comprometen seriamente el goce de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente, el atinente a la ocupación y propiedad, con todos sus atributos, de “su espacio históricamente atribuido”¹³.

¹¹ Horacio Biorde Castillo, *Discurso de incorporación como individuo de Número de Don Horacio Biorde Castillo*, Academia Nacional de la Lengua, Caracas, 2008.

¹² Germán Carrera, *Historia General de América Latina*, Volumen I, Ediciones Unesco, UNESCO, 1999, p. 15

¹³ Ídem.

La complejidad del entramado de intereses diversos que se tejen en un mundo globalizado, fundamental más no exclusivamente económicos, en el que se busca frenéticamente la rentabilidad e inmediatez del retorno de la inversión, sin importar la generación de externalidades negativas, especialmente las medios ambientales –contaminación y demás formas de degradación del ambiente, como lo señala Stiglitz¹⁴, que incrementan las previsiones presupuestarias y demandas prestacionales para corregirlas; infracciones al ordenamiento o lesiones de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas, estén o no organizadas.

La globalización conlleva a que los agentes económicos internacionales evadan las regulaciones o se empecinen en cooptar a las autoridades regulatorias o al legislador mismo, exponiendo de manera perjudicial los derechos ancestrales de las comunidades indígenas.

La gravedad e intensidad de la exposición es mayor en la medida en que exista debilidad institucional, extensiva a la propensión de un desmoronamiento de la tutela judicial efectiva de los derechos de los pueblos indígenas en virtud de un activismo judicial, que por dilación en la resolución de conflictos, o mediante la procura con la tergiversación del control difuso o concentrado de la constitucionalidad, ocultan las actuaciones viciadas de los órganos del Poder Público, que inciden perjudicialmente en los derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas.

Contradictoriamente, al incremento de la utilización de los derechos humanos como bandera política, justificación de actuaciones y propuestas políticas, acelerando la conformación de nuevos postulados y la construcción de un estatuto epistemológico bajo la configuración de generaciones de nuevos esquemas conceptuales y construcciones normativas de derechos no tradicionales, propios a la evolución de la sociedad misma, los efectos de una internacionalización avasallante, los derechos de los pueblos indígenas se van vaciando, desconociendo y dejando a la deriva su protección.

La protección indigenista, concretadas en esfuerzos nacionales e internacionales, requieren de una visión integral y dinámica que se

¹⁴ Joseph Stiglitz y Carl Walsh, *Microeconomía, Economía y Empresa*, 4.a edición inglesa, Editorial Ariel, Madrid, 2020.

traduzca no solo en políticas públicas de atención prioritaria bajo la concepción de «débil jurídico», que propenden no solo establecer o restablecer, dependiendo de la actuación previa constitutiva de una política pública y su ejecución, sino la tutela administrativa o judicial efectiva de los derechos individuales o colectivos, de integrantes o poblaciones indígenas.

La debilidad jurídica deriva de la desatención integral de las necesidades básicas, prestación de servicios públicos deficitarios, condiciones de pobreza extrema, desconocimiento de los derechos de participación efectiva en los procesos constitutivos de políticas públicas o de ley en aquellos asuntos inherentes y propios a los derechos fundamentales, en sus distintas generaciones, de las poblaciones indígenas, clasificación práctica que permite su estudio y exigibilidad, lo cual supone desde los derechos civiles y políticos (primera generación); los derechos económicos y culturales (segunda generación); derechos a la paz y a la calidad de vida (tercera generación); y bajo la óptica de los nuevos contenidos de la democracia (participación y protagonismo) cimiento de nuevos derechos humanos como son, entre otros, los derechos a la autodeterminación de los pueblos, el derecho al medio ambiente y la protección del patrimonio común de la humanidad (cuarta generación), que surgen no sin controversia en cuanto a su identificación e ideologización, y como resultado de las desviaciones de un proceso económico voraz anejo a la internacionalización de la económica y su efecto abrasivo en el medio ambiente, la crisis de legitimidad democrática o «déficit de legitimidad democrática» y la brechas enormes de inequidad que van surgiendo en la sociedad, así lo expone Rodríguez¹⁵.

La debilidad jurídica es consecuencia de una diversidad de causas, entre las más comunes, aquellas que están asociadas al desconocimiento, la necesidad, el miedo, la enfermedad, la pobreza, el rezago en el acceso –«brecha digital»¹⁶– a las nuevas tecnologías de la información y

¹⁵ María Eugenia Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, 2a edición corregida y ampliada, Editorial Dykinson, Madrid.

¹⁶ Scott S. Robinson, “Reflexiones sobre la inclusión digital Gobierno electrónico y democracia”, *Nueva Sociedad*, N° 195, enero y febrero 2005, Caracas, 2005, p. 127.

la comunicación (Tics), lo cual genera nuevas expectativas y demandas de cobertura y protección.

El tratamiento, como concepto jurídico, que impone en un Estado democrático Social de Derecho acciones y cometidos de protección al Poder Público, se traduce en una debilidad concreta, agudizada que se traduce en actos explícitos lesivos u omisiones perjudiciales a las poblaciones indígenas, que ven cercenados y desconocidos sus derechos fundamentales. Las lesiones a los derechos pueden derivar de lo que señala Castillo¹⁷ como la falta de armonización y coordinación entre las distintas manifestaciones políticas territoriales y funcionales del Estado en la definición y ejecución de las políticas indigenistas, entendidas como las “acciones oficiales dirigidas a las poblaciones indígenas”, que forma parte esencial del indigenismo, vista desde el ejercicio del Poder Público, en expresión bifronte de “teoría o reflexión sobre el tratamiento jurídico-administrativo de las poblaciones indígenas y de praxis o concreción de políticas dirigidas a estas poblaciones” o por debilidad de la tutela judicial efectiva, es decir, de la revisión de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos, omisiones y vías de hecho lesivos a los derechos.

III. DE LA DECISIÓN DE LA EXTINTA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

La comunidad indígena Jesús, María y José de Aguasay, registrada como Asociación Civil interpusieron acción conjunta de nulidad por inconstitucionalidad y Amparo Constitucional contra la Ordenanza del Municipio Maturín del Estado Monagas que tenía por objeto la delimitación de los ejidos del respectivo municipio. El recurso de inconstitucionalidad se fundamentaba en que la Ordenanza no reconocía la existencia de la comunidad indígena de la etnia Karibe, la cual habita en el Guamo y se encuentra registrada como Asociación Civil, de igual forma desconocía la propiedad que existe sobre dichas tierras, ya que a través de dicho acto normativo se realizaron negocios jurídicos con terceros.

¹⁷ Horacio Biord Castillo, *Ob. Cit.*

En lo correspondiente al amparo constitucional la comunidad indígena solicitó suspender la Ordenanza mientras durara el juicio; los arrendamientos realizados y que se ordene a los cuerpos de seguridad que impidan que las personas ajenas penetren las tierras sin permiso de la Asociación Civil. La Corte resolvió lo conducente al Amparo Constitucional declarándose sin lugar y decidió llevar a examen de admisión el recurso de Inconstitucionalidad contra el acto legislativo del Municipio Maturín.

A. Argumentación de la Asociación Civil Jesús, María y José de Aguasay

La comunidad Karibe es una población autóctona desde tiempos inmemorables, fue en el año 1783 cuando procedió su amojonamiento y se posesionó a los indígenas de las tierras del pueblo Jesús, María y José de Aguasay, lo cual se realizó a través de Título Colonial.

Posteriormente, la Ley de Resguardo de Indígenas de 1904 estableció que los terrenos en resguardo de indígenas que fueran una comunidad se adjudicarían como poseedores, las normativas siguientes hasta 1936 establecían que iban a ser ejidos aquellas tierras que tuvieran la desaparición de sus dueños, pero vale destacar que la comunidad en cuestión ha mantenido la unidad comunal y la posesión ininterrumpida de sus tierras.

La titularidad del Derecho de propiedad tenía su fundamento en los artículos 77, 99 y 101 de la Constitución de 1961 así como en lo que dispone el Código Civil en sus artículos 545 y 547. El Título Colonial protege el uso, goce y disposición de las tierras por parte de la comunidad aborigen, así como las actuaciones de la Administración Pública, como constó en el censo realizado en el año 1982, el cual reconoció la propiedad de dicha comunidad. La titularidad del derecho en cuestión de los mencionados Indígenas no había sufrido ningún proceso de expropiación conforme al ordenamiento jurídico imperante para la época, es por ello que según la parte actora al reconocer la propiedad de dichas tierras como ejidos del Municipio a través de una Ordenanza se está realizando una expropiación inconstitucional, que de conformidad con el artículo 46 constitucional de 1961 debía ser declarada nula, porque también es una norma que va contra el principio de irretroactividad.

B. Defensa del Municipio Maturín del Estado Monagas.

La representación del Municipio respondió que el reconocimiento de la existencia de dicha comunidad correspondía a la Administración Pública, salvo que se realizara por vía judicial a través de una acción mero declarativa ante los tribunales ordinarios, de la misma forma señaló que el reconocimiento de la titularidad del Derecho de propiedad es competencia de los tribunales civiles, concluyendo dicha representación que al no haberse declarado previamente en la vía judicial la titularidad de la propiedad de las tierras no existe violación a la norma de reconocimiento, así mismo fundamentaron que la Ley Orgánica del Régimen Municipal de la época señalaba que son ejidos los terrenos de las extintas comunidades indígenas, señalando que se refiere a la extinción del resguardo la cual podía declararse por orden de ley.

C. Argumentos del Ministerio Público.

La Fiscalía señaló en el presente caso que el título de propiedad de los terrenos lo tenía la Asociación Civil, porque los órganos de la Administración Pública confirmaron la existencia de la comunidad. En lo que respecta a la ocupación de las tierras, señala que el Concejo Municipal no tiene la competencia de dejar sin efecto un documento público, ya que está es una competencia exclusiva del Poder Judicial conforme a lo que establecía la constitución del 61 en sus artículos 117,118 y 119, por ende, concluye el órgano con autonomía funcional que lo ejecutado por el Municipio a través del órgano legislativo fue una confiscación.

D. Decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno.

Luego de examinar el recurso la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia decidió que el supuesto de hecho alegado por el Municipio sobre la inexistencia de la comunidad no es cierto, porque los órganos de la Administración Pública reconocieron su existencia a través de múltiples actos, siendo el último de ellos el censo de 1982, por lo cual para establecer las tierras como ejidos del Municipio debió realizarse un proceso de expropiación el cuál no se realizó, lo cual llevó al máximo garante de la constitucionalidad de las normas a declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad.

Respecto a los negocios jurídicos llevados a cabo por el Concejo Municipal con terceros la Corte observó que se mantendrían vigentes, sin perjuicio de que pudieran ser impugnados por las vías ordinarias, el fundamento de dicha observación es respetar el valor de la seguridad jurídica, para no lesionar los derechos de los terceros que entablaron una relación jurídica con el órgano legislativo del Municipio Maturín. Es por esto que al declarar con lugar la acción incoada por la parte actora se restablecieron las situaciones jurídicas relativas a la existencia de hecho y de Derecho de la comunidad indígena, así como el reconocimiento de los derechos que le son inherentes.

IV. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COMO EXPRESIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. SU VALOR DE INTERPRETACIÓN MÁXIMA Y ÚNICA DE LA CONSTITUCIÓN

En relación a la primera interrogante planteada en cuanto a que, si pueden otorgarle a la sentencia del 6 de octubre de 1998 la misma fuerza vinculante de sus decisiones de la misma forma que la Constitución de 1999 atribuye a la Sala Constitucional tanto para las demás Salas del Tribunal Supremos de Justicia y demás tribunales de la República que las dictadas, observamos lo siguiente:

La Constitución de 1961 creó la Corte Suprema de Justicia y atribuyó a la Sala Plena (la reunión de todos los magistrados que integran las Salas de Casación Civil, Penal y Político Administrativo a los fines de ejercer el control de constitucionalidad) el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la cual en términos generales y su esencia, favorece el desarrollo de la vida ciudadana en paz y el acatamiento del derecho, lo cual supone la existencia de las garantías para el ejercicio y goce de sus derechos.

La jurisdicción constitucional supone el control directo de la legislación nacional, estatal y de las ordenanzas municipales. Ese control supone el cotejo entre el acto dictado y las disposiciones constitucionales, a los fines de establecer si efectivamente está viciado por violación directa e inmediata de la normativa de la Ley Suprema.

De esta manera se garantiza la supremacía de la Constitución, en tanto es la cima del ordenamiento jurídico, principio máximo-derivante que obliga a todos los actos dictados por los órganos del Poder Público a sujetarse a ella, de ahí la necesidad de que el poder constituyente haya establecido una jurisdicción para hacer valer la preeminencia de la normativa fundamental o de progenie constitucional, reforzando las bases del Estado democrático de Derecho. Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 06 de octubre de 1998 -caso: Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasay- objeto de análisis, fue dictada bajo el imperio de otro ordenamiento constitucional, no es menos cierto, que al ejercer la función jurisdiccional de nivel concentrado de control directo de la constitucionalidad, contrastó el texto de la Ordenanza sobre delimitación de los ejidos del municipio autónomo Maturín del estado Monagas con la Constitución de 1961, evidenciando que efectivamente existía una “lesión directa de la Carta Magna”, existiendo una “relación directa entre la normativa impugnada de la Ordenanza y las disposiciones constitucionales”, específicamente, “a la luz de los derechos humanos de los indígenas, positivizados en la Constitución o inherentes a su condición humana (artículo 50) los cuales en su conjunto, conforman una unidad jurídico-axiológica”.

Los efectos de la referida sentencia en cuanto a la declaración de la nulidad surten efectos para y frente a todos (*erga omnes*), produciendo la nulidad inmediata del articulado o del instrumento normativo objeto de la nulidad.

No obstante, debiendo existir una continuidad orgánica e institucional, bajo la premisa de la existencia, por lo menos desde el punto de vista de la formalidad, de un Estado de derecho en la transición de la vigencia entre las disposiciones de la Constitución de 1961 y 1999, las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia en lo relativo a (i) garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; (ii) ser el máximo y último intérprete de la Constitución y (iii) velar por su uniforme interpretación y aplicación, se reflejan de inmediato en los criterios contenidos en las decisiones dictadas por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

En otras palabras, las sentencias en materia de resolución de las colisiones entre los actos estatales y la Constitución, dictadas por la otrora

Corte Suprema de Justicia, deben atribuírsele los mismos efectos de las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la vinculación desencadenante para el propio TSJ como para los demás tribunales de la República de las interpretaciones que haya establecido la Sala Plena (*rectius* la Sala Constitucional) en torno al contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, y concretamente, a los efectos de este trabajo sobre los derechos de las comunidades y poblaciones indígenas.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, las decisiones de la Sala Plena tendrían los mismos efectos de la Sala Constitucional sobre los contenidos y principios constitucionales, siendo, por tanto, vinculantes para las demás Salas del TSJ y demás tribunales de la República.

Lo expresado, cobra mayor importancia, en lo que a la materia de los derechos fundamentales se trata pues su caracterización como irrenunciables, indivisibles e interdependientes a partir del principio rector de su consagatoria o reconocimiento como es la progresividad, impone un nivel de protección y una garantía para que la ejecución complementaria de la Constitución no disminuya su efectividad restituida o incrementada en decisiones anteriores a la Ley Fundamental de 1999. Con más razón, en lo relacionado cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales de las comunidades y poblaciones indígenas, conceptuadas como débiles jurídicos.

Así las cosas, la progresividad que marca la verificación propia a una obligación de perfeccionamiento activo y continuo, impone esa visión integradora, pues la esencia y configuración señalada no acepta reducciones en su eficacia, en virtud que la dignidad humana simiente de los derechos es la misma bajo el manto protector de una u otra Constitución.

V. EL CARÁCTER PROGRESIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

El Derecho Constitucional en su parte dogmática, garantista y principista tendría efecto relativo si no se procediera a reconocer la internacionalización y globalización de la eficacia de los derechos

fundamentales, más allá de una interpretación tendente a ser superada como es la de insertar expresamente la normativa internacional que recaen sobre los mismos.

No solo debe procurarse que los procesos constituyentes y, por consiguiente, los textos constitucionales productos de esta forma de reforma específica constitucional, artículo 337 de la Magna Carta, se inspiren y orienten por las normas internacionales, haciendo mención como la nuestra a su jerarquía equiparada a la propia Constitución, dado su carácter preeminente en el ordenamiento, a los efectos que los tratados prevén en el ordenamiento interno. Hace falta que las nuevas generaciones de derechos que van surgiendo por deficiencias prestacionales y de cobertura de las demandas de las expectativas que se crean por la dinámica de las sociedades y, por ejemplo, por las fallas propias y el desgaste de las democracias, como se ha señalado, sean debidamente atendidos, sin que quede supeditado su vigencia al reconocimiento y recepción en el ordenamiento interno.

Por ello algunos autores, mencionan el Derecho Constitucional Internacional, como aquella rama del derecho que verifica la fusión e interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

La Constitución de 1999, explica Palacios¹⁸, en su artículo 22, siguiendo las orientaciones del artículo 50 de la Carta Magna de 1961, permite como hemos afirmado siguiendo la doctrina nacional, una *summa divisio* de los derechos constitucionalizados: los expresamente enunciados en ella, por un lado, y aquellos otros “inherentes a las persona” que no configuren expresamente en los enunciados en los derechos y garantías contenidos en la ley fundamental y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos implícitos en el texto.

En tal sentido, en el ordenamiento jurídico patrio existe una declaración constitucional formal de los derechos de los indígenas, comunidades y poblaciones indígenas, desarrollados en varios instrumentos

¹⁸ Leonardo Palacios Márquez, “Los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos y su preeminencia en el derecho interno. Los derechos humanos como límites en las políticas de racionalización del sistema tributario”, en A. Arismendi y Jesús Ortiz (Eds.), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Editores Civitas, España, 2003, p. 3187.

(verbigracia, Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas; Ley Orgánica de pueblos indígenas y comunidades indígenas; Ley de idiomas indígenas; Ley del patrimonio cultura de los pueblos y comunidades indígenas y Ley del artesano y artesana indígena, entre otros) las cuales tienen por objeto inhibir, siendo justiciables, la violación de los derechos fundamentales de los indígenas preservando su esencia anterior a la definición del Estado Constitucional, es decir, a la génesis ancestral de sus derechos, que forman un estatuto anterior que el ordenamiento jurídico tiene la obligación de reconocer con autenticidad, y no con la manipulación propagandista de una supuesta inclusión y reivindicación de viejo cuño, creando de esta manera una conciencia histórica para una irreal proyección de un liderazgo con propuestas de un Estado ajeno a los anhelos y objetivos al Estado democrático de derecho.

Los derechos indígenas se alejan así de su efectividad en virtud que tanto la legislación complementaria y de ejecución a la Constitución de 1999, como la organización administrativa encargada del diseño y puesta en práctica de las políticas indigenistas, la gestión y actividad medial antes los órganos del Poder Público para tales fines, así como la búsqueda de la armonización legislativa y la coordinación administrativa entre los diferentes ente públicos de base territorial se deja a un lado para convertirse en agencias de proselitismo político y propagandístico.

En este sentido, la esencia progresiva de los derechos fundamentales implica no sólo que cualquier reforma de la legislación consagratória, o regulatoria de los derechos fundamentales en el ordenamiento interno no pueda desmejorar su alcance y contenido, sino que además constituye un criterio e instrumento conforme al cual escudriñar la finalidad y sentido de una norma consagratória de los derechos fundamentales debe evitarse que disminuya el goce y disfrute por parte de los ciudadanos como expresión de la dignidad y existencia propia del ciudadano, extensible a las personas jurídicas por cuanto tal como hace notar la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Los derechos y obligaciones de las personas físicas que la constituyen o que actúen en su nombre y representación” (...) “29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha

sido reconocida expresamente por la Convención Americana como si lo hace el Protocolo n.º 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción creada por el mismo sistema del derecho”¹⁹.

En fin, la progresividad de los derechos humanos conforme al principio de la progresividad, como lo asevera el malogrado Pedro Nikken, debe destacarse también su naturaleza de mecanismo de interpretación:

“Mediante el cual, como cuestión de principio no se puede admitir que la interpretación o aplicación de una norma relativa a los derechos humanos resulte de una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos de los mismos; y además, que en caso de que existan varias previsiones reguladoras de derechos, la que debe aplicarse con prelación es la que disponga la regulación más favorable”²⁰.

Por su parte, la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de julio de 1996 estableció que:

“Así mismo, debe anotar la Corte que en materia de Derechos Humanos el principio jurídico de la progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea el derecho Constitucional, de Derecho Internacional o de derecho ordinario”²¹.

Esta doctrina de interpretación jurídica fue acogida en sentencia de 3 de diciembre de 1990 por la Sala Político-Administrativa, en un caso sobre derechos laborales, conforme a estos términos:

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2001, caso: Cantos Vs Argentina. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf

²⁰ Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

²¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de julio de 1996. *Revista de Derecho Público*, °67- 68. Editorial Jurídico Venezolana, Caracas, 1996, 170.

“(...Omissis...)

...Igualmente debe señalarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y postnatal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental. Según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenido en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos...”

La progresividad como esencia de los derechos fundamentales, adicionando las características de su consagratoria y observancia sin discriminación, su goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente, permite establecer las bases y orientaciones para ir conformando un estatuto «máximo-derivante» de los derechos fundamentales de los indígenas, considerado éstos como débiles jurídicos y no como un forma discriminatoria, que permita una interpretación acorde con su fuente constitucional y, en caso, de existir un reconociendo mayor y más alcance en los instrumentos internacionales en la materia, que sea asidero para la jurisprudencia, la legislación y la gestión de las políticas indigenistas.

Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno procedió a la anulación de la declaratoria de extinción de la Comunidad Indígena de Aguasay, y la declaración como ejidos de las tierras de dicho “pueblo de Aguasay, cabecera del municipio Aguasay”, efectuó una ponderación entre los derechos de la referida comunidad y la seguridad jurídica, que si bien es un valor esencial del Estado de Derecho y garantías de un orden político y paz social, no es menos cierto, que privilegió por vía de ese criterio de interpretación eventuales derechos de arrendatarios, que se encontraban en posesión de tierras propiedad de la referida comunidad, cuya causa contractual no debió validarse hacia al pasado, es decir, a la Ordenanza sobre delimitación del Municipio Foráneo de Aguasay, más cuando declara la propia CSJ, que “quedan vigentes en los términos en que dichos contratos fueron concertados, sin perjuicio de que puedan ser atacados por las vías ordinarias”.

Si algunos de los artículos de la referida ordenanza fueron declarados nulos debió declararse la nulidad desde los artículos denunciados, con valor y efecto desde el mismo momento de haberse promulgado el instrumento normativo que los contenía en virtud de lesionar derechos ancestrales de raigambre constitucional. La seguridad jurídica no puede ser el carácter dominante de los valores cuando el acto normativo impugnado por inconstitucionalidad no está consolidando derechos de propiedad, sino que viola propiedad de territorios ancestrales, que por tal condición implicaba la plena propiedad y pertenencia de los pueblos y comunidades indígenas, no se puede disponer de lo que no se tiene en propiedad o no se dispone con los atributos propios de este derecho real.

La sentencia dictada a la luz de las consideraciones anteriores debe dársele el valor de interpretación directa, máxima y única con valor de vinculante para el actual Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, dado el carácter progresivo de los derechos fundamentales, particularizados en este caso, en los de los indígenas.

VI. LA SUPRACONSTITUCIONALIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS. DE LA APLICACIÓN PREFERENTE DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si esta fuera violada por autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que harán respetar por las naciones signatarias en ellos: y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra, así lo manifiesta de manera categórica Alberdi²².

De allí la importancia acusada de la interrelación e influencia del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el Derecho Constitucional, favoreciendo no solo la protección efectiva de los derechos

²² Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República*. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, p. 255.

fundamentales, sino evitando la petrificación de la normativa frente al dinamismo de la evolución de la comunidad global, la aparición de nuevas necesidades de las cuales brotan inéditos requerimientos de protección y garantía de la ciudadanía frente a la acción estatal o la omisión de actividades de cobertura o satisfacción de las necesidades calificadas como públicas, absolutas o relativas.

La mutabilidad que caracteriza el avance y regulación de los derechos humanos es el producto del carácter cambiante entre el hombre y el Estado. Tal vertiginosidad en los cambios, trasciende a las simples conexiones entre individuo y comunidad; involucran, una madeja de intercambios e interacciones entre el ciudadano, el Estado en todos sus niveles y la comunidad internacional, propia de un mundo global e intenso.

Es por ello que se impone el carácter supraconstitucional de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos en los siguientes aspectos:

La Constitución consagra una serie de derechos fundamentales que están previstos en los tratados, acuerdos, convenios y demás instrumentos internacionales en la materia.

1. La Constitución consagra como principio esencial de su parte dogmática los principios ordenadores del sistema de libertades públicas, la equivalencia de jerarquía y supremacía de los tratados y convenios internacionales en el derecho interno.
2. El principio conforme al cual la enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los instrumentos normativos internacionales en materia de derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que no figuren expresamente en ellos.
3. En nuestro criterio, si existiera derechos fundamentales con una definición de mayor alcance y contenido que los establecidos en el derecho interno, o que no estando consagrados en la Constitución si lo estuvieran en los tratados, convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales, y los pueblos o comunidades indígenas ante un acto o vías de hecho, por ejemplo, de un órgano del Poder Público atentatorio de sus derechos ancestrales, solicitan tutela judicial efectiva, el órgano

del Poder Judicial debería ampararlo con apego al tratados o convenio, aun no habiendo sido ratificado o no habiendo completando su ratificación.

De lo contrario, los derechos fundamentales de los indígenas, particulares o colectivos, serían de ilusoria eficacia, formal y vacua consagratoria, se reduciría a una sola mención sin tutela efectiva alguna.

VII. APORTES DE LA SENTENCIA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y SU EFECTIVA TUTELA JUDICIAL

Uno de estos aspectos esenciales, que deben destacarse de la sentencia analizada es “el reconocimiento de la existencia jurídica de la comunidad y en el reconocimiento de los derechos que corresponden a la población indígena que forma dicha comunidad. Por supuesto, que la concreción o materialización de tales reconocimientos, incumbe, principalmente al Instituto Agrario Nacional, al Concejo Municipal y, según el caso a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, partiendo de las premisas vinculantes de dichos reconocimientos establecidos en la presente sentencia”.

Esa expresión motiva lleva a la Corte Suprema de Justicia a decidir el reconocimiento “de la existencia jurídica de la comunidad indígena Ka’riña de Aguasay, y de los derechos de todos los miembros de dicha comunidad indígena, implícitos en ese reconocimiento”

El reconocimiento que realiza el Máximo Tribunal permite establecer como orientación de cualquier interpretación, en futuros casos o premisas de «*lege ferenda*», un reconocimiento, en cierta medida, sobre cualquier aspecto esencial involucrado a la existencia misma del origen de los derechos fundamentales de los indígenas, como es el relativo al libre determinación o autodeterminación que les permiten darse su organización, su estructuración con fundamento en sus tradiciones, creencias y valores, así como lo necesario para la realización de actividades económicas, sin que tal libre determinación autorice o involucre un desconocimiento de los principios generales del Estado Constitucional previsto en la Ley Suprema de 1999.

A tal fin es importante aclarar, conforme a la doctrina especializada, que ha de entenderse por autodeterminación, temática que ha traído grandes controversias en torno a las aspiraciones de los pueblos indígenas, puesto que, como afirma Sevilla

“Es la razón de ser de todo pueblo, es el poder tener el derecho de decidir, gobernar y controlar su propio destino, y por ello, demanda en su reconocimiento como un derecho humano de los pueblos indígenas, alegando yo también poseen como grupo social identidad propia, una historia que los vinculan el tiempo, la cual vienen formando su idiosincrasia, valores y patrones culturales, dentro un espacio geográfico determinado por los usos las costumbres”²³.

El aporte relevante de la sentencia, se centra en el concepto implícito anejo al reconocimiento que realiza la Corte Suprema de Justicia tanto del derecho fundamental al «territorio» como a la existencia jurídica, ser titulares de derechos y asumir obligaciones de la comunidad indígena de Aguasay, lo que lleva consigo el principio ordenador esencial y máximo condicionante de la función legislativa, administrativa y la jurisdicción constitucional: el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas, derecho que debe ejercerse dentro del contexto general de la vigencia de la Constitución de 1999 y del enmarcado principista que rige el «Estado federal descentralizado» adoptado por ella y, muy especialmente bajo la tutela de los principios ordenadores de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, tal como lo establece su artículo 4.

Reconocer la existencia de personería jurídica- condición existencial de ser titular de derechos y asumir obligaciones- de la comunidad indígena Ka’riña de Aguasay y los derechos que corresponden a la población indígena en cuanto a la ocupación, explotación o provecho económico del territorio que ocupa, supone la existencia de una autodeterminación descriptiva y atada a la posibilidad de escoger su sistema político, modo desarrollo económico, social y cultural, incluso, su sistema de justicia como lo ha establecido en el Máximo Tribunal, sin que ello signifique un supuesto incardinado en la separación, secesión o existencia de un Estado dentro del Estado.

²³ Víctor Rafael Sevilla, *Ob. Cit.*

En este orden de ideas, conviene traer a colación lo expresado por la representación de las organizaciones indígenas asistentes a la II Conferencia mundial de derechos humanos de Naciones Unidas celebrada en junio de 1993

“Entendemos la libre determinación como el derecho que tienen nuestros pueblos a poseer, controlar, administrar y desarrollar un territorio -actual o ancestral- jurídicamente reconocidos y respetados, dentro del cual un pueblo, si injerencia de ninguna especie, desarrolla, recrea y proyecta todos los aspectos de su cultura particular y específica. En esos territorios nuestro pueblo implementa su propio modelo y desarrollo -según sus propias concepciones cosmogónicas-filosóficas de la economía y de su relación con la naturaleza, controlando efectivamente, los recursos del suelo y del subsuelo”.

Así las cosas, dentro de la preeminencia del texto constitucional en el marco de los principios ordenadores del Estado Constitucional, los pueblos y comunidades indígenas podrán organizar su actividad económica, organizarse socialmente, explorar y divulgar sus bagajes culturales, la disposición de los recursos naturales de su territorio y a hábitat, amén de desarrollar todo lo necesario para el goce y ejercicio de su derecho correspondiente a su identidad ancestral, representar, exigir la observancia de sus derechos fundamentales, participar, desarrollar protagonismo a través de las vías ofrecidas y previstas por el «Bloque de la legalidad» por ante las distintas manifestación políticos territoriales y funcionales del Estado.

En otras palabras, lo corolarios del Estado democrático de derecho, como son la separación de poderes, la sujeción al Derecho de los órganos del Poder Público (principio de legalidad), la observancia y procura del goce y ejercicio de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva, bajo los parámetros propios de la seguridad jurídica y los contenidos complementarios a la democracia representativa liberal como son la participación y el protagonismo, encierran y delimitan la autodeterminación interior de los pueblos indígenas, que en forma alguna puede considerarse como condición autoritativa o de legitimación para ejercer una representación frente a un tercer Estado.

Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas parten de un concepto jurídico implícito que se impone por fuerza de la razón, por ser un principio genesiaco subyacente a los mismos, es decir, sin él no puede existir o tener viabilidad esos ámbitos de protección de fuente constitucional o de normas internacionales en la materia, que tienen un contenido sustantivo inherente a la condición humana cuyo correlativos son obligaciones, cometidos y fines del Estado venezolano, exigibles o tutela administrativa o judicial: la autodeterminación condicionada y limitada o libre determinación.

Tal elemento seminal debe entenderse como la ancestral y continua tradición de los pueblos indígenas de autogobierno, métodos independientes de adopción de decisiones y autosuficiencia institucional. Aunque las circunstancias específicas son muy diversas, a lo largo de su historia los pueblos indígenas del mundo han ejercido lo que ahora se denomina el derecho a la libre determinación como un derecho intrínseco, derivado de sus estructuras políticas, económicas y sociales, así como de sus culturas, tradiciones espirituales, historia y filosofía.

Resulta infundado el resquemor y jurídicamente infundadas las reservas puestas de manifiesto por el constituyente de 1999, que aún en la actualidad se puedan mantener, de la anagnórisis del territorio, ámbito de eficacia ineluctable de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas, vínculo indisoluble para ejercer los ámbitos de protección plasmados por los tratados, convenios y demás instrumentos internacionales, con supremacía en el ordenamiento interno, o en la propia Constitución que lo que hace es reconocer un derecho anterior a la conformación del Estado venezolano.

La simple argumentación que el territorio es un elemento existencial del Estado, sobre el cual se define el ejercicio del poder sobre una población, constituyendo un ente con actuación y trascendencia internacional, bajo la expresión genuina de la soberanía y el trato igualitario frente a otros Estados, no es argumento suficiente para emplear de manera huidiza y sustitutiva los vocablos hábitat y tierras, de menos alcance y contenidos, que vacían en similar intensidad los derechos colectivos de los indígenas.

Es inverosímil pensar que la comunidad internacional, o los órganos del Poder Público, expresión de la organización del Estado, la

interrelación positiva de los elementos definitorios que configuran su existencia (poder, territorio y población), la interdependencia de los diferentes sistemas jurídicos u ordenamientos (financiero, tributario, monetario y de coordinación macroeconómico), organización del poder, bajo la égida del principio de preeminencia de la Constitución y la «semirigidéz» de la cual dotada en cuanto a los mecanismos de su reforma (enmienda, reforma y asamblea nacional constituyente) y el deber de “todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad (...) de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia” (artículo 333) permitirán la estructuración o configuración de un Estado dentro de la República Bolivariana de Venezuela por el solo hecho que se reconozca el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al goce y uso de sus territorios ancestrales o que ocupan desde tiempos inmemoriales. Más cuando, el derecho de autodeterminación o libertad para definir su organización y formas de actuación de los pueblos y comunidades indígenas se han concebido como condicionados y limitados; se ha establecido como una expresión de agnición a una realidad preexistente al Estado mismo como concepción abstracta, a una configuración y consolidación de derechos ancestrales, que tiene su epicentro genésico en la ancestralidad, que impone cometidos u obligaciones inmediatas mediante normas constitucionales de exigibilidad operativa o vigencia plena, que no son exhortos al legislador sino de la cual derivan derechos y limitaciones *ipso jure* al Poder Público por no ser normas programáticas.

La importancia de los derechos humanos o fundamentales de los indígenas, pueblos y comunidades, no es justificarlos, consagrarlos o reconocerlos, sino que el Estado debe establecer y hacer efectivas garantías entendidas como medidas sustantivas, procedimentales y procesales para el goce y ejercicio de tales derechos. Lo cual encuentra eco en lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de pueblos y comunidades indígenas, que copiado a la letra establece:

“Artículo 1. El Estado venezolano reconoce y protege la existencia de los pueblos y comunidades indígenas como pueblos originarios, garantizándoles los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales y otras normas de aceptación universal, así

como de las demás leyes de la República, para asegurar su participación activa en la vida de la Nación venezolana, la preservación de sus culturas, el ejercicio de la libre determinación de sus asuntos internos y las condiciones que lo hacen posibles"²⁴.

No haber empleado el concepto de territorio, sustituyéndolo por tierras y hábitat es vaciar el contenido de todos los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas, pues las diferencias semánticas existen, tienen implicaciones importantes, que pudieran llevar a la imposición de formas de organización resultantes de la distribución federal, territorial o vertical del Poder Público, que conduzcan a la adopción de expresiones políticas territoriales ajenas al Estado Constitucional como las Comunas y, por consiguiente, el vaciamiento de los derechos indígenas, tal como reiteradamente hemos afirmado.

El aspecto nuclear del principio de distribución vertical del poder, que hace viable la descentralización política del Estado adoptado por la Constitución venezolana de 1999 y, por consiguiente, la federación como forma de Estado, es precisamente el territorio.

En consecuencia, la descentralización político territorial del poder parte de la existencia de tres niveles: poder nacional, estatal y local, cuya base es un territorio, sobre el cual se «vacía» en funciones diversas el poder, vinculando a la población que se encuentran él mediante formas diversas de permanencia (residencia, domicilio o base fija de negocios o establecimiento permanente, en el caso de las personas jurídicas, que es lo que se llama los factores de conexión).

Por tanto, territorio- y no tierras- es el concepto básico existencial para que se configure y pueda tener plena existencia una entidad pública de base territorial o una persona jurídica territorial, como expresiones autónomas del Estado. Vale decir, que, a partir de una serie de condicionamientos históricos, concretamente, los derechos ancestrales sobre territorios indígenas, su incorporación como derechos fundamentales en la Ley Constitucional, la previsión normativa orgánica consecuen- cial de la posibilidad de creación de municipios indígenas.

²⁴ Venezuela. *Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas*, publicada en Gaceta Oficial No. 38.344, del 27 de diciembre de 2005.

Soslayar la vigencia de este principio «quinta columna», no en sentido bélico sino esencial, de la organización estatal facilita que por decisión política, proselitista y de imposición de un esquema de dominio autoritario de la sociedad se niegue la posibilidad de la existencia de los Municipios indígenas como organización del régimen de gobierno y administración local, mediante la cual los pueblos y comunidades indígenas definen, ejecutan, controlan y evalúan la gestión pública de acuerdo a los planes previstos en su jurisdicción territorial “atendiendo a las condiciones geográficas, poblacionales, elementos históricos y socioculturales”, es decir, conforme a las normas constitucionales, las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²⁵, la legislación aplicable, las leyes estatales y lo establecido en las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales (Artículos 5 y 11).

Las condiciones concurrentes para que exista un municipio como “unidad política primaria de la organización nacional” (artículo 168 de la Constitución), con personalidad jurídica y autonomía, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11° de la LOPPM son las siguientes:

1. Una población asentada establemente en un territorio determinado, con vínculos de vecindad permanente.
2. Un centro poblado no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes en el estado, excluidos los dos de mayor población. Este requisito deberá ser certificado por el Servicio Nacional de Estadística. En caso de no existir otro Municipio en esa entidad para hacer comparación, se requerirá de una población no menor de diez mil habitantes.
3. Capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios. A los efectos del cumplimiento de este requisito, deberá constar en acta la opinión favorable del órgano rector nacional en la materia de presupuesto público. Igualmente, deberá constar la opinión del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas. En dicha opinión motivada, se determinarán los efectos socioeconómicos en el o los municipios que resulten segregados.

²⁵ Venezuela. *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, publicada en Gaceta Oficial No. 6.015, del 28 de diciembre de 2010.

Por consiguiente, el territorio y no las tierras ni el hábitat, como vocablos reductores, son los adecuados elementos existenciales de los municipios indígenas como ámbito de eficacia de origen ancestral, o como expresión de un derecho colectivo natural de las poblaciones y comunidades indígenas, anterior al Estado y reconocido por éste por su ordenamiento fundacional a los fines de “su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones (...) [territorio necesario] para desarrollar y garantizar sus formas de vida” (artículo 119 de la CRBV).

En el mismo sentido de la descentralización político territorial del Estado venezolano, a pesar de la tendencia centralizadora impresa por el gobierno, de manera acentuada a partir del 2007, con un paroxismo legislativo puesto de manifiesto en las leyes orgánicas del Poder Popular; de las Comunas; de Contraloría Social y del Sistema Económico Comunal, la sentencia simiente de este análisis, destaca un aspecto muy positivo en cuanto a la necesidad de armonización de la legislación competencia del Poder Público Nacional en aspectos atinentes a la política indigenista que puedan tener incidencia en materia de ordenación territorial de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y aquellas relacionadas a la definición y regulación en materia de ejidos, o aquellas inherentes y propias a los Consejos Legislativos Regionales en lo que respecta a la creación de los municipios indígenas.

Esta armonización en materias normativas vinculadas a la observancia de los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas resulta indispensable en lo que corresponde a “la concreción o materialización” de los reconocimientos de la personería jurídica de las comunidades indígenas y en “el reconocimiento de los derechos que le corresponden a la población indígena”, sobre todo en lo que corresponde al derecho fundamental de propiedad sobre los territorios, “que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados [y comunidades] ocupan o utilizan de alguna u otras manera”, tal como se desprende del dispositivo de la sentencia, que conduce a la aplicación inmediata y preferente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En nuestro criterio, ese mismo dispositivo de la sentencia impone el deber de coordinación competencial administrativa en la gestión de la actividad prestataria de servicios, en todos sus aspectos y, en especial, en aquellos propios a la potestad expropiatoria, función registral y el valor probatorio e importancia que reviste para tales fines la realización de censos nacionales de población o programas censales, que permiten la determinación de las etnias existentes, los criterios de identificación de la población indígena que sirven a los fines registrales de ubicación de los territorios o tierras, sobre los cuales se establecen la relación colectiva con esos espacios.

VIII. CONCLUSIONES

A los fines del mayor alcance de los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas debe insistirse en la progresividad de tales derechos, su indivisibilidad, imprescriptibilidad y en el carácter supra constitucional de los instrumentos internacionales en la materia a los fines de garantizar el goce y disfrute de tales derechos, venciendo el activismo judicial negativo, la tendencia de imposición de un sistema económico y social contrario al previsto en función al Estado Constitucional o Estado democrático de derecho, cuyos valores y fines permiten, de efectuarse su plena observancia a los principios y corolarios que lo informan, una propensión a que el Poder Público constitucional y no el Poder Popular, que se erige como una estructura paralela, pueda cumplir sus fines y cometidos en el diseño y ejecución de la política indigenista.

El punto focal de este trabajo es destacar la necesidad de frenar cualquier interpretación regresiva de los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas, producto de la cooptación del Poder Público por parte de los representantes de intereses económico y políticos, o que se arrasados, conculcados o vulnerados por la misma vorágines de la globalización que derriba no las fronteras políticas sino la institucionalidad encargada por velar, garantizar el uso y goce de los derechos fundamentales.

Le hemos dado especial importancia al territorio como elemento existencial y de obligatoria existencia de los municipios indígenas,

conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, pues es este elemento que permite la configuración simbiótica entre la población, ese espacio de mayor alcance jurídico y extensión física que el hábitat y las tierras, sus valores y culturas.

El abandono del uso del vocablo territorio por parte del constituyente de 1999, debe inexorablemente dar paso, en futuras interpretaciones de la normativa constitucional, o del simple desarrollo y funcionalidad de la jurisdicción constitucional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los conceptos, principios y valores contenidos en los instrumentos internacionales en la materia.

La interpretación de la normativa consagratoria interna o internacional de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas debe efectuarse desde la Constitución, en el marco de esa operación intelectual sistemática y teleológica-pues decidir el Derecho ante un caso equivale a dar una solución justa del ordenamiento, y por ello interpretar una norma significa encontrar su sentido y finalidad en el contexto del ordenamiento-, resulta claro que tales criterios revisten particular importancia en la interpretación de la Constitución²⁶.

La sentencia tomada como base jurisprudencial, con el carácter acusado, permite identificar algunos aportes en cuanto a la preservación y reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, echa las bases para una armonización normativa y una coordinación administrativa en la definición, ejecución y control de las políticas indigenistas garantizando eficacia en los resultados y eficiencia en el manejo de los recursos destinados a la ejecución de la referida política pública.

Es necesario entender que conceptualizar como débiles jurídicos a las poblaciones y comunidades indígenas no puede significar o auspiciar un trato discriminatorio, sino el reforzamiento de la regulación normativa y administrativa a partir del entendimiento de sus orígenes, ancestralidad, valores y culturas, entre otros aspectos.

²⁶ Antonio Luis Martínez, “Principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales, en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, publicado bajo la nomenclatura AG/RES. 2888, del junio 14 de 2016.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, publicado bajo la nomenclatura 61/295, del diciembre 13 de 2007.
- AVELEDO COLL, Guillermo. *La segunda República liberal democrática: Serie antológica contemporánea de Venezuela*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2014.
- BADELL, Rafael. “Derechos y deberes de los pueblos y comunidades indígenas”, en *Revista de Derecho Público*, No. 169-170, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.
- _____, Palabras pronunciadas en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 3 de mayo de 2022, con motivo del fallecimiento del Dr. Henrique Iribarren Monteverde en: <https://aveda.org.ve/palabras-con-motivo-del-sensible-fallecimiento-del-prof-henrique-iribarren-monteverde/> consultado el 30 de octubre de 2022.
- BELLO, Luis. *Derechos de los pueblos indígenas en el nuevo ordenamiento jurídico venezolano*, S/D, Venezuela, 2005.
- BIORD, Horacio. “Indigenismo”, en F. Polar (Ed.), *Diccionario de Historia*, Editorial Exlibris, Caracas, 1988.
- _____, *Discurso de incorporación como Individuo de Número de Don Horacio Biord Castillo*, Academia Venezolana de la Lengua, Caracas, 2008.
- BREWER, Allan. *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.
- CARRERA, Germán. *Historial General de América Latina*, (Volumen I), Ediciones UNESCO, UNESCO, 1999.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de julio de 1996. *Revista de Derecho Público*, N.º 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Expediente Nro. 0392, del 06 de octubre de 1998, caso: Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasay. Acción conjunta de Nulidad por Inconstitucionalidad y Amparo Constitucional de “Ordenanza sobre Delimitación de Ejidos del Municipio Autónomo de Maturín del Estado Monagas, publicada en Gaceta Municipal respectiva, el 6 de agosto de 1987”.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2001, caso: Cantos Vs Argentina. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf, consultado el 12 de octubre de 2022.
- DONÍS, Manuel. “Un acercamiento a la Venezuela Prehispánica”, en *Historia mínima de Venezuela*, Colegio de México, Ciudad de México, 1992.
- DUILTZKY, Ariel “Un estudio Comparado”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- DUQUE, Román. *Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*, Editorial Legis, Colombia, 2008.
- GARRIDO, María. *Derechos fundamentales y Estado Social Democrático de Derecho*, Editorial Dilex, Madrid, 2007.
- HERRERA, Luis. *Enfoque sobre Derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2013.
- HERNÁNDEZ Roberto. Fernández, Carlos. y Pilar, Lucio. *Metodología de la investigación*, 5ta edición, Editorial El Comercio, Perú, 2010.
- IRIBARREN, Henrique. *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.
- MARTÍNEZ, Antonio. “Principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales, en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011.
- NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Sección de los pueblos indígenas y las minorías. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual Para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, publicado bajo la nomenclatura HR/PUB/13/2, de agosto de 2013.
- ORELLANO, Jorge. *Derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2016.
- Organización Internacional del trabajo. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, publicado el 5 de septiembre de 1991.
- PALACIOS, Leonardo. “Los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos y su preeminencia en el derecho interno. Los derechos humanos como límites en las políticas de racionalización del sistema

- tributario”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Editores Civitas, España, 2003.
- PÉREZ, Luis. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. (10ma edición), Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
- ROBINSON, Scott. “Reflexiones sobre la inclusión digital gobierno electrónico y democracia”, en *Nueva Sociedad N.º 195*, 2005.
- RODRÍGUEZ, María. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. (2a edición corregida y ampliada). Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- ROMERO-MUCI, Humberto. *Discurso de contestación del académico Doctor Humberto Romero-Muci, Individuo de Número de la Corporación al discurso de incorporación del Doctor Henrique Iribarren Monteverde*. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.
- SEVILLA, Víctor. *El régimen de excepción y los derechos humanos indígenas*. Editorial Buchivacoa, Caracas, 1997.
- STIGLITZ, Joseph. y Walsh, Carl. *Microeconomía, Economía y empresa*, (4.a edición inglesa). Editorial Ariel, Madrid, 2000.
- STRAKA, Úrsula. *La justicia indígena en Venezuela y los estándares internacionales*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.
- TORO, María. “Derechos sociales. La cláusula del Estado Social de la CRBV en la jurisprudencia de la sala Constitucional del TSJ venezolano”, en *La Justicia constitucional en el Estado Social de Derecho*, II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, Caracas, 2010.
- Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial 5.253 extraordinaria, del 24 de marzo de 2000.
- Venezuela. *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, publicada en Gaceta Oficial de Venezuela, 6.015 (extraordinaria), de diciembre 28 de 2010.
- Venezuela. *Ley Orgánica de pueblos y comunidades indígenas*, publicado en Gaceta Oficial de Venezuela No. 38.344, diciembre 27 de 2005.

ESBOZOS DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE UN PUENTE HACIA LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA (2021-2022)

DRA. CLAUDIA NIKKEN*

* *Profesora* de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. *Profesora* en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. *Abogado* de la Universidad Central de Venezuela. *DEA (máster)* en Derecho Público Interno de la Universidad *Panthéon-Assas* (París II). *Doctora en Derecho* de la Universidad *Panthéon-Assas* (París II). *Miembro* de la junta directiva de AVEDA. *Miembro fundador* de la Asociación de Juristas Franco-venezolanos (JURISFRAVEN).

El 13 de agosto de 2021, en la Ciudad de México y con la facilitación del Reino de Noruega, se firmó un histórico memorando de entendimiento entre, por una parte, el así denominado Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y; por la otra, la Plataforma Unitaria de Venezuela, con el objetivo de “[l]legar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social, con respeto absoluto a la Constitución Nacional”¹.

Se trata de un documento histórico, por cuanto, desde que podemos reconocer como iniciada la crisis política en Venezuela luego de la asunción del poder por Hugo Chávez -¿diciembre de 2001?-, a pesar de los numerosos intentos de negociación para gestionarla, ninguno había sido precedido por un acuerdo político público, con una agenda definida, unas reglas y un objetivo común.

Ese acuerdo fue producto, a su vez, de conversaciones subterráneas que, según sus protagonistas, inició prácticamente cuando el último proceso conocido se dio por terminado, el cuarto trimestre de 2019². Cristalizó, ese proceso soterrado, a finales de julio de 2021 y se materializó en el mencionado memorando.

A partir de allí, *las partes*, visiblemente o no, al igual que un sinnúmero de instituciones, organizaciones y personalidades, han trabajado por que el proceso se desarrolle y, por supuesto, dé resultados. Las dificultades han sido, son y seguramente seguirán siendo muchas. Lo importante es que el objetivo común que se ha definido se mantenga: “[l]legar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social, con respeto absoluto a la Constitución Nacional”.

¹ El memorando de entendimiento fue publicado en la Gaceta Oficial N° extraordinario 6.637 de 17 de agosto de 2021. Puede verse en <https://badellgrau.com/2021/08/17/gaceta-oficial-nro-6-637-extraordinario-del-17-de-agosto-de-2021/>

² Se hace referencia al llamado proceso de Oslo – Barbados.

¿Por qué traigo este tema a colación para rendir homenaje a mi querido amigo Henrique Iribarren Monteverde?

La última vez que conversamos, este mismo año 2022, Henrique pretendía postularse como candidato para ocupar el cargo de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco de un procedimiento que se impuso de manera unilateral desde el poder³, en un *intermezzo* del proceso de diálogo y negociación que se ha venido apellidando *de México*, también impuesto unilateralmente en octubre de 2021⁴; siendo ese -el *Tribunal Supremo de Justicia*- el tema de fondo cuya discusión quedó en suspenso en aquel momento.

Conversamos porque me ha tocado participar directamente en el proceso de diálogo y negociación como secretaria ejecutiva de la delegación de la Plataforma Unitaria; porque esas postulaciones eran políticamente cuestionables y fueron (duramente) cuestionadas en el medio jurídico académico universitario y; en esencia, porque éramos amigos.

Henrique fue valiente al postularse basado en sus convicciones democráticas, y fue valiente al retirar su candidatura, por razones que no sabemos ni sabremos, pero que, tras su repentina y muy lamentable y dolorosa muerte, podemos inferir, al menos en parte.

Entonces, por ese punto de conexión, ese último punto de conexión que tuvimos, he querido rendirle homenaje contándole y, a través suyo, a los lectores, de qué se trata, jurídicamente, el trabajo que hemos venido haciendo desde hace más de un año, algunas veces en público y las más en privado, en el contexto del proceso de diálogo y negociación *de México* (con la prudencia y la discreción a las que estoy obligada).

Para comenzar por el final y darle un marco a lo que sigue, respondo rápidamente: lo que hacemos es construir o, al menos intentarlo, *un puente hacia la democracia en Venezuela*, con las herramientas de lo que se ha llamado “garantía popular de la constitución”⁵.

³ Sobre el inicio del proceso, Acceso a la Justicia, *El proceso de selección de los magistrados del TSJ avanza a todo vapor* (23.02.2022) ; puede verse en <https://accesoalajusticia.org/el-proceso-de-seleccion-de-los-magistrados-del-tsj-avanza-a-todo-vapor/>

⁴ Ver, por ejemplo, Alonso Moleiro, “El Gobierno de Maduro suspende las negociaciones con la oposición por la extradición de Alex Saab”, *El País* (Madrid), 16.10.2021; disponible en <https://elpais.com/internacional/2021-10-16/el-gobierno-de-maduro-rompe-las-negociaciones-con-la-oposicion-por-la-extradicion-de-alex-saab.html>

⁵ Ver Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’ (una nueva mirada sobre la resistencia contra la opresión, sus causas y consecuencias”, en Allan R. Brewer-Carías y

Garantía popular de la constitución es una expresión empleada por el Prof. Olivier Beaud para referirse a “la forma moderna de la resistencia a la opresión”, más concretamente, del derecho a la insurrección⁶.

Para profundizar en ese concepto, es conveniente comenzar por definir qué es la “garantía de la constitución”.

La garantía de la constitución consiste en “*asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales*”⁷, es decir, su compatibilidad o conformidad a la constitución, según corresponda.

Como puede inferirse, la garantía de la constitución tiende a la preservación (“conservación”) de la constitución en vigor, tanto si partimos de su aséptica noción normativista⁸, como si aplicamos otras ideas, en particular la noción de *constitución formal* que hemos desarrollado en otra parte, y que se refiere al bloque de la constitucionalidad, que recoge la *idea de base* de constitución: separación de poderes y garantía de los derechos humanos⁹. Se pone en marcha -o debe ponerse en marcha- cuando la *constitución formal* es vulnerada puntualmente y; en especial, cuando por la fuerza de las cosas lo que hemos llamado *constitución real*¹⁰ comienza a serle contraria o se hace incompatible con ella.

Carlos Ayala Corao (coord.), *Libro-Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, T. II, ACIENPOL-EJV, Caracas, 2021, pp. 765-805.

⁶ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Col. Léviathan, PUF, Paris, 1994 p. 261.

⁷ Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1928, p. 198.

⁸ Es decir, “*el conjunto de leyes cuya confección obedece a un procedimiento excepcional con relación al de la legislación ordinaria*”, Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica – PUAM, Paris – Marsella, 1986 (ed. de 1928), p. 4.

⁹ Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’...”, *cit*, p. 770. Allí se explica que, cuando hablamos de *constitución formal*, nos referimos al conjunto de normas escritas y no escritas que se incluyen en el bloque de la constitucionalidad de un Estado determinado, en tanto y en cuanto esas normas, como mínimo, aseguren la separación de poderes y garanticen los derechos humanos.

¹⁰ La *constitución real* consiste en el “conjunto de reglas que orientan efectivamente el comportamiento político”, que no tienen que estar necesariamente escritas y que, incluso, pueden ser implícitas (Juan Carlos Rey, “Problemas de la transición democrática y de la consolidación de la democracia en América Latina”, en Pedro Nikken (ed.), *Agenda para la*

En el marco de un Estado (democrático) de derecho, existen -o deberían existir- múltiples mecanismos de garantía de la constitución. De entre ellas, sobresale, por supuesto, la garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución, pero no es la única¹¹.

Desde el punto de vista institucional, entre otras posibles vías, aparecen lo que aquí llamamos “garantías políticas”, que tienen que ver fundamentalmente -aunque no únicamente- con la exigencia de la responsabilidad política, es decir, la pérdida de la investidura como consecuencia del desacuerdo que existe entre el funcionario de que se trate y el órgano o cuerpo ante el cual debe rendir cuentas¹², que va desde la remoción de un ministro o incluso de un simple funcionario hasta la revocatoria popular de un mandato, pasando por la disolución de un gobierno o un parlamento, e incluye la *no reelección*. A diferencia de la garantía jurisdiccional de la constitución, la *responsabilidad política* no está necesariamente destinada a garantizar la supremacía constitucional, pero es, sin duda, una herramienta útil al efecto.

Además, en una democracia, con las garantías institucionales, coexisten *garantías ciudadanas de la constitución*, las cuales no suponen acudir directamente a procesos y mecanismos que impliquen la intervención estatal, sino que se trata de manifestaciones de la *libertad* y, en consecuencia, de componentes de la *ciudadanía*, considerada como categoría jurídica. Por ello, también son *instrumentos* -ya no institucionales- que sirven o pueden servir como garantía de la constitución: la libertad de expresión y el derecho de manifestación.

En efecto, sin pretender sustituir las garantías institucionales de la constitución ni acudir a la idea de *opinión pública* de Schmitt como

consolidación de la democracia en América Latina, Serie Elecciones y Democracia, IIDH-CAPEL – Friederich-Naumann-Stiftung, San José, 1990, p. 351). La *constitución real* puede o no coincidir con la *constitución formal* y, las diferencias entre una y otra no se traducen necesariamente en la desnaturalización del régimen definido en la primera. Sin embargo, los regímenes autoritarios, especialmente en Latinoamérica, suelen contar con una *constitución formal* que parece recoger los principios del constitucionalismo moderno, pero que en realidad no es la aplicada por los *factores reales de poder*, sino que “*sirve para ocultar la sordidez y abyección del orden político efectivo, y para proporcionar una apariencia de respetabilidad ante la opinión pública interna o internacional*” (Juan Carlos Rey, ob. cit., p. 349).

¹¹ Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’...”, *cit.*, p. 771.

¹² Yves Lenoir, “La notion de responsabilité politique”, *Recueil Dalloz-Sirey*, II, París, 1966, p. 5.

forma de expresión del *poder constituyente*¹³, a través del ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la manifestación se persigue -o puede perseguirse¹⁴- asegurar la *regularidad* constitucional de las funciones estatales, en la medida en que se ponen en marcha para señalar que la constitución *formal* es vulnerada o; que la constitución *real* comienza a serle contraria o se hace incompatible con ella¹⁵.

De lo últimamente expresado aparece el vínculo entre la *simple* garantía de la constitución y la *simplificada* resistencia contra la opresión, en tanto que una y otra sirven como vehículos no solo para denunciar, sino también para luchar contra situaciones que atentan contra la aquí llamada *constitución formal* (o la *idea base* de constitución), en especial contra los derechos humanos, como componente esencial de la misma.

Ahora bien, ¿qué es la resistencia contra la opresión?

Por supuesto que en este limitadísimo espacio es impensable traducir todas las reflexiones filosóficas, morales, jurídicas y otras que han pretendido responder esa pregunta, sea para afirmar su existencia como derecho (o deber), sea para demostrar su inexistencia o ineficacia¹⁶. Se parte de la base de que *existe* ese derecho, el cual, históricamente, se ha expresado a través de las luchas sociales que han cristalizado, entre otras cosas, en los derechos humanos -su reconocimiento, constitucionalización e internacionalización- y, más generalmente, en lo que conocemos como *Estado de derecho*¹⁷. Nadie podría negar eso, porque

¹³ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, (trad. – prólogo Olivier Beaud), Col. Leviathan, PUF, París, 1993, p. 219.

¹⁴ Es de Perogrullo decir que la libertad de expresión y el derecho a la manifestación pacífica son mucho más que garantías ciudadanas de la constitución.

¹⁵ En ese sentido, como lo subrayó Pedro Nikken, “las posiciones de Martín Lutero con respecto a la libertad de conciencia en materia religiosa y el derecho a la desobediencia y a la resistencia frente a leyes injustas, siempre que ello se hiciera por causas correctas, son el anticipo de las luchas sociales por la libertad”. Cfr. Pedro Nikken, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza”, *Revista IIDH*, Vol 48, San José, p. 66; disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23706.pdf>.

¹⁶ “*Las viejas cuestiones sobre la resistencia, acumuladas en hilo de los siglos, me parecen, por lo esencial, inoperantes*”. Stéphane Rials, *Oppressions et résistances*, Col. Quadrigue – Essais Débats, Quadrigue - PUF, París, 2008, p. 57.

¹⁷ Pedro Nikken, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Seminario sobre derechos humanos – La Habana*, IIDH, San José, 1997, 1ª reimp. 1999, pp. 17-36; disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>. Es interesante

la dignidad humana y, en consecuencia, los derechos inherentes a la persona no dependen de las coyunturas políticas de los Estados ni de los gobiernos¹⁸. De hecho, puede decirse que se trata de un componente del *derecho humano a la paz*, recogido en la Resolución 71/189 de la Asamblea General de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2016, que contiene la *Declaración sobre el Derecho a la Paz*¹⁹.

En efecto, a partir del texto de esa resolución y sus antecedentes²⁰, es posible afirmar que el derecho de resistencia contra la opresión consiste en resistir y oponerse a cualquier régimen que, entre otras cosas,

leer también a Carlos Sánchez Viamonte, “Revolución, resistencia a la opresión y derecho a la insurrección”, *Lecciones y Ensayos*, N° 1, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1956, pp. 35-42; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/1/revolucion-resistencia-a-la-opresion-y-derecho-a-la-insurreccion.pdf>

¹⁸ Pedro Nikken, “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y efecto sobre Venezuela”, en *Venezuela y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Universidad Monteávila, Caracas, 2011, p. 260.

¹⁹ El texto de la Resolución 71/189 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 19 de diciembre de 2016, puede verse en <http://aeditd.org/wp-content/uploads/2017/03/N1645467.pdf>.

Sobre el valor de las declaraciones sobre derechos humanos, lo cual puede verse en: Pedro Nikken, “La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* N° 75, Caracas, 1990, pp. 329-349; Pedro Nikken, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, San José, mayo 1989 (número especial), pp. 65-99; Pedro Nikken, “La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, *Revista de Derecho Público* N° 32, Caracas, 1987, pp. 27-46.

²⁰ Se hace referencia en concreto a la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada en el *Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a Paz* celebrado en Santiago de Compostela, con la intención de que la Asamblea General de las Naciones Unidas la hiciera suya. El texto completo puede verse en http://www.fes-madrid.org/media/1037_Human%20Right%20to%20Peace/Derecho%20Humano%20a%20la%20Paz_Declaracion%20de%20Santiago.pdf. Para conocer algunos detalles del proceso, puede verse <http://aeditd.org/es/2017/01/30/la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-aprueba-la-declaracion-sobre-el-derecho-a-la-paz/>. También puede leerse Carmelo Faleh Pérez y Carlos Villán Durán (dirs.), *El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica*, Cideal, Madrid, 2013. Vale decir que Pedro Nikken escribió un artículo denominado “Encuentro entre las ‘Contribuciones regionales para una declaración universal del Derecho Humano a la paz’ y ‘La proclamación de la Declaración de Caracas sobre el Derecho Humano a la Paz’”, en *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, Vol. 18, N°. 1, 2011, págs. 111-114. Lamentablemente, no pude revisarlo. Aunque en el portal dialnet.unirioja.es se ofrece acceso al mismo en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6560566&orden=0&info=link>, el mismo no está funcionando adecuadamente y, como sabemos, no hay acceso a las bibliotecas.

cometa *violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos; a toda propaganda de incitación a la violencia; y a las violaciones del derecho humano a la paz*²¹.

Su puesta en marcha incluye una diversidad de conductas que suponen la confrontación de los particulares con el *poder* y, en esencia, el desconocimiento o negación de la pretensión de legitimidad de ese poder, o de la justicia de su actuación. Ahora bien, para que sea entendida como el ejercicio de un *derecho*, que por lo mismo persigue su legitimación tanto interna, como en el ámbito internacional, *debe obrar por medio pacíficos*.

La garantía popular de la constitución -de cualquier *constitución*- es una forma de ejercicio del derecho de resistencia contra la opresión. Esto último indica que la *opresión* es su presupuesto necesario, sin que sin embargo pueda tratarse de cualquier tipo de opresión. La garantía popular de la constitución se justifica ante una situación de *opresión del cuerpo social*, en la cual se espera o, mejor, se justifica, que esa garantía se active. Por eso la calificamos como *resistencia vital*²².

Para establecer en qué consiste la *opresión del cuerpo social*, parece útil introducir el tema mediante alguna definición “objetiva”. Una que parece pertinente es la contenida en la Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811²³, a partir de cuyos términos es posible concluir que se entiende que hay *opresión del cuerpo social* cuando, contrariando el derecho, no se provee a la felicidad común

²¹ Para un análisis sobre el derecho de resistencia a la opresión en la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz en el marco de la Constitución venezolana de 1999, ver Allan R. Brewer-Carías, *El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, a la luz de la declaración de Santiago*, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/04/II-4-70-Brewer.-DESOBEDIENCIA-Y-RESISTENCIA-DECL.-SANTIAGO-24-2-2012.pdf>

²² Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’...”, *cit*, pp. 780-781.

²³ Allí se expresa que “Hay opresión individual cuando un solo miembro de la sociedad está oprimido y hay opresión contra cada miembro cuando el Cuerpo social está oprimido. En estos casos las leyes son vulneradas y los ciudadanos tienen derecho a pedir su observancia”. Artículo 23 – sección Derechos del hombre en sociedad, Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811. El texto es idéntico al contenido en el artículo 34 de la declaración de derechos ubicada al inicio de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793.

o se actúa contra ella, como más tarde quedó expresado en la Constitución venezolana del 21 de diciembre de 1811 (artículo 191).

En perspectiva, esa visión denota la estrechísima vinculación que existe entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como componentes indispensables de la *felicidad común*, “[n]o solo por la premisa ética que impide distinguir entre el sufrimiento humano que proviene del despotismo de aquel que se origina en la explotación y en la injusticia, sino porque la ofensa masiva a los derechos sociales entraña serios riesgos para el goce de los derechos individuales y de las libertades fundamentales”²⁴.

También en perspectiva, es posible concluir que la *opresión del cuerpo social* aparece cuando no está asegurada la *felicidad común*, es decir, cuando por acción u omisión del *gobierno*, los ciudadanos *no gozan de sus derechos civiles y políticos y/o cuando se masifica la violación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*.

Esa es, por supuesto, una visión *simplificadora* de un problema mucho más complejo²⁵, que sin embargo sirve para mostrar que la opresión del cuerpo social tiene dos posibles manifestaciones, casi siempre inseparables: una formal y otra, material.

La *opresión formal* del cuerpo social consistiría en el desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho, es decir, en esencia, la democracia y/o las garantías judiciales. Por su parte, la *opresión material* del cuerpo social se produce cuando se niega la dignidad de la persona humana; es decir, cuando se desconocen sistemáticamente los derechos humanos sustancialmente considerados y no existen -o son inoperantes, que es lo mismo- los mecanismos para garantizarlos y para asegurar la reparación de los daños sufridos por las víctimas.

En conclusión, el desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho (democracia y/o garantías judiciales), así como la negación de la dignidad de la persona, son manifestaciones evidentes de opresión del cuerpo social, ante la cual cada ciudadano individualmente

²⁴ Pedro Nikken, “Discurso de inauguración”, en *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, loc. cit., p. 27.

²⁵ Para profundizar sobre el tema, puede revisarse, entre otras obras, el trabajo ya citado de Stéphane Rials.

considerado o reunido en pueblo o nación tiene no solo el derecho, sino también el deber, de hacer *resistencia*, en particular *resistencia vital*.

A partir de lo expuesto, se entiende mejor la visión de Olivier Beaud, que concibe la garantía popular de la constitución como la forma *civilizada* del derecho a la insurrección o, mejor, del derecho de *resistencia vital*, el cual se manifiesta a través de la *deconstitución*²⁶.

La *deconstitución*, valga señalarlo, se define como la *fase negativa* del proceso constituyente, es decir, el abandono del *orden* constitucional *en vigor* hasta ese momento; pues se traduce en la expresión de la voluntad de recurrir a una *nueva constitución*, mediante un proceso cuyo punto inicial es, precisamente la expresión de esa voluntad²⁷; que se manifiesta como la *ruptura* entre el pasado y el futuro.

Lo anterior no parece ajustarse a la idea de *garantía de la constitución*, si se entiende que, en términos generales, el fin del derecho de resistencia contra la opresión, al menos cuando se lo *positiviza*, es obligar al opresor a retomar la letra de la *constitución*²⁸. Sin embargo, en el marco de un proceso de opresión social, suelen existir *razones* por las cuales esa *constitución* terminó no siendo operativa o *real*. Lo ordinario es que eso suceda porque su origen no está en la soberanía popular -o nacional-, aunque exista una apariencia contraria; o bien porque, aun estándolo, los *factores reales de poder* han defraudado masivamente la *constitución* y, por ende, la soberanía popular -o nacional. En los dos casos, para sintetizar, puede utilizarse el adagio latino de acuerdo con el cual *fraus omnia currumpit* (el fraude todo lo corrompe), que implica la *invalidéz* de esa constitución²⁹. Por ello, *restablecer la vigencia de*

²⁶ Olivier Beaud, ob. cit., p. 261.

²⁷ Olivier Beaud, ob. cit., p. 267. Ver también Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado, Université Panthéon-Assas (Paris II), París, 2001, p. 363.

²⁸ Ejemplos de esto pueden verse en el artículo 250 de la Constitución venezolana de 1961 o en su equivalente artículo 333 de la Constitución de 1999. También pueden señalarse como ejemplo el artículo 120 de la Constitución griega de 1975, de acuerdo con cuyo tercer aparte los *helenos* tienen el derecho y el deber de resistir por todos los medios contra cualquiera que pretenda abolir la Constitución de manera violenta.

²⁹ Hace varios años publiqué un trabajo referido a ese tema. Vid. Claudia Nikken, “Sobre la invalidéz de una constitución”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI – Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. I, loc. cit., pp. 206-218.

la constitución no puede entenderse, en un caso de *opresión del cuerpo social*, de manera literal, sino en sentido *filosófico*. Se trata de *restablecer* los principios del constitucionalismo a partir del ejercicio de la soberanía popular -o nacional.

Volviendo al inicio, la *ruptura* es el proceso inicial de lo que se califica *transición constitucional*, entendida como el *pasaje* de un régimen autoritario a un régimen democrático³⁰.

En nuestros tiempos, se producen procesos de ruptura particularmente marcados por la violencia y; a pesar de su *frecuencia*, el impacto de esa violencia se hace difícil de entender y manejar³¹. Sin embargo, entenderla es indispensable, pues de ello dependerá la posibilidad de adaptar las respuestas de la transición³²: “*la ausencia de realismo puede conducir a diferir las respuestas y a generar ciertas frustraciones que constituirán bombas de tiempo por no haber sabido tomar la medida de los problemas fundamentales de la sociedad*”³³.

En cuanto al tema desarrollado, es esencial comprender que la *ruptura* es lo que marca el inicio del proceso de cambios en virtud del cual la *violencia* pasada, presente o latente del régimen cesa (o debe cesar) para dar paso al establecimiento -o al restablecimiento- del Estado de derecho.

Se trata de un asunto paradójico, en tanto y en cuanto el “pueblo” o la “nación” se enfrentan a la autoridad instituida para (r)establecer el Estado de derecho, pero no necesariamente lo hacen a través de los mecanismos del Estado de derecho. Esto, no solo porque tales mecanismos son inexistentes o inoperantes, sino porque el abuso de la autoridad y la violencia pueden alcanzar extremos que hacen surgir en la conciencia de la población que se trata de actos (u omisiones) intolerables y, sobre

³⁰ La definición es también aplicable a los conflictos armados seguidos de procesos de construcción de paz, pero la complejidad del desarrollo del tema en ese contexto nos obliga a mantenernos en esta simple mención.

³¹ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», en Xavier Philippe y Natasa Danelciuc-Colodrovschi (dirs.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit ?* Institut Universitaire Varenne, Col. Transition & Justice, p. 17.

³² *Ídem*.

³³ *Ibidem*, p. 16.

todo, inatacables por medios distintos a los de la violencia -lo cual no necesariamente la legitima³⁴.

Por lo expresado, la *ruptura* puede ella misma ser o no violenta. A fin de cuentas, la violencia que da origen al conflicto puede haberse manifestado externamente o puede tratarse de una violencia latente; puede haber quedado en el pasado o bien mantenerse en el presente³⁵. Las *rupturas* violentas son las más fáciles de caracterizar; no así las no violentas, que son lamentablemente excepcionales.

La ruptura es violenta cuando es producto de un enfrentamiento entre *bandos* que pretenden, uno, mantenerse en el ejercicio del poder arbitrariamente y, el otro, asumir el poder mediante el uso de la fuerza física. Esa forma de ruptura ocurre, por ejemplo, cuando se produce un golpe de Estado. También se presenta como la capitulación de una de las partes en conflicto o de un armisticio, es decir, paradójicamente, cuando deriva de un *acuerdo de paz*. Un ejemplo de ruptura *violenta* es el golpe cívico militar que se produjo en Venezuela el 23 de enero de 1958 y que motivó la huida del dictador Marcos Pérez Jiménez y el cambio de gobierno y de régimen; otro está en los acuerdos que permitieron la negociación de la paz en El Salvador, después de una cruenta guerra civil que duró más de diez años.

La ruptura no será violenta si el régimen *autoritario* se retira o si *acuerda* la transición constitucional con sus opositores políticos, sin que medie *violencia* en el momento de la ruptura; es decir, si la resistencia contra la opresión es en ese momento *pacífica*. También se han producido rupturas pacíficas en virtud de un proceso electoral, lo cual es en extremo excepcional y, en la misma proporción, conveniente. Un ejemplo de ruptura pacífica es la transición española luego de la muerte

³⁴ En este estado, habría que distinguir dos formas o tipos *genéricos* de deconstitución. La que se produce en tiempo de *calma* y la que se produce en un marco de opresión del cuerpo social. En el primer caso, lo que normalmente se postula es que el acto de deconstitución sea el producto de un referendo (Oliver Beaud, ob. cit., pp. 267-290). Formalmente, es lo que ocurrió en Venezuela en 1999 con la Constitución de 1961, mediante el referendo que sirvió para convocar la asamblea nacional constituyente. En el segundo es probable que, dependiendo de las circunstancias, esa no sea una posibilidad real; quizás ni siquiera sea plausible proceder de esa manera. Es una situación en la que el poder constituyente -o deconstituyente- se ejerce tal como lo permita el *estado de necesidad*.

³⁵ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.*, p. 17.

de Franco³⁶; otro, la chilena, sujeta a un referendo convocado por Pinochet. Un ejemplo de ruptura electoral hubiera podido ser el de Myanmar en 2015, pero no se produjeron los necesarios (y esperados) cambios constitucionales ofrecidos por la Liga Nacional Democrática; lo es el de Polonia, cuando entre 1988 y 1989, gobierno y oposición se sentaron a discutir las condiciones para una subsiguiente elección parlamentaria, que estuvo luego marcada por el triunfo abrumador de Solidaridad y el consecuente cambio de régimen.

Ese momento de *ruptura* es lo que Kelsen llamó “revolución”, es decir “toda modificación de la Constitución o todo cambio o sustitución de la Constitución que no son legítimas, es decir, que no operan de conformidad con las disposiciones de la Constitución en vigor”³⁷, sin importar que se trate de un golpe de Estado producto de un alzamiento violento de la población contra la autoridad, de un movimiento pacífico de masas o de la acción de uno o varios individuos detentadores en ese momento del poder. La ruptura, en efecto, requiere de ordinario de un acto *extraconstitucional* para materializarse, precisamente porque se trata de una situación *anormal*.

Para el momento en que se escriben estas líneas, en Venezuela se produce desde la extraconstitucionalidad un (nuevo) ejercicio de deconstitución, cuyo punto de ruptura podría verse en el memorando de entendimiento suscrito en la Ciudad de México el 13 de agosto de 2021 entre, por una parte, el denominado en el documento Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y; por la otra, la Plataforma Unitaria de Venezuela.

En efecto, aunque las partes fueron muy *cautas* o, si se quiere, *reservadas* en cuanto a la motivación del memorando, es bastante elocuente el fundamento de la decisión de instaurar “*un proceso de diálogo y negociación integral e incremental basados en una agenda, formato y pautas*” con el objetivo de llegar a un acuerdo “*para establecer*

³⁶ Que la “ruptura” en España haya sido pacífica, no quiere decir que el resto del proceso transitorio lo haya sido, como puede leerse en Jean-Pierre Massias, “Les incidences du processus de pacification sur l’écriture constitutionnelle”, en *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, loc. cit., pp. 29-33.

³⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Col. La Pensée Juridique, Bruylant-LGDJ, París, 1999 (reimp. 1962), p. 209.

reglas claras de convivencia política y social, con respeto absoluto a la Constitución Nacional”, especialmente cuando se “[reconoce] la necesidad de construir una visión de un futuro conjunto para todas las venezolanas y todos los venezolanos”.

De lo expresado resulta, en primer lugar, que las partes reconocen que no hay en Venezuela visión de un futuro conjunto para todos los venezolanos; a lo cual se suma la ausencia de reglas claras de convivencia política y social, a pesar de la *constitución* bajo cuyo manto pretende cobijarse el proceso de diálogo y negociación.

Más allá, desde la motivación del memorando de entendimiento pueden identificarse los dos grandes pilares del proceso: el quebrantamiento de los principios fundamentales de un Estado democrático de derecho y; el sufrimiento del *pueblo* venezolano en virtud del descalabro de la economía -lo cual, huelga decir, es consecuencia de lo anterior.

En efecto, en esa motivación se apela a los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado venezolano y de su actuación (la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político); a la necesidad de fortalecer una democracia inclusiva y una cultura de tolerancia y convivencia política; en concreto, se manifiesta la disposición acordar las condiciones necesarias para que se lleven a cabo los procesos electorales consagrados en la *constitución*, con todas las garantías y; se rechaza cualquier forma de violencia política en contra de Venezuela, su Estado, al tiempo que se subraya la importancia de promover una cultura de respeto a los derechos humanos y de investigar y sancionar su violación sus instituciones.

Por otro lado, se expresa la necesidad de poner el bienestar del pueblo venezolano en el centro de la atención, para lo cual se apela a la estabilización y defensa de la economía nacional, productiva, diversificada y solidaria; no sin señalar la necesidad de que sean levantadas las sanciones contra el Estado venezolano, tras reivindicar como derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional. También se “saludan” las iniciativas humanitarias tomadas, particularmente la Mesa Nacional de Vacunación y el Programa Mundial de Alimentos.

Las partes en conflicto, de esa manera, aceptaron sentarse como iguales en una mesa de diálogo y negociación, reconociendo que el Estado y la sociedad venezolana deben abandonar el sistema normativo que, a su vez, sustenta el régimen político actual, en tanto que, además de que no asegura la visión de un futuro conjunto para todos los venezolanos, es insuficiente -por decir lo menos- para regular de manera eficiente la convivencia política y social.

En todo caso, la agenda contenida en el memorando de entendimiento permite inferir la intención de construir una *transición*, proceso fundamental para evitar la reversión de la ruptura.

En el marco de la garantía popular de la constitución, la llamada *transición constitucional* funge como instrumento de contención, en la medida en que “[u]na situación de transición supone una crisis anterior, más o menos violenta, de la cual el Estado en que se ha desarrollado trata de salir y donde el derecho está llamado a jugar un papel reconstitutivo”³⁸.

En ese sentido, partiendo de la idea de *ruptura*, hay que subrayar que, en el ámbito constitucional el tiempo no se interrumpe; por el contrario, el principio de la continuidad estatal obliga a preservar la continuidad de las instituciones. Por ello, corresponde al derecho constitucional crear, determinar, definir, poderes provisionales o temporales. En esos casos se habla de “tiempo intermedio”³⁹, el cual es especialmente característico del *interregno* que opera cuando hay un cambio de régimen, cuando se pasa de un *orden constitucional* a otro; siendo que el carácter pacífico de ese pasaje dependerá, precisamente, del nuevo orden constitucional⁴⁰.

Las transiciones, naturalmente, dependen de un contexto que, por definición es único; sin embargo, puede hablarse de tres características típicas de las transiciones políticas y jurídicas: la anormalidad, la temporalidad y *la ruptura*⁴¹.

³⁸ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.* pp. 15-16.

³⁹ Marc Verdussen, “Préface” de *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit ?*, *loc. cit.*, p. 13.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁴¹ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.*, p. 16.

La *ruptura*, como ya se explicó, es el proceso inicial e indispensable para que se produzca y se inicie la transición. Tras eso, quedan como características de la transición la anormalidad y la temporalidad, entendiéndose que la transición no es -ni está supuesta a ser- el régimen a cuyo efecto se ha producido la ruptura ya descrita, sino el *encadenamiento* entre el régimen anterior y el que está por venir: no se trata de crear algo duradero, sino de manejar una situación de *anormalidad* para pasar de un estadio a otro.

Precisamente por lo anterior, la transición es por definición *temporal*; tiene un comienzo y un fin; está supuesta a durar solo lo que sea necesario para que la sociedad de que se trate pueda efectivamente (re) establecer las bases de un Estado (democrático) de derecho. Es un tiempo en el cual se generan respuestas excepcionales, cuya provisionalidad condiciona esas respuestas, que tienden únicamente “a gestionar de la mejor manera posible una situación de anormalidad para pasar de un estado a otro”⁴². A fin de cuentas, “[l]a transición constitucional es una forma de democracia imperfecta que hay que saber aceptar y mirar como tal”⁴³.

Para que una transición sea *exitosa*, es decir, para que realmente sirva como paso de una sociedad *violenta* a un Estado democrático de derecho, es necesario tomar consideración un sinnúmero de factores jurídicos, políticos, sociológicos, históricos, geográficos, económicos, etc. Sin embargo, habría que tener en cuenta dos grupos de elementos, sin lo cual el fracaso está garantizado. El primero es el grado de violencia y; el segundo, las fuerzas en presencia en la transición.

Con relación a la *violencia*, sabiendo que esta puede ser pre-transicional, estrictamente transicional y post-transicional, es indispensable conocer las circunstancias para hacerla cesar o evitarla, pues se trata de “*signos de disfuncionamiento transicionales, susceptibles de dañar la coherencia misma del proceso de democratización*”⁴⁴. En efecto, partiendo del principio de que la violencia es la antítesis del Estado de derecho, durante la transición debe hacérsela cesar y desaparecer, para luego reemplazarla por unas nuevas reglas del juego mediante

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ Jean-Pierre Massias, ob. cit., pp. 28-29.

normas⁴⁵. Por ello, su apreciación es tan compleja como fundamental, pues de ello dependerán las respuestas que se definan para ponerle remedio.

En cuanto a las *fuerzas en presencia en la transición*, se hace indispensable determinar quiénes son (o serán) sus protagonistas y las relaciones entre ellos, sin lo cual, con certeza, la misma será un fracaso. En ese sentido, habría que concordar en que no es lo mismo un escenario donde haya vencedores y vencidos, que uno donde no los haya. En la misma medida, no es igual un grupo de vencedores que actúa como bloque, que uno caracterizado por luchas internas, sobre todo ante un grupo de vencidos que sigue teniendo *influencia* en la población de que se trate. Seguidamente se trae una cita larga del Prof. Xavier Philippe, que parece inevitable:

“Las situaciones más complejas no son necesariamente las más difíciles de resolver e, inversamente, las situaciones en apariencia simples pueden revelar líneas insospechadas de desacuerdo. El primer caso es aquel en que los vencidos están aún allí. La cultura del compromiso es entonces inevitable. Esto se resentirá en la transición, pues tratará de construirse un sistema donde habrá que ponerse de acuerdo con el conjunto de participantes, aunque la transición querrá, por definición, desmarcarse del antiguo régimen. Esta situación impone la búsqueda de un consenso que constituirá la clave de una transición exitosa. Paradójicamente, esa no es siempre la situación más complicada a pesar de la presencia de antiguos adversarios, pues las líneas están mejor marcadas entre los vencidos que están aún allí y los vencedores que saben que disponen de un ascendiente sobre sus oponentes pero que deben trabajar con esa necesidad de consenso. En el segundo caso, los vencidos han desaparecido, han huido o han sido eliminados de la escena política sin esperanza de retornar. La transición tiene entonces lugar solo con los vencedores. Estos últimos tienen el campo libre para organizar la transición, pero su margen de maniobra no está necesariamente completo en la medida en que el éxito va a depender ampliamente de su capacidad de mantener la unión. El conflicto o la crisis que ha precedido a la transición con frecuencia

⁴⁵ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.*, p. 17.

ha dado nacimiento a una coalición de circunstancias para luchar contra el antiguo régimen político. Si esa lucha ha podido constituirse como cimiento de la unidad durante un período determinado, la transición ofrece al juego político la ocasión de retomar los propios derechos y los aliados de ayer se convierten en los adversarios de hoy o por lo menos partidos que se oponen. La situación es entonces menos confortable que la evocada anteriormente, pues las transiciones necesitan inevitablemente acuerdos y bases comunes. Si los vencedores se oponen y se desgarran, es posible que la necesidad de consenso evocada antes para que la transición sea exitosa se transforme en un fracaso. Es necesario entonces identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre los protagonistas para que la transición pueda convertirse en una realidad viable. Ese contrato de confianza no es sino la traducción de la exigencia de reglas jurídicas que serán la fuente de la transición”⁴⁶.

Allí no hay referencia al supuesto donde no hay vencedores ni vencidos, pero es en ese caso donde se hace evidente esta frase fundamental del texto citado: “*las transiciones necesitan inevitablemente acuerdos y bases comunes*”. Es entonces cuando, con mayor razón, primero dentro de cada grupo y luego entre esos grupos, es indispensable “*identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre [ellos] para que la transición pueda convertirse en una realidad viable*”. Sin ese acuerdo, no hay ni puede haber transición⁴⁷. Lo ideal, como lo observó Pedro Nikken con relación a los casos de El Salvador y Guatemala, es que enemigos se levanten de la mesa de negociación “*como aliados en un proyecto nacional de dimensión histórica, determinado no por el mero silencio de las armas, sino por una profunda transformación institucional. Una revolución negociada*”⁴⁸.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁷ Pedro Nikken describe muy bien dos casos de transición en los que no hubo vencedores ni vencidos. El Salvador y Guatemala. Ver especialmente *Las Naciones Unidas y los derechos humanos en la construcción de la paz. Lecciones de América Central* (Trabajo de incorporación), Serie Estudios N° 54, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 43-62.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 258.

Lo expresado parece alimentar el memorando de entendimiento que da sustento al proceso de diálogo y negociación *de México*, en tanto y en cuanto, entre otras cosas, se señala la violencia como problema y, además, determinados al menos *a priori* los actores de la transición, no solo el mismo lo es, sino que persigue que estos alcancen una regla de juego común que sirva como contrato de confianza entre ellos.

Con relación a la *violencia*, en primer término se afirma que las partes rechazan “cualquier forma de violencia política en contra de Venezuela, su Estado y sus instituciones”; para luego afirmar, en el punto 5 de la agenda, la necesidad de llegar a acuerdos que permitan a los venezolanos una convivencia política y social. Más concretamente, en el mismo punto se expresan como temas a ser discutidos la renuncia a la violencia y la reparación de las víctimas de la violencia.

Es claro, entonces, que las partes tienen conciencia de la necesidad de acordar en qué consiste o ha consistido la *violencia* que justifica el proceso de diálogo y negociación, así como la necesidad de conocer las circunstancias concretas para hacerla cesar o evitarla, comprometiéndose a renunciar a ella y, también, a establecer mecanismos de reparación para las víctimas.

En cuanto se refiere a las *fuerzas en presencia en la transición*, aparece claro que quienes se tienen como protagonistas son, por una parte, el así denominado Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y; por la otra, la Plataforma Unitaria de Venezuela. Aunque ninguna asume el papel de vencedor o vencido, lo que abona a la necesidad del acuerdo, existe el problema de que, en ambos casos, encontramos que no existe una clara definición de los actores, pues los dos terminan representando coaliciones de grupos dispares. Sin embargo, del texto del memorando de entendimiento trasluce que las partes aceptan que no son los únicos actores de la transición, desde que en el punto 4 de los términos generales se expresa que deben establecerse mecanismos de participación, en el proceso, de “otros actores políticos y sociales”.

Vemos así que en la elaboración del memorando se tomaron en cuenta, al menos, los dos elementos fundamentales, sin los cuales el fracaso del proceso de diálogo y negociación estaría garantizado. Falta que las partes sean capaces de alcanzar acuerdos y bases comunes; de

identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre ellas para que la transición sea viable.

Para terminar, solo recordar que la transición constitucional funge como instrumento de contención tras una situación de ruptura, para dar paso al fin de la garantía popular de la constitución, que es la *reconstitución*.

La *reconstitución* es el fin -el objetivo- de la garantía popular de la constitución, en el entendido de que se trata de un paso indispensable para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho⁴⁹. Esa consolidación supone que la democracia -y el Estado de derecho- alcancen “un estado de firmeza y solidez que le[s] permita funcionar sin verse amenazad[os] por los peligros de una involución autocrática”⁵⁰; proponiéndose dos criterios complementarios para determinar en qué consiste esa *consolidación*: 1) “*el grado de consenso social en torno a las reglas, procedimientos e instituciones democráticas, y su aceptación, tanto por parte de la mayoría del pueblo, como por las principales fuerzas políticas y sociales*” y; 2) “*los resultados que cabe esperar del funcionamiento de las reglas e instituciones democráticas, [entendiéndose que] una democracia consolidada es aquella que se caracteriza por una ampliación de la participación política y por su extensión la esfera económica y social*”⁵¹.

Existe, pues, una diferencia entre la *transición*, sobre la cual ya se habló, que puede operar mediante las formas constitucionales en vigor hasta el momento de la *ruptura* -o no-, y la *consolidación*, que es su punto de llegada⁵². Y, como el problema central consiste en “asegurar la leal y sincera aceptación de unas *reglas del juego* y de un conjunto de arreglos institucionales, por parte de actores que eventualmente pueden

⁴⁹ Como lo subrayó Carlos Floria en 1990, “[p]orque al cabo vale la pena para nuestro tiempo la advertencia dramática que Alfred de Musset sugería aproximadamente así: en tiempos de crisis, cuando se camina, hay que saber si se pisa una semilla o un despojo. / La consolidación democrática sucede cuando se sabe la diferencia”. Carlos Floria, “La turbulenta transición de la Argentina secreta”, en *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, loc. cit., p. 81.

⁵⁰ Juan Carlos Rey, *op.cit.*, pp. 342-343.

⁵¹ Juan Carlos Rey, *ob. cit.*, p. 343.

⁵² Carlos Floria, *ob. cit.*, p.46.

sentirse perjudicados por el funcionamiento o aplicación de tales reglas y arreglos”⁵³, es que se habla de *reconstitución* a partir de la negociación y conclusión de un nuevo pacto social.

En efecto, para que tenga posibilidades de alcanzar su objetivo, ese pacto social tiene que derivar del “consenso de todas las fuerzas políticas y sociales, es decir, de una mayoría importante del cuerpo social, [pues] esa es la condición esencial de una evolución política hacia la democracia y una constitución estable”⁵⁴.

En ese sentido, existe una racionalidad “democratizante” universal que, con respecto a la redacción de una nueva constitución, reposa sobre dos principios: 1) la asociación de todos los factores socialmente *significativos*, tanto al proceso de elaboración del texto, como a la adopción de la nueva constitución y; 2) “hacer del texto adoptado la expresión de un compromiso amplio y asumido”⁵⁵.

El memorando de entendimiento suscrito el 13 de agosto de 2021 en la Ciudad de México asoma la reconstitución como punto final del proceso de diálogo y negociación fundado en el mismo.

En efecto, como ya se vio, el objetivo del proceso de diálogo y negociación es llegar a un acuerdo para *establecer reglas claras de convivencia política y social*. Ese acuerdo no puede ser sino una nueva *constitución*, no necesariamente en el sentido elemental normativista, sino especialmente en el sentido esencial del término: que se aseguren la separación de poderes y la garantía de los derechos humanos.

⁵³ Juan Carlos Rey, ob. cit. p. 343.

⁵⁴ Fabrice Hourquebie, “La construction de l’avenir : données contextuelles et cahier de charges constitutionnel”, en *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles*, loc. cit., pp. 47-48.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 27-28. Manifiesta el autor que esa lógica de democratización puede ser alterada por el ambiente en el cual se desarrolla el proceso constituyente de reconstitución. En concreto, se refiere a los efectos negativos que puede tener el contexto global (económico, político o social) sobre la redacción de la constitución, el cual puede influir en los actores y; a la estrategia específica de ciertos actores, para quienes la transición democrática es más un asunto personal que axiológico, por lo que convierten la redacción y adopción de la nueva constitución en una lucha por el poder y el texto constitucional en un instrumento de acaparamiento del poder, más que de democratización (p. 28). Lamentablemente no tenemos el tiempo ni el espacio para desarrollar estos problemas, fundamentales, sin embargo, para la comprensión de los procesos transicionales.

Lo anterior es particularmente urgente, pues el Estado venezolano carece en la actualidad de una constitución escrita y rígida⁵⁶, no ya porque desde el momento mismo de su sanción esa *constitución* era jurídicamente inaplicable, sin contar las diversas modificaciones irregulares de las que ha sido objeto, incluyendo la enmienda constitucional del 15 de febrero de 2009; sino porque el Tribunal Supremo de Justicia ha invalidado la norma fundamental de esa *constitución* y su positivación. De hecho, hoy en día, es posible afirmar que Venezuela ni siquiera cuenta con una *constitución formal*, no solo como consecuencia del proceso de desmantelamiento que ha sufrido, sino en particular, luego de la convocatoria y posterior instalación de una asamblea nacional constituyente entre 2017 y 2020, que no tuvo ningún sustento en la realidad jurídica o política; que, sistemáticamente intervino el ordenamiento jurídico sin base en la supuesta *constitución formal*⁵⁷ y; que no produjo una nueva *constitución*, aunque sí una serie de actos normativos contrarios a la supuestamente vigente, además de otros actos jurídicos que denotan su carácter, siendo los más evidentes los relativos al levantamiento de la inmunidad parlamentaria de diputados de la Asamblea Nacional⁵⁸.

Para que esa *nueva constitución* alcance firmeza, se consolide, y la democracia funcione sin verse amenazada por los peligros de una involución autocrática, en conformidad con los criterios enunciados más arriba, las partes han entendido que esa constitución debe tener el mayor grado posible de consenso social, por lo que se prevé la creación de

⁵⁶ Claudia Nikken, *Sobre la invalidez de una constitución*, in “El Derecho Público a Comienzo del Siglo XXI – Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías”, T. I, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pp. 206-218. C. Nikken, *Constitución y “bloque de la constitucionalidad”*, in “El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público – 1980 – 2005”, EJV, Caracas, 2006, pp. 69-87. Claudia Nikken, *Los consejos comunales, las comunas y la descentralización político – territorial*, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, No. 149 (2010) pp. 333-362. Claudia Nikken, “*La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos*”, in *Leyes Orgánicas del Poder Popular y el Estado Comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunista)*, Col. Textos Legislativos N° 47, EJV, Caracas 2011, pp. 187-188.

⁵⁷ Sobre esto, ver A. Brewer-Carías y C. García Soto (coord.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Temis – Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá – Caracas, 2017.

⁵⁸ Ver CIDEP, *Reporte – “Asamblea Nacional Constituyente de 2017”*, en <https://www.cidep.online/reportes/>

mecanismos que aseguren la participación en el proceso de diálogo y negociación de otros actores políticos y sociales (punto 4 de los términos generales). Además, se da especial importancia a la ampliación de la participación política, al incluir en la agenda los problemas relacionados con los derechos políticos y garantías electorales o la convivencia política y social en el país y; además, -y especialmente- se expresa la necesidad de proteger la economía nacional y de tomar medidas de protección social para el pueblo venezolano.

Parece existir, entonces, la racionalidad “democratizante” universal aludida antes, que supone que la redacción de la nueva constitución repose, primero, en la asociación de todos los factores socialmente *significativos* al proceso de elaboración del texto y a la adopción de la nueva constitución y; en segundo lugar, que se haga del texto adoptado la expresión de un compromiso amplio y asumido. Es la mejor manera de que los venezolanos tengamos la visión de un futuro conjunto.

No hay que perder de vista, en todo caso, que la fortaleza del nuevo *pacto social*, de la *constitución* que dimana del mismo y, a fin de cuentas, de la democracia y el Estado de derecho de cuya consolidación se trata, procede “de la experiencia de una sociedad nacional que ha comprendido (...) que la consolidación de un régimen político legítimo, democrático pluralista es una exigencia ética social y no solo una preocupación académica”⁵⁹. De ahí la importancia de la legitimación del proceso.

Para terminar este punto, solo habría que señalar que, aunque la legitimidad de la “nueva” constitución sea incontestable, en el marco de un proceso de transición, su puesta vigor muy probablemente encontrará resistencias, incluso insalvables, si no se atienden las causas y las consecuencias de la opresión del cuerpo social que le ha dado lugar. De ahí que la justicia transicional funja como *salvaguardia* del nuevo pacto social.

Después de un proceso de *opresión del cuerpo social* en virtud del cual hubo de articularse la garantía popular de la constitución para negociar y concluir *un nuevo pacto social*, es imprescindible asegurar la

⁵⁹ Carlos Floria, ob. cit., p. 80.

vigencia *formal y material* de ese pacto y, sobre todo, su supervivencia en el tiempo. Es por ello -o para ello- que aparece lo que desde hace algunas décadas se califica como “justicia transicional”⁶⁰.

De acuerdo con la definición que ofrece el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés), la justicia transicional “alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada”; “emana de la rendición de cuentas y de la reparación para las víctimas. Reconoce su dignidad como ciudadanos y como seres humanos”⁶¹.

Esa justicia transicional “*se construye con los procesos judiciales, purgas y reparaciones que tienen lugar después de la transición de un régimen a otro*”⁶². Por eso, supone la toma de ciertas decisiones cuyo objeto es, en definitiva, determinar, por una parte, a quién juzgar, sancionar y compensar y, por la otra, cómo juzgar, compensar y sancionar; pues con la transición, aparece el elemento *responsabilidad*, que es precisamente lo que nos vincula con la justicia transicional, si por “justicia” se entiende “*reconocer el amplio espectro del daño y la degradación, la necesidad de rectificación y las diferentes maneras en que esa necesidad puede encontrar una expresión*”⁶³.

⁶⁰ Este, en concreto, es un asunto complejísimo que amerita un trabajo autónomo. Solo por citar una obra de referencia para el análisis, es interesante la editada por Juan E. Méndez, Martín Abregú y Javier Mariezcurrena, *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, IIDH – CELS, San José, 2001. Pasados veinte años desde su publicación, es posible mirar los (d)efectos de lo que hoy llamamos “justicia transicional” en espacios como el argentino, el chileno, Centroamérica y Suráfrica. También el papel de la justicia internacional en la estabilización de los regímenes democráticos.

⁶¹ ICTJ, *¿Qué es la justicia transicional?*, en <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. Vale la pena, a este respecto, ver la Conferencia “Justicia Transicional” dictada por Pedro Nikken en el XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “*Justicia Accesible, Eficaz, Reparadora y Diferencial: Hacia la Plena Garantía de los Derechos Humanos*” (22/08 al 01/09 2016), en <https://www.youtube.com/watch?v=jpGMngz2i4A>

⁶² Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 1.

⁶³ Chrisje Brants, “Introduction” de Chrisje Brants, Antoine Hol y Dina Siegel (ed.), *Transitional Justice. Images and Memories*, Serie Advances in Criminology, Ashgate, Surrey – Burlington, 2013, p. 4.

Casi invariablemente las decisiones aludidas se desvían de los estándares de la justicia puramente jurídica⁶⁴. Son el resultado de la interacción, por una parte, de los procesos legales y administrativos puestos en marcha y de las fuerzas sociales más importantes y, por la otra, de una diversidad de restricciones y limitaciones⁶⁵, entre las que cuentan *las negociaciones que dan lugar al nuevo régimen*, la situación económica y, por último, algunos fines impuestos a la justicia transicional que hacen imposible satisfacer todos esos estándares al mismo tiempo⁶⁶. Adicionalmente, las decisiones en cuestión suelen estar moldeadas por emociones, positivas (la alegría desplegada luego de la liberación de Francia y otros países ocupados por la Alemania nazi o la caída del muro de Berlín) y negativas (venganza contra los líderes y agentes del régimen depuesto)⁶⁷.

En todo caso, la justicia transicional concierne tanto a la necesidad de *saldar cuentas* después de un conflicto violento y/o proceso represivo, como a la de poner término a los daños traumáticos causados a los individuos y a la sociedad, mediante la definición de “héroes y villanos”, “víctimas y perpetradores”⁶⁸. Sobre todo, *persigue poner fin a la cultura de impunidad*⁶⁹ y, en paralelo, *establecer la cultura de los derechos humanos* en un contexto democrático⁷⁰.

⁶⁴ Jon Elster, ob. cit., p. 129. Se señalan los siguientes ejemplos: detenciones ilegales, culpas colectivas, presunción de culpabilidad, escogencia selectiva de jurados y jueces, ausencia de procedimientos contradictorios, ausencia de recursos, selección arbitraria de indiciados, tribunales especiales, rebaja de la pena, legislación retroactiva, extender, eliminar o recortar los regímenes de prescripción y caducidad, el retardo judicial o la justicia sumaria (pp. 129-135).

⁶⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 216.

⁶⁸ Chrisje Brants, ob. cit., p. 1. Vale la pena traer a colación el estudio de Susanne Karstedt, “The Lives and Times of Sentenced Nazi War Criminals: Re-negotiating Guilt and Innocence in Post-Nuremberg Germany. 1950-1975”, en *Transitional Justice. Images and Memories*, loc. cit., pp. 33-50. El trabajo muestra cómo la sociedad alemana (occidental) de la posguerra -y la actual- prefirieron “cerrar libros”, dejar atrás el pasado, para seguir adelante y reconstruir su sociedad (ver especialmente pp. 38-41).

⁶⁹ “La impunidad implica no solo que los perpetradores han escapado al castigo por sus crímenes, sino además que la responsabilidad compartida de reconocer y rectificar el daño causado por ellos también ha quedado sin efecto a nivel nacional e internacional” (C. Brants, ob. cit., p. 4).

⁷⁰ Pádraig McAuliffe, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A contentious relationship*, Routledge, Londres – Nueva York, 2015, p. 89

Es de reiterar que la justicia transicional no es cualquier justicia ni se refiere a cualquier transición. La transición que la precede debe suponer el paso de un gobierno autoritario a uno democrático (o de un proceso de paz) y, en ese marco, la *justicia* a ser impartida debe serlo con la intención de que, como insistimos en subrayar, ese régimen democrático se rija por los principios del Estado de derecho⁷¹.

Lo expresado trasciende directamente sobre la *justicia*, que por eso se llama *transicional*: por un lado, existe la creencia de que el establecimiento de la responsabilidad de los *perpetradores* automáticamente contribuye a construir el Estado de derecho; pero, por el otro, de manera contradictoria, se presume que la judicialización de la política en que traduce habitualmente la justicia transicional conduce automáticamente a la construcción de un Estado de derecho sustentable⁷².

En todo caso, “[e]l resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales”⁷³, indispensables, en el fondo, para el *nuevo régimen democrático* que ha decidido confrontar el pasado -porque siempre puede decidir o hacer lo contrario-, escogiendo “*entre la justicia y la verdad*”⁷⁴.

Si se escoge la *justicia*, el nuevo régimen tendría que adoptar seis tipos de decisiones sustancialmente políticas⁷⁵: *i*) qué y quién debe contar como daño y como perpetrador; *ii*) cómo tratar a los perpetradores; *iii*) aunque los funcionarios -incluidos los militares- no sean juzgados, el nuevo régimen podría decidir “sancionarlos”, sustituyéndolos en sus cargos, por ejemplo; *iv*) las medidas concretas aplicadas contra los perpetradores; *v*) a los efectos de la compensación, hay que decidir, primero, qué tipo de sufrimientos constituyen víctimas: sufrimientos materiales (referidos a la propiedad), personales (violación de los derechos humanos) o intangibles (pérdida de oportunidades, por ejemplo);

⁷¹ De hecho, aunque como lo subraya Roldán Jimeno, “cabe retrotraer a diferentes períodos de la historia los mecanismos de la justicia transicional, como quedó probado en el estudio de Jon Elster, la mayor parte de los estudiosos suelen situar el punto de partida en el período posterior a la segunda Guerra Mundial, con los juicios de Nuremberg y Tokio” (“Introducción” de Roldán Jimeno Aranguren (dir.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Arazandi, Cizur Menor, 2017, p. 17).

⁷² Pádraig McAuliffe, ob. cit., pp. 8-9.

⁷³ Jon Elster, ob. cit., p. 116.

⁷⁴ Jon Elster, ob. cit., pp. 116-117.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 118-128.

qué familiares y dependientes de las víctimas “primarias” se incluyen como “víctimas secundarias”; ¿desde qué momento se entiende que el régimen anterior tuvo víctimas?; vi) el último grupo de decisiones tiene que ver con el modo de reparación de las víctimas, siempre con relación al tipo de daño sufrido por ellas.

Hay que decir, por otra parte, que la *búsqueda de la verdad* no está divorciada de la justicia. De hecho, se dice que “las comisiones de la verdad y reconciliación como la establecida en Sudáfrica, incluso relacionadas con amnistías, pueden ser instrumentos poderosos para cambiar el clima de impunidad, en tanto que fuerzan a los perpetradores a expresar y reconocer públicamente su culpabilidad y remordimiento, en lugar de dejarlos en sus propios entornos”⁷⁶.

Más aún, como lo subraya Pedro Nikken con relación a los procesos de El Salvador y Guatemala, en ambos se expresaron las aspiraciones de verdad y justicia, en el entendido de que, “[s]olo cuando se hubiera descubierto la verdad y se hubiera puesto fin a la impunidad que cubrió la infinidad de crímenes cometidos, se estaría en condición de otorgar el perdón de los responsables y alcanzar una verdadera reconciliación”⁷⁷.

De hecho, pareciera que, en realidad, se trata de una especie de falso dilema, en tanto que, como advierte el mismo Nikken:

*“El derecho a la verdad es un derecho autónomo, que porta en sí mismo una virtualidad resarcitoria parcial, en cuanto pone fin al sufrimiento que, en especial para los familiares de las víctimas pero también para la sociedad entera, implica la incertidumbre sobre las circunstancias en que se ejecutaron graves violaciones a los derechos humanos y sobre la suerte de las víctimas”*⁷⁸.

En todo caso, para tratar de establecer o definir sus métodos, se hace necesario comenzar por entender su estructura, lo que pasaría por determinar cuál es el papel de la “justicia” en la justicia transicional⁷⁹.

⁷⁶ Susanne Karstedt, ob. cit., p. 48. Ver también Andrea Lillini, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa* (trad. Alexandra T. Marot Pollard), Berghahn Books, Nueva York – Oxford, pp. 95-151.

⁷⁷ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos ...*, cit., p. 134.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 135,

⁷⁹ Jon Elster, ob. cit., p. 79.

Hecho lo anterior, habría que distinguir los diferentes *niveles* de justicia transicional que pueden involucrar individuos, corporaciones, Estados o entidades supranacionales; las *categorías de agentes* involucrados en la justicia transicional; para, finalmente, tratar de identificar las decisiones esenciales que deben ser adoptadas por las nuevas autoridades en el ámbito de la justicia transicional⁸⁰.

Vale señalar que ninguno de los métodos aplicados, hasta hoy y como toda obra humana, es perfecto. Sin embargo, hay errores objetivamente previsibles, que deben evitarse para precaver el derrumbe del sistema. Lo que es claro es que acabar con la “cultura de la impunidad” requiere más que sentenciar a los perpetradores por los crímenes que hayan podido cometer. Incluye los esfuerzos para reeducar grupos de perpetradores sobre esos crímenes y también la reconstrucción de los estándares morales de la sociedad. Esto, evidentemente, supone retos enormes para sociedades que emergen de conflictos de larga duración⁸¹.

En ese sentido, la voz de las víctimas es decisiva y, por eso, debe ser escuchada: “[a]cabar con la impunidad únicamente en un tribunal no es suficiente, como tampoco lo es el castigo severo. En tanto que nunca podrá reflejar el crimen, el castigo debe reflejar los valores y los derechos humanos que fueron violados en primer lugar”⁸².

En todo caso, la realidad muestra que la *justicia transicional* no es solo una cuestión jurídica⁸³: lo legal compite con lo político y lo militar cuando los actores deciden lo que pasa a ser historia y cuál fue su papel en la misma; también compite con lo individual y lo social, con quienes quieren recordar y registrar su propia versión del pasado en memoriales, rituales, libros, películas y demás manifestaciones artísticas⁸⁴; por ello, sus métodos no necesariamente se compadecen con los del Estado de derecho.

Lo expresado es bastante, aunque no exhaustivo, para alimentar la conversación fundada en el memorando de entendimiento suscrito el 13 de agosto de 2021 en la Ciudad de México; recordando que en el

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ Susanne Karstedt, ob. cit., p. 34.

⁸² *Ídem*, p. 48.

⁸³ Christje Brants, ob. cit., p. 2.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 5.

punto 4 de la agenda contenida en el mismo se incluyeron los siguientes aspectos: *convivencia política y social, renuncia a la violencia, reparación de las víctimas de la violencia*; en el entendido, además, de que el proceso de diálogo y negociación toma a las partes “[c]onvencidas de la importancia de promover una cultura de respeto a los derechos humanos y de investigar y sancionar su violación”, como se expresa en la motivación.

A partir de lo dicho, en el marco del proceso de diálogo y negociación, las partes tienen la muy compleja tarea de enmarcar y desarrollar un sistema de justicia transicional que sirva como salvaguarda del proceso de reconstitución.

Lo relevante es que -parafraseando a Pedro Nikken- ese sistema permita que *enemigos* se conviertan en aliados en un proyecto nacional, determinado no por el mero cese de la violencia (o “silencio de las armas”), sino por una profunda transformación institucional, que requiere, entre otras, una reforma judicial para que la impunidad deje de ser la regla⁸⁵.

Cuando comencé a escribir estas líneas, se suponía que, al terminarlas, el proceso de diálogo y negociación *de México* estaría formalmente restablecido. Ahora espero que eso sea así para el momento de la publicación del texto. Si no fuera el caso, veremos si existe esa posibilidad o si habrá que iniciar, en algún momento, una nueva negociación que asegure la construcción de un puente hacia la democracia en Venezuela.

Dicho lo anterior, para cerrar, quiero dedicarle a Henrique las últimas palabras de este trabajo, que son de agradecimiento, entre tantas otras cosas, por su amistad, su confianza, por Claude Goyard, nuestro común profesor en París 2, quien en mis tiempos bajo su tutoría me dijo que solo yo había podido quitarle el “puesto” a Henrique como su mejor estudiante extranjero (aunque yo lo dudo).

Gracias Henrique. Siento mucho tu partida.

Caracas, 4 de noviembre de 2022.

⁸⁵ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos ...*, cit., p. 258.

ACUERDOS

**ORDEN ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES "JUAN GERMÁN ROSCIO"**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Considerando

Que de conformidad con el artículo 10 de la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 13 de agosto de 1924, la Academia tiene el deber de honrar la memoria de las personas prominentes que hayan prestado servicios notables en la creación y desenvolvimiento del derecho patrio o de las ciencias políticas y sociales en general.

Considerando

Que el doctor Juan Germán Roscio, como representante del pueblo en el Cabildo que se celebró en Caracas a raíz de los sucesos del 19 de abril de 1810, y posteriormente como Secretario de Relaciones Exteriores de la Junta Conservadora de los derechos de Fernando VII fue el principal redactor del Acta de Independencia del 05 de julio de 1811 para la constitución de la República de Venezuela.

Considerando

Que el doctor Juan Germán Roscio, como diputado electo por Villa de Calabozo en el Congreso Constituyente de Venezuela, fue redactor de la primera Constitución de Venezuela en 1811, cuyo principal propósito fue la independencia absoluta del país y la escogencia de la forma federativa para la organización del Estado en su constitución política.

Considerando

Que el doctor Juan Germán Roscio fue presidente del Congreso de Angostura, en el cual se sancionó la Constitución de 1819, vicepresidente del Departamento de Venezuela y vicepresidente de la Gran Colombia.

Considerando

Que el doctor Juan Germán Roscio fue un defensor de la libertad y de los valores e ideales republicanos de nuestro país consagrados, con su intervención decisiva, en los textos constitucionales de Venezuela de 1811 y 1819, entre los cuales resaltan: la soberanía, la independencia y la insubordinación contra la tiranía.

Considerando

Que el doctor Juan Germán Roscio fue un ilustre jurista y se desempeñó como profesor en la cátedra de instituta en la Universidad de Caracas.

ACUERDA

- 1º Crear la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio."

- 2° La Orden "Juan Germán Roscio" está destinada a honrar y premiar los méritos de las personas, venezolanas o extranjeras, que se destaquen de manera sobresaliente en el ejercicio profesional de las ciencias jurídicas, políticas y sociales, la docencia, la investigación o la vida cívica.
- 3° La Orden "Juan Germán Roscio" comprende una clase única. Se caracterizará por una medalla dorada de forma ovalada con la efigie del doctor Juan Germán Roscio, su nombre y la fecha de promulgación del Acuerdo a través de la cual se creó, junto con la inscripción: "Academia de Ciencias Políticas y Sociales". Asimismo, en el reverso tendrá el Escudo de Armas y la inscripción de la República Bolivariana de Venezuela. Dicha medalla penderá de una cinta roja, con una medida de ancho y largo suficientes para ser prendida al pecho y será entregada conjuntamente con su respectivo botón. La Orden "Juan Germán Roscio" deberá ir acompañada de un Diploma de la Orden en el que se especificará el motivo del otorgamiento y que contendrá las menciones que defina este Acuerdo.
- 4° El presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales podrá, cuando lo estime pertinente, proponer candidato para recibir la Orden "Juan Germán Roscio". La postulación deberá ser presentada ante el Consejo de la Orden a través de comunicación escrita suscrita por el Presidente, en la cual se expresará el nombre, apellido y residencia del candidato y la exposición de los motivos y razones de los méritos que justifican la postulación. La postulación deberá estar acompañada del curriculum vitae de la persona propuesta.
- 5° No podrán ser propuestos para recibir la "Orden" los Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- 6° El Consejo de la Orden "Juan Germán Roscio" estará integrado por todos los ex presidentes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Secretario de la Corporación, quien actuará como Secretario del Consejo y coordinará sus actividades.

- 7° Son atribuciones del Consejo de la Orden:
1. Recibir la propuesta presentada por el presidente de la Academia y analizar las credenciales y méritos del postulado.
 2. Elaborar un informe suficientemente motivado y razonado sobre los méritos del postulado, el cual debe ser remitido dentro de los quince días hábiles siguientes al Presidente de la Academia, quien, a su vez, lo presentará en la siguiente sesión ordinaria de la Academia, en la cual se tomará la decisión al respecto.
 3. Velar por el cumplimiento de este Acuerdo.
- 8° El Consejo de la Orden sesionará válidamente, previa convocatoria realizada por el Secretario de la Orden, con la presencia de una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros. Los miembros del Consejo de la Orden, a excepción de su Secretario, podrán hacerse presentes, deliberar y votar válidamente, a través de medios electrónicos. Las decisiones del Consejo de la Orden se tomarán por unanimidad.
- 9° En la sesión ordinaria en la cual se fuere a discutir el otorgamiento de la Orden, el Presidente informará sobre la propuesta realizada y expondrá los motivos y méritos del postulado para recibir la Orden "Juan Germán Roscio. Luego, el Secretario procederá a leer el informe elaborado por el Consejo de la Orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de este Acuerdo y, finalmente, se procederá a la votación.
- 10° Una vez escogida la persona que haya de recibir la Orden "Juan Germán Roscio", se le hará la correspondiente participación por escrito y se le convocará a la sesión solemne especialmente convocada para el otorgamiento de la medalla, el botón respectivo y el diploma de la Orden.
- 11° El Diploma de la Orden será firmado por el Presidente y el Secretario de la Academia y estará redactado en los siguientes términos:

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EXPIDE EL SIGUIENTE DIPLOMA
A

Como constancia de habersele conferido la
ORDEN JUAN GERMÁN ROSCIO

según Acuerdo de fecha ____ de _____ de ____.

Dado en Caracas, a los ____ días del mes de _____ de ____.

El Presidente

El Secretario

- 12° En cada número del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se publicará la nómina de las personas a quienes se les hubiere otorgado la Orden "Juan Germán Roscio".
- 13° Se acuerda divulgar el presente Acuerdo y entregar copia del mismo a los distinguidos académicos.

Dado en el Palacio de las Academias, a los veintiún (21) días del mes de enero de dos mil veinte (2020).

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario



NÓMINA DE LAS PERSONAS A QUIENES SE LES HA OTORGADO LA ORDEN “JUAN GERMÁN ROSCIO”

Su Excelencia
Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes
Secretario General de la OEA
Otorgada el 15 de diciembre de 2020

BOLETINES DIGITALES

BOLETÍN DIGITAL ACIENPOL JULIO 2022



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Boletín mensual N° 7 – JULIO 2022

AÑO
2022

Videoconferencia: Los 20 años de vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
 En honor a Alberto Arango Sáenz por el "Premio Alma Mater" de la Asociación de Egresados y Amigos de la UCV



<https://youtu.be/NVEQuUkUg>

Jornadas en Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza Acuña



<https://bit.ly/3S7HrTg>

Charla de la Dra. Marisol Peña Torres
 Tema: Consideraciones sobre la propuesta de la Constitución pública de la República de Chile 2022



<https://bit.ly/3Jxh6G6>

Avisos y Not@s

Aviso de silla vacante N° 2 por el lamentable fallecimiento del académico Dr. José Guillermo Andueza

Nota de duelo por el lamentable fallecimiento del Prof. Angel Cristóbal Montes

Nota de duelo por el lamentable fallecimiento del Dr. Nicolás Bianco Colmanares

Obr@s:




Coauspicios institucionales

- VIII Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje
18 y 19 de julio de 2022
- III Jornada Arbitr. Dominic. 30 y 31 de noviembre de 2022, tema: "Una cultura arbitral para Venezuela", en homenaje al académico Dr. Eugenio Hernández Bretón.

BOLETÍN DIGITAL ACIENPOL AGOSTO 2022

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Boletín mensual N° 8 – AGOSTO		AÑO 2022
<p>Aciempol y el CIDEP incorporaron novedades y han optimizado la recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela disponible en el sitio web del CIDEP como parte del convenio de cooperación celebrado entre ambas instituciones https://www.cidep.online/prensa/nota-69/</p>	<p>Presentación del Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz</p>  <p>Agente: Julio Rodríguez Benítez Interlocutores: Gustavo Urdaneta Troconis, Rafael Estévez Madrid, Jesús Caballero Ortiz Clausura: Cecilia Sosa Gómez</p> <p>VIDEO Martes: 02-08-2022 Hora: 12:30 AM VE Inscripciones en: https://eventos.aciempol.org</p> <p>Tomo I : https://bit.ly/3QJ83ip Tomo II : https://bit.ly/3PRAiRL</p> <p>www.aciempol.org.ve email : academia@aciempol.org.ve Instagram – Twitter – LinkedIn @aciempol</p>	<p>Not@s</p> <p>Nota de pesar por el sensible fallecimiento de la señora Carlota Leret O'Neill esposa de nuestro académico Dr. Héctor Faúndez Ledesma https://bit.ly/3zUCeE8</p> <p>Nota de pesar por el sensible fallecimiento del Dr. Luis Enrique Oberto González https://bit.ly/3Qc5T1M</p>
<p>Obra: La Constitución de 1999 Autor: Allan R. Brewer-Carías (Quinta Edición)</p>  <p>https://bit.ly/3Chm1UJ</p>	<p>Obra: Ideario Jurídico y Político Social Autor: Ramón J. Duque Corredor</p>  <p>https://bit.ly/3POJ6J4</p>	

BOLETÍN DIGITAL ACIENPOL SEPTIEMBRE 2022

	ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Boletín mensual N° 9 – SEPTIEMBRE	AÑO 2022
<p style="text-align: center;">ULPIANO</p> <p>Primera fuente de referencia sobre información jurídica de Venezuela. Un servicio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales</p> <p>https://www.derecho.com/ulpiano-primera-fuente-de-referencia-legal-de-venezuela-una-creacion-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/</p>	<p style="text-align: center;">Presentación de las obras: Boletín N° 167, en homenaje al Dr. Luis H. Fariás Mata, enero-marzo 2022 y La controversia del Esequibo</p> <div style="text-align: center;">  </div> <p style="text-align: center;">Se invita a la presentación de la obra:</p> <p style="text-align: center;">Apertura: Luciano López Barachi Presentación de las obras: Hector Fajardo Ledesma Rafael Estrella Madrid</p> <p style="text-align: center;">Sembranza de Luis Henrique Fariás Mata</p> <p style="text-align: center;">Clasificador: Cecilia Sosa Gómez</p> <p style="text-align: center;">Fecha: 20-09-2022 Hora: 11:00 AM VE</p> <p style="text-align: center;">Inscripciones en: https://twitter.com/aciempol</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="text-align: center;">  <p>Boletín 167 https://bit.ly/3sDccal</p> </div> <div style="text-align: center;">  <p>La controversia del Esequibo https://bit.ly/3E6JaKH</p> </div> </div>	<p style="text-align: center;">Not@s</p> <p>Aviso Oficial para llenar la vacante del Sillón N° 18, ocurrida por el fallecimiento del Dr. Henrique Inbarren Monteverde https://bit.ly/3S9Z41U</p> <p>La Promoción de Abogados de la Universidad Central de Venezuela – 1971 celebró en el salón de sesiones de Aciempol el Acto en conmemoración del 50° aniversario de la Promoción de Abogados U.C.V.-1971 Orador de Orden Académico Dr. Gabriel Ruen Santos</p> <div style="text-align: center;">  </div> <p style="text-align: center;"> www.aciempol.org.ve email: boademiadecienciaspoliticas@aciempol.com Instagram – Twitter – LinkedIn @aciempol </p>
<p>Obra: El reconocimiento del gobierno Venezolano en el rincón jurisdiccional Internacional (2019-2022) y sus consecuencias para la instauración de actos derivados de la corrupción transnacional Autor: María Gabriela Samiento</p> <div style="text-align: center;">  </div> <p style="text-align: center;">https://bit.ly/3KWhcE1</p>		

NÓMINAS

MIEMBROS FUNDADORES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N°

Sillón N°

- | | |
|---------------------------------------|-------------------------------------|
| 1. Dr. Alejandro Urbaneja | 16. Dr. Juvenal Anzola |
| 2. Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro | 17. Dr. José Loreto Arismendi |
| 3. Dr. Domingo Antonio Coronil | 18. Dr. Raúl Crespo Vivas |
| 4. Dr. Diego Bautista Urbaneja | 19. Dr. Pedro Miguel Reyes |
| 5. Dr. Pedro M. Brito González | 20. Dr. Arminio Borjas |
| 6. Dr. Francisco Gerardo Yanes | 21. Dr. Juan José Mendoza |
| 7. Dr. Alejandro Pietri hijo | 22. Dr. Jesús Rojas Fernández |
| 8. Dr. Carlos F. Grisanti | 23. Dr. José Gil Fortoul |
| 9. Dr. Juan Francisco Bustillos | 24. Dr. Guillermo Tell Villegas |
| 10. Dr. Cristóbal L. Mendoza | 25. Dr. Pedro Hermoso Tellería |
| 11. Dr. José Santiago Rodríguez | 26. Dr. Pedro Manuel Arcaya |
| 12. Dr. Esteban Gil Borges | 27. Dr. Pedro Itriago Chacín |
| 13. Dr. Carlos Jiménez Rebolledo | 28. Dr. Emilio Constantino Guerrero |
| 14. Dr. Manuel Alfredo Vargas | 29. Dr. Lorenzo Herrera Mendoza |
| 15. Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza | 30. Dr. Carlos Alberto Urbaneja |

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N° 1

Dr. Luis Ugalde, S.J.

Sillón N° 2

Dr. José Guillermo Andueza (+)

Sillón N° 3

Dr. Juan Carlos Pró-Rísquez

Sillón N° 4

Dr. José Muci-Abraham

Sillón N° 5

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Sillón N° 6

Prof. Luciano Lupini Bianchi

Sillón N° 7

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Sillón N° 8

Dr. Jesús María Casal

Sillón N° 9

Dr. León Henrique Cottin (e)

Sillón N° 10

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Sillón N° 11

Dr. Eugenio Hernández-Bretón

Sillón N° 12

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre

Sillón N° 13

Dr. Luis Cova Arria

Sillón N° 14

Dr. Humberto Romero-Muci

Sillón N° 15

Prof. Ramón Guillermo Aveledo

Sillón N° 16

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Sillón N° 17

Dr. Rafael Badell Madrid

Sillón N° 18

Prof. Henrique Iribarren Monteverde (+)

Sillón N° 19

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Sillón N° 20

Prof. Guillermo Gorrín Falcón

Sillón N° 21

Prof. Gerardo Fernández Villegas

Sillón N° 22

Dr. James-Otis Rodner

Sillón N° 23

Dr. Ramón Escovar León

Sillón N° 24

Dra. Cecilia Sosa Gómez

Sillón N° 25

Dr. Román José Duque Corredor

Sillón N° 26

Prof. Gabriel Ruan Santos

Sillón N° 27

Prof. José Antonio Muci Borjas

Sillón N° 28

Prof. Carlos Ayala Corao

Sillón N° 29

Dr. César Augusto Carballo Mena

Sillón N° 30

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Sillón N° 31

Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez

Sillón N° 32

Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia

Sillón N° 33

Dr. Alfredo Morles Hernández (+)

Sillón N° 34

Dr. Héctor Faúndez Ledesma

Sillón N° 35

Dr. Carlos Leañez Sievert

Dr. Luis Guillermo Govea U., h

Dr. Oscar Hernández Álvarez

Dr. Fortunato González Cruz

Dr. Luis Napoleón Goizueta H.

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES POR ORDEN DE SUCESIÓN

SILLÓN N° 1

Dr. Alejandro Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1944.

Dr. Alonso Calatrava

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1944. Se incorporó el 16 de noviembre de 1949. Murió el 9 de enero de 1966.

Dr. Efrain Schacht Aristeguieta

Electo en sesión ordinaria del 30 de marzo de 1966. Se incorporó el 24 de mayo de 1968. Murió el 6 de febrero de 2007.

Dr. Luis Ugalde, S.J.

Electo en sesión ordinaria del 7 de agosto de 2007. Se incorporó el 8 de julio de 2008.

SILLÓN N° 2

Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 5 de septiembre de 1932.

Dr. Tomás Liscano

Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 3 de julio de 1935. Murió el 10 de marzo de 1951.

Dr. Rafael Caldera

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951. Se incorporó el 6 de agosto de 1953. Murió el 24 de diciembre de 2009.

Dr. José Guillermo Andueza

Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 19 de junio de 2011. Murió el 25 de abril de 2022.

SILLÓN N° 3

Dr. Domingo Antonio Coronil

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 27 de marzo de 1925.

Dr. Pablo Godoy Fonseca

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 21 de febrero de 1937.

Dr. Carlos Morales

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1937. Se incorporó el 23 de enero de 1954. Murió el 11 de marzo de 1971.

Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco

Electo en sesión ordinaria de 15 de julio de 1971. Se incorporó el 27 de octubre de 1972. Murió el 9 de agosto de 1994.

Dr. Aristides Rengel Romberg

Electo en sesión ordinaria del 17 de enero de 1995. Se incorporó el 6 de junio de 1995. Murió el 22 de julio de 2019.

Dr. Juan Carlos Pró-Rísquez

Electo en sesión ordinaria del martes 6 de octubre de 2020. Se incorporó el 28 de junio de 2022.

SILLÓN N° 4

Dr. Diego Bautista Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1946.

Dr. Ángel Francisco Brice

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1946. Se incorporó el 27 de diciembre de 1946. Murió el 18 de junio de 1969.

Dr. René Lepervanche Parpacén

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1969. No se incorporó. Murió el 7 de diciembre de 1969.

Dr. José Muci-Abraham

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1970. Se incorporó el 22 de septiembre de 1971.

SILLÓN N° 5

Dr. Pedro M. Brito González

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 22 de julio de 1922.

Dr. Francisco Arroyo Parejo

Electo en sesión ordinaria de 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 4 de abril de 1950.

Dr. Arturo Uslar Pietri

Electo en sesión ordinaria del 16 de octubre de 1950. Se incorporó el 22 de septiembre de 1955. Murió el 26 de febrero de 2001.

Dra. Tatiana B. de Maekelt

Electa en sesión ordinaria del 19 de junio de 2001. Se incorporó el 18 de junio de 2002. Murió el 17 de agosto de 2009.

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 1° de diciembre de 2010.

SILLÓN N° 6

Dr. Francisco Gerardo Yanés

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1946.

Dr. Pablo Ruggieri Parra

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1947. Se incorporó el 11 de abril de 1957. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Luis Gerónimo Pietri

Electo en sesión ordinaria del 17 de junio de 1963. Se incorporó el 15 de noviembre de 1968. Murió el 4 de julio de 1969.

Dr. Julio Díez

Electo en sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1969. Se incorporó el 21 de abril de 1970. Murió el 30 de marzo de 1985.

Dr. José Mélich Orsini

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1985. Se incorporó el 15 de octubre de 1986. Murió el 13 de junio de 2011.

Prof. Luciano Lupini Bianchi

Electo en sesión de 1 de noviembre de 2011. Se incorporó el 15 de octubre de 2013.

SILLÓN N° 7

Dr. Alejandro Pietri, hijo

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 17 de septiembre de 1976.

Dr. Pedro José Lara Peña

Electo en sesión de 17 de enero de 1977. Se incorporó el 26 de julio de 1978. Murió el 21 de junio de 2001.

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Electo en sesión ordinaria de 6 de noviembre de 2001. Se incorporó el 8 de octubre de 2002.

SILLÓN N° 8

Dr. Carlos F. Grisanti

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 23 de mayo de 1938.

Dr. Carlos Sequera

Electo en sesión ordinaria del 15 de septiembre de 1938. No se incorporó. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Félix S. Angulo Ariza

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 15 de julio de 1971. Murió el 26 de diciembre de 1971.

Dr. Francisco López Herrera

Electo en sesión ordinaria del 17 de abril de 1972. Se incorporó el 4 de diciembre de 1974. Murió el 26 de agosto de 2015.

Dr. Jesús María Casal.

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 18 de julio de 2017.

SILLÓN N° 9

Dr. Juan Francisco Bustillos

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de noviembre de 1929.

Dr. José Ramón Ayala

Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 14 de diciembre de 1942. Murió el 9 de septiembre de 1966.

Dr. Tito Gutiérrez Alfaro

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1966. Se incorporó el 22 de diciembre de 1967. Murió el 29 de octubre de 1977.

Dr. Andrés Aguilar Mawdsley

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1978. Se incorporó el 29 de febrero de 1980. Murió el 24 de octubre de 1995.

Dr. Pedro Nikken

Electo en sesión ordinaria del 5 de marzo de 1996. Se incorporó el 18 de noviembre de 1997. Murió el 09 de diciembre de 2019.

Dr. León Henrique Cottin

Electo en sesión ordinaria del martes 6 de octubre de 2020.

SILLÓN N° 10

Dr. Cristóbal L. Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 26 de febrero de 1978.

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1978. Se incorporó el 3 de noviembre de 1978.

SILLÓN N° 11

Dr. José Santiago Rodríguez

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de mayo de 1945.

Dr. Rafael Caldera

Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1945, no ocupó este Sillón, sino el N° 2, por haberlo acordado así la Academia en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951.

Dr. Francisco Manuel Mármol

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1951. Se incorporó el 29 de noviembre de 1957. Murió el 25 de febrero de 1985.

Dr. José Santiago Núñez Aristimuño

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1985. Se incorporó el 29 de octubre de 1986. Murió el 21 de febrero de 2005.

Dr. Eugenio Hernández-Bretón

Electo en sesión ordinaria del 4 de octubre de 2005. Se incorporó el 15 de mayo de 2007.

SILLÓN N° 12

Dr. Esteban Gil Borges

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1942.

Dr. Néstor Luis Pérez

Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1942. Se incorporó el 15 de marzo de 1944. Murió el 5 de febrero de 1949.

Dr. Manuel Maldonado

Electo en sesión ordinaria del 30 de junio de 1949. Se incorporó el 23 de febrero de 1951. Murió el 14 de septiembre de 1966.

Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1967. Se incorporó el 7 de diciembre de 1972. Murió el 13 de octubre de 2015.

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 23 de marzo de 2017.

SILLÓN N° 13

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 11 de enero de 1951.

Dr. Silvestre Tovar Lange

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1951. No se incorporó. Murió el 5 de octubre de 1957.

Dr. Héctor Cuenca

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. No se incorporó. Murió el 14 de abril de 1961.

Dr. Ezequiel Monsalve Casado

Electo en sesión ordinaria del 17 de julio de 1961. Se incorporó el 9 de junio de 1965. Murió el 11 de septiembre de 1999.

Dr. Luis Cova Arria

Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 20 de junio de 2000.

SILLÓN N° 14

Dr. Manuel Alfredo Vargas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 21 de junio de 1936.

Dr. Félix Montes

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1936. No se incorporó. Murió el 26 de octubre de 1942.

Dr. Luis I. Bastidas

Electo en sesión ordinaria del 18 de enero de 1943. Se incorporó el 29 de abril de 1944. Murió el 3 de enero de 1950.

Dr. Pedro Pablo Guzmán, hijo

Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 30 de mayo de 1953. Murió el 24 de diciembre de 1981.

Dr. Isidro Morales Paúl

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1982. Se incorporó el 2 de agosto de 1982. Murió el 18 de junio de 2005.

Dr. Humberto Romero-Muci

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 2005. Se incorporó el 27 de junio de 2006.

SILLÓN N° 15

Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de abril de 1941.

Dr. Gustavo Herrera

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1941. No se incorporó. Murió el 1° de febrero de 1953.

Dr. Carlos Siso

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1953. No se incorporó. Murió el 9 de mayo de 1954.

Dr. Pascual Venegas Filardo

Electo en sesión ordinaria del 1° de julio de 1954. Se incorporó el 5 de marzo de 1969. Murió el 4 de junio de 2003.

Dr. Humberto Njaim

Electo en sesión ordinaria del 7 de octubre de 2003. Se incorporó el 29 de marzo de 2005. Murió el 5 de abril de 2018.

Prof. Ramón Guillermo Aveledo

Electo en sesión ordinaria el 17 de julio de 2018. Se incorporó el 6 de diciembre de 2018.

SILLÓN N° 16

Dr. Juvenal Anzola

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 14 de junio de 1928.

Dr. Cristóbal Benítez

Electo en sesión de 30 de septiembre de 1933. Se incorporó el 30 de diciembre de 1933. Murió el 31 de octubre de 1945.

Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl

Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1946. Se incorporó el 18 de septiembre de 1951. Murió el 1° de febrero de 1988.

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Electa en sesión ordinaria del 7 de junio de 1988. Se incorporó el 14 de marzo de 1989.

SILLÓN N° 17

Dr. José Loreto Arismendi

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 24 de mayo de 1925.

Dr. Juan B. Bance

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 15 de julio de 1965.

Dr. Jesús Leopoldo Sánchez

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1965. Se incorporó el 23 de octubre de 1971. Murió el 26 de marzo de 1991.

Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez

Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1991. Se incorporó el 22 de octubre de 1991. Murió el 13 de noviembre de 1996.

Dr. Gonzalo Pérez Luciani

Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 1997. Se incorporó el 1° de diciembre de 1998. Murió el 23 de marzo de 2013.

Dr. Rafael Badell Madrid

Electo en sesión ordinaria del 2 de julio de 2013. Se incorporó el 1° de julio de 2014.

SILLÓN N° 18

Dr. Raúl Crespo Vivas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 10 de abril de 1920.

Dr. Enrique Urdaneta Maya

Electo en sesión ordinaria de 31 de enero de 1921. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria de 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 19 de enero de 1928.

Dr. José Antonio Tagliaferro

Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. No se incorporó. Murió el 21 de enero de 1932.

Dr. Francisco Vetancourt Aristiguieta

Electo en sesión ordinaria de 16 de junio de 1932. Se incorporó el 15 de enero de 1935. Murió el 3 de diciembre de 1953.

Dr. José Loreto Arismendi, hijo

Electo en sesión ordinaria de 15 de marzo de 1954. Se incorporó el 28 de junio de 1954. Murió el 20 de diciembre de 1979.

Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1980. Se incorporó el 30 de abril de 1982. Murió el 20 de abril de 2011.

Prof. Henrique Iribarren Monteverde

Electo en sesión de 20 de septiembre de 2011. Se incorporó el 7 de mayo de 2013. Murió el 2 de mayo de 2022.

SILLÓN N° 19

Dr. Pedro Miguel Reyes

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 7 de junio de 1949.

Dr. Héctor Parra Márquez

Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 16 de enero de 1951. Murió el 24 de mayo de 1978.

Dr. Carlos Mendoza Goiticoa

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1978. No se incorporó. Murió el 15 de febrero de 1980.

Dr. Rafael Pizani

Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1980. Se incorporó el 15 de junio de 1982. Murió el 16 de diciembre de 1997.

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Electa en sesión ordinaria del 21 de abril de 1998. Se incorporó el 16 de marzo de 2000.

SILLÓN N° 20

Dr. Arminio Borjas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 2 de noviembre de 1942.

Dr. Edgar Sanabria

Electo en sesión ordinaria del 15 de febrero de 1943. Se incorporó el 31 de octubre de 1946. Murió el 24 de abril de 1989.

Dr. Enrique Tejera París

Electo en sesión ordinaria del 1° de agosto de 1989. Se incorporó el 21 de noviembre de 1989. Murió el 11 de noviembre de 2015.

Prof. Guillermo Gorrín Falcón

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 16 de octubre de 2018.

SILLÓN N° 21

Dr. Juan José Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 28 de abril de 1959.

Dr. René De Sola

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre 1959. Se incorporó el 27 de octubre de 1966. Murió el 19 de enero de 2018.

Prof. Gerardo Fernández Villegas

Electo en sesión ordinaria el 2 de octubre de 2018. Se incorporó el 2 de abril de 2019.

SILLÓN N° 22

Dr. Jesús Rojas Fernández

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de noviembre de 1927.

Don Rafael Martínez Mendoza

Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. Se incorporó el 15 de agosto de 1932. Murió el 6 de noviembre de 1961.

Dr. Víctor M. Álvarez

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1962. Se incorporó el 25 de noviembre de 1964. Murió el 15 de noviembre de 2000.

Dr. James-Otis Rodner

Electo en sesión ordinaria del 20 de febrero de 2001. Se incorporó el 4 de diciembre de 2001.

SILLÓN N° 23

Dr. José Gil Fortoul

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 15 de junio de 1943.

Dr. Juan Penzini Hernández

Electo en sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1943. Se incorporó el 23 de septiembre de 1950. Murió el 11 de julio de 1974.

Dr. Ramón Escovar Salom

Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1974. Se incorporó el 14 de junio de 1976. Murió el 9 de septiembre de 2008.

Dr. Ramón Escovar León

Electo en sesión ordinaria del 21 de abril de 2009. Se incorporó el 21 de julio de 2009.

SILLÓN N° 24

Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de junio de 1949.

Dr. Tulio Chiossone

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1951. Se incorporó el 7 de octubre de 1953. Murió el 26 de diciembre de 2001.

Prof. Jesús Ramón Quintero

Electo en sesión ordinaria del 7 de mayo de 2002. Se incorporó el 5 de mayo de 2003. Murió el 1° de febrero de 2016.

Dra. Cecilia Sosa Gómez

Electa en sesión ordinaria del 21 de junio de 2016. Se incorporó el 21 de noviembre de 2017.

SILLÓN N° 25

Dr. Pedro Hermoso Tellería

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 8 de octubre de 1935.

Dr. Julio Blanco Ustáriz

Electo en sesión ordinaria del 31 de marzo de 1936. Se incorporó el 18 de diciembre de 1937. Murió el 27 de agosto de 1952.

Dr. Eduardo Arroyo Lameda

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1953. Se incorporó el 28 de mayo de 1953. Murió el 4 de junio de 1977.

Dr. José Román Duque Sánchez

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1977. Se incorporó el 4 de abril de 1978. Murió el 9 de diciembre de 1999.

Dr. Román J. Duque Corredor

Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 9 de noviembre de 2001.

SILLÓN N° 26

Dr. Pedro M. Arcaya

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 12 de agosto de 1958.

Prof. Augusto Mijares

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. Se incorporó el 15 de agosto de 1960. Murió el 29 de junio de 1979.

Dr. Tomás Polanco Alcántara

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1979. Se incorporó el 2 de junio de 1980. Murió el 22 de diciembre de 2002.

Prof. Gabriel Ruan Santos

Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 2003. Se incorporó el 18 de mayo de 2004.

SILLÓN N° 27

Dr. Pedro Itriago Chacín

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 19 de mayo de 1936.

Dr. Carlos Álamo Ybarra

Electo en sesión ordinaria del 15 de agosto de 1936. Se incorporó el 14 de octubre de 1938. Murió el 24 de febrero de 1958.

Dr. Alfonso Espinoza

Electo en sesión ordinaria del 16 de diciembre de 1959. Se incorporó el 27 de febrero de 1961. Murió el 14 de diciembre de 1969.

Dr. Oscar García-Velutini

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1970. Se incorporó el 25 de mayo de 1971. Murió el 12 de junio de 1991.

Dr. Pedro Tinoco

Electo en sesión ordinaria del 17 de septiembre de 1991. Se incorporó el 10 de diciembre de 1991. Murió el 30 de marzo de 1993.

Dr. Luis Ignacio Mendoza

Electo en sesión ordinaria del 7 de diciembre de 1993. Se incorporó el 22 de noviembre de 1994. Murió el 24 de enero de 2017.

Prof. José Antonio Muci Borjas

Electo en sesión ordinaria el 19 de septiembre de 2017. Se incorporó el 6 de febrero de 2018.

SILLÓN N° 28

Dr. Emilio Constantino Guerrero

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de octubre de 1920.

Dr. Rafael Cabrera Malo

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 30 de junio de 1924. Murió el 3 de julio de 1935.

Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi

Electo en sesión ordinaria del 30 de octubre de 1935. No se incorporó. Murió el 12 de mayo de 1959.

Dr. Carlos Montiel Molero

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 12 de febrero de 1954. Murió el 6 de marzo de 1981.

Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández

Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 31 de mayo de 1982. Murió el 29 de septiembre de 2001.

Dr. José Andrés Octavio

Electo en sesión ordinaria de 19 de febrero de 2002. Se incorporó el 30 de julio de 2002. Murió el 23 de enero de 2009.

Dr. Juan Francisco Porras Rengel

Electo en sesión ordinaria del 6 de octubre de 2009. No se incorporó. Murió el 12 de agosto de 2010.

Prof. Carlos Ayala Corao

Electo en sesión ordinaria de 18 de enero de 2011. Se incorporó el 8 de mayo de 2012.

SILLÓN N° 29

Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 20 de septiembre de 1966.

Dr. Gonzalo Parra-Aranguren

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1967. Se incorporó el 16 de octubre de 1968. Murió el 3 de diciembre de 2016.

Dr. Cesar Augusto Carballo Mena

Electo en sesión ordinaria del 16 de mayo de 2017. Se incorporó el 5 de diciembre de 2017.

SILLÓN N° 30

Dr. Carlos Alberto Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de agosto de 1917.

Dr. Victorino Márquez Bustillos

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1918. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 10 de enero de 1941.

Dr. José Manuel Hernández Ron

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1941. Se incorporó el 30 de mayo de 1942. Murió el 28 de agosto de 1957.

Dr. Darío Parra

Electo en sesión del 16 de diciembre de 1957. Se incorporó el 17 de abril de 1964. Murió el 26 de septiembre de 1997.

Dr. Boris Bunimov Parra

Electo en sesión ordinaria del 20 de enero de 1998. Se incorporó el 16 de noviembre de 1999. Murió el 21 de junio de 2004.

Prof. Alberto Baumeister Toledo

Electo en sesión ordinaria del 2 de noviembre de 2004. Se incorporó el 23 de junio de 2005. Murió el 26 de enero de 2018.

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Electo en sesión ordinaria el 5 de junio de 2018. Se incorporó el 6 de noviembre de 2018.

SILLÓN N° 31

Dr. Gustavo Manrique Pacanins

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 2 de marzo de 1967.

Dr. Eloy Lares Martínez

Electo en sesión ordinaria del 15 de junio de 1962. Se incorporó el 11 de octubre de 1967. Murió el 4 de febrero de 2002.

Dr. Emilio Pittier Sucre

Electo en sesión ordinaria del 7 de mayo de 2002. Se incorporó el 4 de mayo de 2004. Murió el 9 de agosto de 2017.

Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez

Electo en sesión ordinaria el 17 de abril de 2018. Se incorporó el 05 de febrero de 2019.

SILLÓN N° 32

Dr. Celestino Farrera

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 6 de mayo de 1939.

Dr. Pedro Arismendi Lairet

Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1939. Se incorporó el 15 de marzo de 1956. Murió el 30 de abril de 1961.

Dr. José López Borges

Electo en sesión ordinaria del 2 de octubre de 1961. No se incorporó. Murió el 21 de junio de 1973.

Dr. Luis Loreto Hernández

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1974. Se incorporó el 20 de febrero de 1976. Murió el 28 de junio de 1987.

Dr. Gustavo Planchart Manrique

Electo en sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1987. Se incorporó el 3 de noviembre de 1989. Murió el 8 de diciembre de 2012.

Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia.

Electo en sesión ordinaria del 2 de abril de 2013. Se incorporó el 22 de octubre de 2013.

SILLÓN N° 33

Dr. Rafael Marcano Rodríguez

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 5 de septiembre de 1945.

Dr. Antonio Pulido Villafaña

Electo en sesión ordinaria del 1° de diciembre de 1945. Se incorporó el 4 de junio de 1965. Murió el 6 de febrero de 1973.

Dr. José Joaquín González Gorrondonga

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1973. Se incorporó el 14 de agosto de 1975. Murió el 15 de agosto de 1988.

Dr. Alfredo Morles Hernández

Electo en sesión ordinaria del 21 de febrero de 1989. Se incorporó el 30 de abril de 1991. Murió el 26 de mayo de 2021.

SILLÓN N° 34

Monseñor Nicolás E. Navarro

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión ordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 6 de noviembre de 1960.

Dr. Luis Villalba Villalba

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1961. Se incorporó el 25 de marzo de 1963. Murió el 24 de enero de 1999.

Dr. Enrique Lagrange

Electo en sesión ordinaria del 20 de abril de 1999. Se incorporó el 6 de marzo de 2001. Murió el 9 de octubre de 2018.

Dr. Héctor Faúndez Ledesma

Electo en sesión ordinaria el 07 de mayo de 2019. Se incorporó el 01 de octubre de 2019.

SILLÓN N° 35

Don Laureano Vallenilla Lanz

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 16 de noviembre de 1936.

Dr. Simón Planas Suárez

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1937. Se incorporó el 15 de julio de 1938. Murió el 3 de marzo de 1967.

Dr. Numa Quevedo

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1967. Se incorporó el 3 de octubre de 1968. Murió el 6 de febrero de 1981.

Dr. Carlos Sosa Rodríguez

Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 15 de julio de 1982. Murió el 30 de junio de 1997.

Dr. Carlos Leáñez Sievert

Electo en sesión ordinaria del 18 de noviembre de 1997. Se incorporó el 5 de octubre de 1999.

INDIVIDUOS DE NÚMERO FALLECIDOS

A

Dr. Juvenal Anzola
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. José Ramón Ayala
Dr. Carlos Álamo Ybarra
Dr. Pedro Arismendi Lairer
Dr. José Loreto Arismendi
Dr. José Loreto Arismendi, hijo
Dr. Pedro M. Arcaya
Dr. Félix S. Angulo Ariza
Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. José Luis Aguilar Gorrondona
Dr. José Guillermo Andueza

B

Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Luis I. Bastidas
Dr. Julio Blanco Ustáriz
Dr. Cristóbal Benítez
Dr. Ángel Francisco Brice
Dr. Arminio Borjas
Dr. Pedro M. Brito González
Dr. Juan Francisco Bustillos
Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Alberto Baumeister Toledo

C

Dr. Rafael Cabrera Malo
Dr. Alonso Calatrava
Dr. Domingo Antonio Coronil

Dr. Raúl Crespo Vivas
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Rafael Caldera
Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

D

Dr. Julio Diez
Dr. José Román Duque Sánchez
Dr. René De Sola

E

Dr. Ramón Escovar Salom
Dr. Alfonso Espinoza

F

Dr. Celestino Farrera
Dr. Luis H. Farías Mata

G

Dr. Pablo Godoy Fonseca
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Pedro Pablo Guzmán, h.
Dr. José Joaquín González Gorrondona
Dr. Oscar García Velutini
Dr. Esteban Gil Borges
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Carlos F. Grisanti
Dr. Emilio Constantino Guerrero
Dr. Francisco Guzmán Alfaro

H

Dr. José Manuel Hernández Ron
 Dr. Pedro Hermoso Tellería
 Dr. Gustavo Herrera
 Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

I

Dr. Pedro Itriago Chacín
 Dr. Henrique Iribarren Monteverde

J

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

L

Dr. Tomás Liscano
 Dr. José Antonio López Borges
 Dr. Luis Loreto Hernández
 Dr. René Lepervanche Parpacén
 Dr. Pedro José Lara Peña
 Dr. Eloy Lares Martínez
 Dr. Francisco López Herrera
 Dr. Enrique Lagrange

M

Dr. Félix Montes
 Dr. Rafael Marcano Rodríguez
 Dr. Gustavo Manrique Pacanins
 Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza
 Dr. Juan José Mendoza
 Don Rafael Martínez Mendoza
 Dr. Manuel Maldonado
 Dr. Carlos Morales
 Dr. Cristóbal L. Mendoza
 Prof. Augusto Mijares
 Dr. Carlos Mendoza Goiticoa
 Dr. Carlos Montiel Molero

Dr. Francisco Manuel Mármol
 Dr. Victorino Márquez Bustillos
 Dr. Ezequiel Monsalve Casado
 Dr. Isidro Morales Paúl
 Dra. Tatiana de Maekelt
 Dr. José Mélich Orsini
 Dr. José Rafael Mendoza
 Dr. Luis I. Mendoza
 Dr. Alfredo Morles Hernández

N

Monseñor Nicolás E. Navarro
 Dr. José S. Núñez Aristimuño
 Dr. Humberto Njaim
 Dr. Pedro Nikken

O

Dr. José Andrés Octavio

P

Dr. Néstor Luis Pérez
 Dr. Simón Planas Suárez
 Dr. Luis Gerónimo Pietri
 Dr. Juan Penzini Hernández
 Dr. Alejandro Pietri, hijo
 Dr. Antonio Pulido Villafañe
 Dr. Darío Parra
 Dr. Rafael Pizani
 Dr. Tomás Polanco Alcántara
 Dr. Juan Porras Rengel
 Dr. Gustavo Planchart Manrique
 Dr. Gonzalo Pérez Luciani
 Dr. Gonzalo Parra Aranguren
 Dr. Emilio Pittier Sucre

Q

Dr. Numa Quevedo
 Prof. Jesús Ramón Quintero

R

Dr. Pedro Miguel Reyes
Dr. Jesús Rojas Fernández
Dr. José Santiago Rodríguez
Dr. Pablo Ruggeri Parra
Dr. Aristides Rengel Romberg

S

Dr. Edgard Sanabria
Dr. Jesús Leopoldo Sánchez
Dr. Carlos Sequera
Dr. Carlos Siso
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez
Dr. Carlos Sosa Rodríguez
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta

T

Dr. José Antonio Tagliaferro
Dr. Pedro Tinoco
Dr. Enrique Tejera París

U

Dr. Carlos Alberto Urbaneja
Dr. Alejandro Urbaneja
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Dr. Diego Bautista Urbaneja
Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco
Dr. Enrique Urdaneta Maya
Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi
Dr. Arturo Uslar Pietri

V

Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. Manuel Alfredo Vargas
Don Laureano Vallenilla Lanz
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta
Dr. Luis Villalba Villalba
Dr. Pascual Venegas Filardo

Y

Dr. Francisco Gerardo Yanes

PRESIDENTES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

- Dr. Pedro M. Arcaya, Presidente de la Academia desde la sesión de instalación del 19 de marzo de 1917 hasta la sesión ordinaria de 30 de septiembre de 1922.
- Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Arminio Borjas
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. Celestino Farrera
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. J.J. Mendoza
Dr. Néstor Luis Pérez
Dr. Tomás Liscano
Dr. José Manuel Hernández Ron
Dr. Simón Planas Suárez
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Dr. Francisco Manuel Mármol
Dr. Ángel Francisco Brice
Dr. José Loreto Arismendi, h.
- Dr. René De Sola
Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta
Dr. Eloy Lares Martínez
Dr. Julio Diez
Dr. Oscar García-Velutini
Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla
Dr. Pascual Venegas Filardo
Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. José Muci-Abraham
Dr. Tomás Polanco Alcántara
Dr. Isidro Morales Paúl
Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. Gonzalo Parra Aranguren
Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Dr. Allan R. Brewer-Carías
Dr. José Luis Aguilar Gorrondona
Dr. José Mélich Orsini
Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Alfredo Morles Hernández
Dra. Tatiana B. de Maekelt
Dr. Román J. Duque Corredor
Dr. Enrique Lagrange
Dr. Luis Cova Arria
Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Prof. Gabriel Ruan Santos
Dr. Humberto Romero-Muci
Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia

SECRETARIOS DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

Dr. Cristóbal L. Mendoza	Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza	Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Diego Bautista Urbaneja	Dr. Luis Cova Arria
Dr. Juvenal Anzola	Prof. Alberto Baumeister Toledo
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta	Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Don Rafael Martínez Mendoza	Prof. Gabriel Ruan Santos
Prof. Augusto Mijares	Dr. Humberto Romero-Muci
Dr. Carlos Montiel Molero	Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia
Dr. Víctor M. Álvarez	Prof. Luciano Lupini Bianchi
Dra. Hildegard Rondón de Sansó	Dr. Rafael Badell Madrid
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez	Dra. Cecilia Sosa Gómez
Dr. Gustavo Planchart Manrique	

COMISIONES PERMANENTES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Derecho Civil y Mercantil

Luis Cova Arria
José Muci-Abraham
Luis Guillermo Govea U.
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Carlos Eduardo Acedo Sucre

Enrique Urdaneta Fontiveros
Alfredo Morles Hernández (+)
James-Otis Rodner
Luciano Lupini Bianchi

Derecho Público Eclesiástico, Derecho Español y Derecho Administrativo

Rafael Badell Madrid
Allan R. Brewer-Carías
Josefina Calcaño de Temeltas
Carlos Ayala Corao

Henrique Iribarren Monteverde (+)
Hildegard Rondón de Sansó
Gabriel Ruan Santos
Luis Ugalde

Derecho Romano, Principios de Legislación, Sociología y Legislación Comparada

Eugenio Hernández-Bretón
Carlos Leáñez Sievert

Luciano Lupini Bianchi

Economía Política, Leyes de Hacienda y Leyes Especiales

Humberto Romero-Muci
James-Otis Rodner

Gabriel Ruan Santos

Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Privado

Eugenio Hernández Bretón
José Guillermo Andueza (+)
Carlos Ayala Corao
Fortunato González Cruz

Carlos Leáñez Sievert
José Muci-Abraham
Allan R. Brewer-Carías
Rafael Badell Madrid

Derecho Penal, Procedimiento Civil, Enjuiciamiento Criminal, Medicina Legal y Antropología

Alberto Arteaga Sánchez
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Eugenio Hernández-Bretón

Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Derecho Laboral

Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Luis Napoléon Goizueta
Oscar Hernández Álvarez



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A SER PUBLICADOS EN EL BOLETÍN Y EN LA PÁGINA WEB DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha considerado conveniente adoptar normas destinadas a uniformar el contenido de los trabajos y artículos presentados tanto para su publicación en el Boletín de la Academia, como para la página web, así como los trabajos expuestos en los foros, conferencias, concursos y cualquiera otros eventos coauspiciados por la ACIENPOL.

Las normas que ha acogido la ACIENPOL son las que corresponden al Manual de Estilo de Chicago, dictadas por la *University of Chicago* con el objetivo estandarizar los métodos de investigación, referidos a la documentación y referencias bibliográficas, y que se considera una de las guías de estilo, uso y gramática más aceptadas y accesibles. El Manual de Estilo de Chicago fue publicado, por primera vez, en el año 1906 y en la actualidad se encuentra en su décimo séptima edición (2017), y se ha convertido en una referencia fundamental para editores, escritores, redactores y diseñadores. Hemos efectuado algunas adaptaciones respecto de la forma de citar bibliografía, para facilitar el método.

Las referidas normas se han adoptado con el propósito de dar al cuerpo del Boletín, a la página web de la ACIENPOL y a cualquiera

otra de sus publicaciones, una apariencia uniforme y una presentación acorde con las funciones académicas de la Corporación, así como para facilitar y agilizar el proceso de compilación, revisión, corrección y publicación del Boletín de la ACIENPOL.

En el sentido anterior, estas normas deberán ser cumplidas por todos los que deseen realizar algún aporte documental para su incorporación en el Boletín de la ACIENPOL, así como por las ponencias que consignen los participantes en los Foros y demás eventos que realiza la Corporación, incluidos los trabajos de incorporación de los académicos y demás conferencias, estudios o investigaciones de interés académico que se pretendan publicar en el Boletín de la ACIENPOL, o presentar en los certámenes científicos organizados por la Corporación. Se aplicarán también a todo el material que se publique en la página web de la Academia.

1. Criterios tipográficos (Tipo y tamaño de letra)

1.1. Título

La primera línea del documento contendrá el título en formato centrado, en letra Times New Roman, tamaño 12 y en negritas.

1.2. Identificación del autor

Inmediatamente después del título, aparecerán los nombres y apellidos del autor, alineado a la derecha del documento. Igualmente en letra Times New Roman, tamaño 12 y en cursivas (sin negritas).

Se utilizará llamado a pie de página (*) junto a la identificación del autor para incluir un breve currículum del autor (no superior a 5 líneas), en el cual figurará grado académico, afiliación institucional, entre otros.

1.3. Del cuerpo del documento

El texto contentivo del cuerpo del documento deberá presentarse en letra Times New Roman, tamaño 12 y en formato justificado.

Los diferentes apartados de la publicación irán en negrita, en mayúscula sólo la primera letra con el mismo tipo y tamaño de fuente que el cuerpo del texto.

Los párrafos llevarán sangría en la primera línea.

Las palabras en idioma diferente al original del trabajo deben ir en cursiva.

1.4. De las notas al pie de página

El texto contentivo de las notas al pie de página deberá presentarse en letra Times New Roman, tamaño 10.

Las notas de pie de página deberán ser insertadas en la página correspondiente al llamado de pie de página (no al final de todo el documento) y en formato de número (1, 2, 3...).

1.5. Interlineado

El interlineado del texto del cuerpo del documento, como de las notas al pie de página, será el mínimo (1 punto).

2. Número y tamaño de páginas

Los trabajos a ser publicados en el Boletín deberán ser presentados en formato Word, hoja tamaño carta y no deberán exceder de cuarenta (40) páginas. Este límite máximo de 40 páginas no se aplicará a los trabajos de incorporación de los académicos y a las respuestas de los beneficiarios de los trabajos de incorporación; Tampoco se aplicará a los trabajos de investigación presentados por los académicos que se consideren de relevancia fundamental ni a los trabajos de investigación presentados para participar en los certámenes científicos realizados por la ACIENPOL y en cualquier otro caso en que así sea decidido por la Comisión de Publicaciones de la ACIENPOL.

3. Referencias bibliográficas

3.1. Incluidas en notas al pie de página

Las notas bibliográficas incluidas en pie de página deberán tener el siguiente formato:

3.1.1. Para libros:

Nombres y apellidos del autor o los autores, título de la obra (en formato cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación. Número de página(s).

Ej.: José Guillermo Andueza, *El Congreso. Estudio jurídico*, tercera edición, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1975. p. 17.

3.1.2. Para revistas u obras colectivas:

Nombres y apellidos del autor o los autores, título del trabajo (entre comillas), nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación fecha de publicación. Número de página(s).

Ej.: Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la naturaleza y alcance de la intervención del Procurador General de la República en juicios en los que esta tenga interés”, en *Revista de Derecho Público*, Nro. 21, enero-marzo 1985, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1985. pp. 44-61.

Ej.: Luis Cova Arria, “El arbitraje marítimo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 153, enero-diciembre 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014. pp. 117-132.

- Nota: Cuando en notas siguientes se cite la misma obra de un autor, se utilizará la abreviatura ob. cit. (Obra citada), luego del nombre del autor, y, si se han citado más de dos obras del mismo autor, será necesario repetir el nombre de la obra.

Ej.: Allan R. Brewer-Carías, ob.cit., p. 50.

- Nota 2: Se utilizará la abreviatura *Ibíd.* o *Ibíd.*, si en la nota inmediatamente siguiente se cita el mismo libro pero distinto pasaje.

Ej.: ¹ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIII Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010. p.39.

²*Ibíd.* p. 318.

- Nota 3: Se utilizará la abreviatura Ídem, si en la nota inmediatamente siguiente se cita el mismo libro, distinto pasaje pero misma página.

Ej.: ¹ Arístides Rengel Romberg, *Tratado de derecho procesal civil venezolano*, Tomo I: Teoría General del Proceso, XIII Edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2013. p.63.

²Ídem.

3.2. Incluidas en la bibliografía

Las referencias bibliográficas incluidas en la bibliografía deberán limitarse a las fuentes citadas en el texto, deberán ser colocadas al final del trabajo, en orden alfabético y tener el siguiente formato:

3.2.1. Para libros:

Apellidos (en mayúsculas), nombres del autor o los autores, título de la obra (en formato cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación.

Ej.: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986.

3.2.2. Para revistas u obras colectivas:

Apellidos (en mayúsculas), nombres del autor o los autores, título del trabajo (entre comillas), nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación fecha de publicación.

Ej.: FARÍAS MATA, Luis H., “Acto administrativo, materia del recurso contencioso de anulación”, en *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1993.

4. Referencias jurisprudenciales

Identificación de la Sala/Tribunal/Juzgado/Corte, número de sentencia, fecha de la sentencia. Lugar de consulta, fecha de consulta (en caso de consulta en línea).

Ej.: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 207 del 31 de marzo de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HTML>, consultado en fecha 12 de julio de 2019.

Ej.: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982, caso “Depositaria judicial”, consultada en *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 70-93.

5. Legislación

Los documentos normativos deberán ser identificados en el siguiente orden: País. *Título*. Publicación, fecha de publicación.

Ej.: Venezuela. *Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria*, publicada en Gaceta Oficial No. 41.305, del 21 de diciembre de 2017.

6. Referencias electrónicas

En el caso de libros o artículos consultados en línea (página web), es preciso citar como se indica en los puntos anteriores (3.1 y 3.2), e incluir, al final de la cita: Disponible en: (dirección web), consultado en fecha: ...

Ej.: Gabriel Ruan Santos, “La presunción de legitimidad de los actos administrativos”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 152, enero-diciembre 2013, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013. pp. 117-132. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/Boletin%20152.pdf>; consultado en fecha 17 de julio de 2014.

Ej.: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “*Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente*”, Caracas, diciembre, 2017. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20Ley%20Contra%20el%20Odio.%20Acienpol.pdf>, consultado en fecha 8 de mayo de 2018.

7. De la publicación de estas normas

Las presentes normas se publicarán en el Boletín de la ACIENPOL y en la página web de la Academia.

