

**revista
de
derecho
publico**

n° 177 - 178

enero

junio 2024



editorial jurídica venezolana



Allan R. **BREWER-CARIAS**, Director
abrewer@bblegal.com; allan@brewercarias.com
<http://www.allanbrewercarias.com>

Caterina **BALASSO TEJERA**, José Ignacio **HERNÁNDEZ G.**, Sub-Directores
cbalasso@bblegal.com; ignandez@gmail.com

Mary **RAMOS FERNÁNDEZ**, Secretaria de Redacción
maryra77@gmail.com

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Domingo **ALFONSO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Rafael **CHAVERO**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Antonio **SILVA ARANGUREN**, Gabriel **SIRA SANTANA**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Daniela **UROSA MAGGI**

COMITÉ ASESOR

Dolores **AGUERREVERE**, Asdrúbal **AGUIAR**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Carlos **AYALA CORAO**, Rafael **BADELL MADRID**, José Rafael **BELANDIA GARCÍA**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Humberto **BRICEÑO**, Alejandro **CANONICO**, Héctor **FAÜNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Carlos **GARCÍA SOTO**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Flavia **PESCI-FELTRI**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Carlos **REVERÓN BOULTON**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Nelson **SOCORRO**, Miguel Ángel **TORREALBA SÁNCHEZ**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Alberto R. **DALLA VIA**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Miriam N. **IVANEGA**, Néstor Pedro **SAGÜES (Argentina)**, José Mario **SERRATE PAZ (Bolivia)**, Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Marcelo **FIGUEIREDO (Brasil)**, Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, William **ZAMBRANO CETINA (Colombia)**, Gladys **CAMACHO CÉPEDA**, Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ (Chile)**, Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO (Costa Rica)**, Javier **ROBALINO ORELLANA (Ecuador)**, Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ (España)**, Hugo H. **CALDERÓN MORALES (Guatemala)**, Héctor M. **CERRATO (Honduras)**, Luis José **BEJAR RIVERA**, Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADÉS (México)**, Karlos **NAVARRO MEDAL (Nicaragua)**, Javier E. **SHEFFER TUÑÓN (Panamá)**, Luis Enrique **CHASE PLATE (Paraguay)**, Jorge **DANOS ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, Orlando **VIGNOLO CUEVAS**, Diego Hernando **ZEGARRA VALDIVIA (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Carlos E. **DELPIAZZO**, Augusto **DURÁN (Uruguay)**

Revista de Derecho Público

Pág. Web: <http://www.revistadederechopublico.com>

Fundación de Derecho Público

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela

Editada por la **Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39. Caracas 1050, Venezuela.

Pág. Web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público, Publicación Trimestral

Nº 1 (Enero/marzo 1980)

Nº 1 (Digital) (01 de marzo de 2023)

Caracas, Venezuela

Hecho Depósito de Ley. Depósito Legal: pp 198002DF847

ISSN (Papel): 1317-2719

ISSN (Electrónico): 2959-6416

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación de derecho Público ni con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21 x 12,5

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público acepta artículos inéditos en el campo del derecho público. Para el envío de un artículo, los autores deben enviar un correo electrónico a través de la sección contacto de su página web, o a alguno de sus directores.

En la elaboración de artículos, debe atenderse a las normas siguientes:

1. Los trabajos deben realizarse por escrito a espacio y medio, en letra Times New Roman 9,5, y tener una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deben seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con una indicación de palabras clave (en los dos idiomas).
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además, incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptan para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no hay compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

El texto de los ejemplares de la Revista de Derecho Público, así como el texto de cada uno de los trabajos publicados en la misma, están disponibles en la página web de la Revista: <http://www.revistadederechopublico.com>

La adquisición de ejemplares impresos de la Revista puede hacerse a través de las plataformas de todas las librerías globales.

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México, LATINDEX (en catálogo, Folio Nº 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

Para esta impresión por Lightning Source, an INGRAM Content Company, para Editorial Jurídica Venezolana Internacional Inc., Panamá, República de Panamá, para su disponibilidad en las plataformas de las librerías globales: ISBN: 979-8-89480-620-4.

revista
de
derecho
público

Nº 177 - 178

Enero – Junio 2024

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías

Editorial Jurídica Venezolana
Fundación de Derecho Público

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- La teoría del Contrato de Interés Público*, por José **ARAUJO-JUÁREZ** 9
- Pruebas en el Contencioso Administrativo*, por Juan Domingo **ALFONSO PARADISI** 39
- La seguridad jurídica del contribuyente en jaque. Preguntas (¿y respuestas?) sobre la “contribución especial” de la Ley de Protección de Pensiones*, por Serviliano **ABACHE CARVAJAL** 75
- El derecho a un recurso rápido y sencillo para la protección de los Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado de América Latina*, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 97

Comentarios Monográficos

- El sistema venezolano de seguridad de la nación y los estados de excepción: ¿libertad vs seguridad?*, por Julie T. **GONZÁLEZ DE KANCEV** 137
- ¿Venezuela o Guyana, Quién gana (en) El Esequibo? Claves para entender una disputa histórica*, por Andrea **MILA-MALDONADO** ... 154
- La carta Iberoamericana de entornos digitales y la Carta Iberoamericana de inteligencia artificial en la administración pública. Una aproximación en perspectiva*, por José Luis **VILLEGAS MORENO**..... 167

<i>El derecho al matrimonio igualitario: una mirada a la opinión consultiva 24/17 a través del control de convencionalidad</i> , por Roselis DÍAZ DE FREITAS	175
<i>Algunas notas sobre la conformación de los Tribunales Constitucionales</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	198
<i>Es inconstitucional condicionar servicios y pagos de impuestos municipales al pago del aseo urbano</i> , por Laura LOUZA SCOGNAMIGLIO	204
<i>Democracia y estado de derecho</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	208
<i>Visión y revisión de la política exterior de Venezuela enero-junio 2024</i> por, J. Gerson REVANALES M.	215
Información Legislativa	
<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Primer Semestre de 2024</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	235
Comentarios Legislativos	
<i>Comentarios sobre el proyecto de ley para la creación del estado de La Guayana Esequiba (diciembre 2023). Guía de lectura</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	245
<i>El 28% de las leyes aprobadas por la AN en 2023 no se han publicado en la Gaceta Oficial</i> , por Laura LOUZA SCOGNAMIGLIO	252
<i>La “revivencia” del fantasma de la implantación del “estado comunal” en la víspera de las elecciones presidenciales de 2024</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	255
<i>Cinco preocupaciones sobre la nueva Ley de Pensiones</i> , por Laura LOUZA SCOGNAMIGLIO	263
Información Jurisprudencial	
<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2024</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ	273
Comentarios Jurisprudenciales	

<i>Acerca de la inhabilitación de María Corina Machado</i> , por Aurelio USECHE KISLINGER	309
<i>Un caso de autoritarismo detrás del servicio público en Venezuela: Breve estudio a través del arbitraje Carroferla vs. TCA Ser- vices</i> , por Simón FERNÁNDEZ BRAVO y Jesús ROJAS HERNÁNDEZ	315
<i>La defensa de Petróleos de Venezuela ante las Cortes de Estados Unidos: El caso de CITGO en la Corte de Delaware</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	338
<i>El Tribunal Supremo de Justicia tropieza nuevamente con el enjui- ciamiento de civiles por Tribunales Militares</i> , por Laura LOUZA SCOGNAMIGLIO	372
<i>Después de Chevron: El margen de deferencia en el Derecho Admi- nistrativo de Estados Unidos y el caso Loper Bright</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	376

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

<i>Tratado de derecho administrativo general y comparado</i> , por Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE	393
---	-----

INFORMACIÓN

<i>En honor de Ramón Parada Vázquez</i>	399
<i>Adiós a un maestro. Ramón Parada</i> , por Silvia DEL SAZ	405

ESTUDIOS

Artículos

*La teoría del Contrato de Interés Público**

José Araujo-Juárez**

*Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *En el centro de los análisis temáticos con relación al Derecho de los contratos públicos, que se refleja en una amplia variedad de formas de contratación pública, aparece en la tradición constitucional el reconocimiento de la figura del contrato de interés público -como tipo específico relevante del contrato público o estatal- que puede ser, a su vez, nacional, estatal o municipal en el sentido constitucional y donde cualquier análisis -como lo han hecho estudios previos-, debe abordarse desde la perspectiva constitucional con relación al régimen jurídico aplicable en cuanto a la celebración, ejecución y control público parlamentario.*

Palabras clave: *Contrato de interés público -Contrato de interés público nacional, estatal o municipal- control público parlamentario*

Abstract: *At the center of the thematic referred to the law of public contracts, which is reflected in a wide variety of forms of public procurement, in the constitutional tradition appears the recognition of the figure of the public interest contracts -as a specific relevant type of public or state contract-, which can be, in turn, national, state or municipal in the constitutional sense and where any analysis -as previous studies have done-, must be approached from the constitutional perspective in relation to the applicable legal regime regarding their conclusion, execution and parliamentary public control.*

Key word: *Public interest Contracts; Public national, state or municipal Interest contracts; Parliamentary public control.*

SUMARIO

- I. NATURALEZA JURÍDICA
 1. Contrato administrativo. 2. Contrato publico.
- II. ELEMENTOS
 1. Elemento subjetivo. 2. Elemento objetivo. 3. Elemento formal.

* A continuación, se transcribe la primera sección del Capítulo X del Volumen 4 del *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado* del profesor José Araujo-Juárez (Caracas, CIDEP, 2024, pp. 566, ISBN 978-980-7834-41-4), referido a la teoría del contrato de interés público. El índice completo de los cinco volúmenes que conforman la obra pueden consultarse en <https://www.cidep.online/editorial/volumenes/#jaj>

Téngase presente que, al tratarse de un extracto de una obra mucho más amplia, la enumeración de los pies de página no coincide con el original, visto que esta sección ha de iniciar con el pie N° 863. De ahí, también, que en el texto se aluda a obras que han sido citadas con anterioridad en el volumen, pero no en la sección aquí transcrita.

** Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

I. NATURALEZA JURÍDICA

§422. Presentación del tema – Como cuestión previa se observa que, en la Constitución, como en tantas otras materias, puede decirse que se consolidó también un importante proceso de constitucionalización en materia de la actividad o gestión contractual del Estado Constitucional.

En efecto, dentro de la tradición constitucional que se remonta a la Constitución de 1864 (art. 72 núm. 8)¹, se hubo consagrado por primera vez una categoría especial de contratos celebrados por las personas jurídicas estatales denominado “contrato de interés nacional”, al disponer como atribución del Presidente de la Unión “*Celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a la ley y someterlos a la Legislatura*”. Asimismo, estableció el art. 43 núm. 17 la correlativa atribución del órgano legislativo de “*Aprobar o negar los contratos que sobre obras públicas nacionales haga el Presidente de la Unión, sin cuyo requisito no se llevarán a efecto*”.

Posteriormente, el contrato de interés nacional es una expresión que aparece también reiterada en la Constitución de 1893 y se mantiene en los textos constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947 y 1953 con diferentes denominaciones, tales como, contratos de interés nacional, contratos de interés público o contratos de interés público nacional, estatal o municipal.

Luego, la Constitución de 1961² también mantuvo las diversas denominaciones al referirse a los contratos de interés nacional y contratos de interés público en los arts. 126 y 127 y por primera vez estableció en el art. 126 que el requisito de aprobación del Congreso Nacional era indispensable para que pudiera celebrarse el contrato de interés nacional, “*salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley*”.

Por último, la Constitución de 1999, en sus arts. 150, 151, 187 núm. 9, 236 núm. 14 y 247, como la anterior Constitución de 1961, utiliza la expresión contratos de interés público y sus derivados: los contratos de interés público nacional, los contratos de interés público estatal y los contratos de interés público municipal, lo que siempre ha exigido la necesidad dogmática de encuadrar dicha categoría en la doctrina del Derecho administrativo y en el Derecho de Contratos públicos en particular, en cuanto a la intervención contralora de la hoy denominada Asamblea Nacional (arts. 186 y ss. C), ya sea autorizándolos o ya sea aprobándolos.

Se trata, por tanto, de una categoría o subtipo especial de contratos públicos denominados contratos de interés público (género), los cuales pueden ser, a su vez, nacionales, estatales o municipales (especies) (*Sent. del TSJ/SC, de 24-09-2002*), dentro de las posibilidades de contratación pública, cuya formulación se mantiene y a la que por su importancia se le consagra en el Título IV *Del Poder Público*, Capítulo I *Disposiciones Generales*, la Sección Cuarta *de los Contratos de Interés Público*, en los arts. 150 y 151 de la C.

Así las cosas, algunas normas constitucionales solo se aplicarán a los contratos de interés público nacional, mientras que otras se aplican, en cambio, a todos los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estatal y municipal.

Por último, por cuanto la Constitución de 1999 no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, así: (i) Contrato administrativo; y (ii) Contrato público o contrato del Estado.

¹ *Las Constituciones de Venezuela. Ob. cit.*, nota 402, 524.

² *Id.*, 1083.

1. *Contrato administrativo*

§423. Idea general.– En primer lugar, debemos mencionar la propuesta desarrollada por Lares Martínez³, quien, al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el art. 126 de la Constitución de 1961, señaló:

...existe una expresión genérica –la de contratos de interés público– que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser, a su vez, nacional, estatal o municipal.

A su vez, para Lares Martínez el contrato de interés nacional es un contrato de interés público, siendo este último el género y aquél la especie, y así el calificativo nacional, estatal o municipal, hace referencia a la persona jurídica que lo celebra o al ámbito territorial que abarca o sobre el cual incide.

En la misma línea, Badell Madrid⁴ en un reciente y completo estudio, sostiene que los contratos de interés público conforman una categoría especial de los contratos administrativos, tienen un procedimiento administrativo especial de formación regulado por el Derecho público y están igualmente regidos por este tipo de normas, tanto en su ejecución como en lo relativo a su revisión. El régimen de los contratos de interés público en Venezuela es de rango constitucional y está previsto en los arts. 150, 151, 187.9 y 247 de la Constitución.

Así las cosas, Badell Madrid⁵ propone una definición en los términos siguientes:

Los contratos de interés público son aquellos celebrados –directa o indirectamente– por la administración pública nacional, estatal y municipal –central y descentralizada funcionalmente–, con otro sujeto de derecho, cuyo objeto es determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano y que implican la asunción de obligaciones o compromisos que involucren la vida económica y social del Estado.

Y más adelante agrega que si bien la Constitución no define a los contratos de interés nacional, entiende por tales⁶:

...aquellas contrataciones realizadas por el Estado, a través de sus entes territoriales (República, Estados o Municipios), e inclusive, de su administración funcionalmente descentralizada (empresas del Estado, institutos autónomos, asociaciones civiles y fundaciones); que tienen un objeto determinante para la realización de los fines y cometidos del Estado, así como una incidencia considerable por su magnitud en los intereses, la economía y finanza del Estado; que trascienden las facultades de disposición del órgano, ente o persona jurídico-pública contratante y como consecuencia tienen incorporada una cláusula de inmunidad de jurisdicción (conocida como cláusula calvo); y que, en razón de todo lo anterior, además están regidos por normas de derecho público desde la etapa previa a su formación (autorización y aprobación de la Asamblea Nacional; opinión de la Procuraduría General de la República), como en su ejecución (cláusulas exorbitantes); y revisión (inmunidad de jurisdicción).

Por tanto, concluye Badell Madrid⁷, “*Todos los contratos de interés públicos –en el sentido que la Constitución ha dado a esa expresión– son contratos administrativos; sin embargo, no todos los contratos administrativos son contratos de interés público*”. En efecto, sostiene que si bien ambos son contratos de Derecho público, pues se celebran para satisfacer un

³ Lares Martínez, E. (1981). “Contratos de Interés Nacional”. AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I. Caracas, UCV, 117.

⁴ Badell Madrid, R. (2019). “Contratos de interés público”. *RDP* N° 159/160, 10.

⁵ Id., 10.

⁶ Id., 13.

⁷ Id., 10.

interés público, pueden tener incorporadas –tácita o expresamente– cláusulas exorbitantes del Derecho común y seguir formalidades especiales para su formación, entre otros elementos; sin embargo, difieren en cuanto al régimen constitucional especial que se les aplica, ya que los contratos administrativos no están sometidos a aprobación legislativa ni al régimen de inmunidad de jurisdicción, como sí lo están, por mandato constitucional, los contratos de interés público.

Por último, Fraga Pittaluga⁸, participa también de la corriente que considera los contratos de interés público como contratos administrativos al sostener lo siguiente:

...los contratos de interés público que requieren aprobación de la Asamblea Nacional son una categoría especial y excepcional de los contratos administrativos, cuyo objeto se vincula directa e indisolublemente con una prestación que afecta el interés colectivo y que, por ello, trasciende las facultades de disposición de un órgano, ente o persona jurídico-pública; en otras palabras, un contrato tan importante para el país que todos los ciudadanos, a través de sus representantes políticos integrados en la Asamblea Nacional, deben emitir un juicio sobre su aprobación.

2. Contrato público

§424. Idea general – Por su parte, Brewer-Carías⁹ en línea con la postura que propugna un sistema unitario de los contratos de la Administración pública como una sola categoría genérica de contratos públicos o contratos del Estado, sostiene que la expresión contratos de interés público abarca:

...todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos –contratos interadministrativos–) es una persona jurídica estatal, es decir, que está integrada en la organización general del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe –sic– los institutos autónomos) o de personas de derecho privado (pe –sic– las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.

Y agrega: “*estos contratos del Estado, hemos sostenido, son los que han sido denominados en la Constitución como ‘contratos de interés público’ (nacional, estatal o municipal), y en el pasado, en escasísimas leyes, algunos de ellos fueron denominados como ‘contratos administrativos’*”.

Para finalmente concluir Brewer-Carías¹⁰, que la Constitución de 1999, en sus arts. 150, 151, 187.9, 236.14 y 247, como la anterior de 1961, utiliza la expresión contratos de interés público y sus derivados –esto es, los contratos de interés público nacional, los contratos de interés público estatal y los contratos de interés público municipal–, “*como sinónimo de ‘contratos públicos’ o ‘contratos del Estado’*”, pues la noción “*puede considerarse como equivalente a las nociones de contratos públicos, contratos del Estado, o contratos de la Administración*”, lo que siempre ha exigido la necesidad de encuadrar dicha expresión en la doctrina del Derecho administrativo y, en particular, en el Derecho de Contratos Públicos, en cuanto a la identificación concreta y a la intervención contralora de la Asamblea Nacional, autorizándolos o aprobándolos.

En todo caso, Brewer-Carías en coherencia con la posición asumida de abandonar la calificación de los contratos administrativos como se expuso más arriba –y en oposición a un gran sector doctrinal que recepta los contratos administrativos y considera que los contratos de interés público son, o equivalentes o son una categoría especial de los contratos adminis-

⁸ Fraga Pittaluga, L. *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. FUNEDA, Caracas, 2000, 133.

⁹ Brewer-Carías. A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 217-218.

¹⁰ *Id.*, 219.

trativos–, concluye por señalar también que resulta insuficiente sostener solo el carácter público o privado del contrato como criterio delimitador de la noción del contrato de interés público.

§425. Examen de las teorías expuestas – El examen de las diversas interpretaciones sostenidas en torno a la cuestión y contrario a lo que afirma un sector de la doctrina, podemos adelantar que el contrato de interés público, en el sentido constitucional, no es sinónimo ni se identifica ni con el contrato administrativo clásico, ni con el contrato público o contrato estatal.

En otras palabras, un contrato administrativo puede ser un contrato de interés público, pero no todo contrato de interés público en el sentido constitucional es un contrato administrativo. De la misma manera, un contrato de interés público en el sentido constitucional es un contrato público o estatal, pero a la inversa no es correcto: no todo contrato público es un contrato de interés público en el sentido constitucional.

En mérito a las interpretaciones previamente examinadas, y a los fines de fundamentar nuestra afirmación desde el punto de vista metodológico, procede analizar los elementos del contrato de interés público, que revelarían su especificidad o no dentro de la teoría general del contrato público.

II. ELEMENTOS

1. *Elemento subjetivo*

A. *Personas jurídicas-territoriales*

§426. Idea general – La Constitución establece un sistema de distribución del ejercicio del Poder público, en forma vertical y en forma horizontal. El primero da origen a un sistema de descentralización político-formal, derivado del modelo “Estado Federal descentralizado” en los términos consagrados en la Constitución (art. 4); mientras que el segundo da origen a una separación orgánica del ejercicio del Poder público, siguiendo los intereses clásicos del constitucionalismo moderno.

Por tanto, el primer principio que condiciona al Derecho administrativo en la Constitución es el de separación de poderes, que da origen a un sistema de distribución del ejercicio del Poder público, dando lugar a su vez la distribución político-territorial del Poder público, que deriva de la distribución vertical del Poder público en atención al modelo Estado Constitucional como forma de “Estado Federal descentralizado”, el cual ha sido una constante en el Estado Constitucional a partir de su existencia en 1811¹¹ y que reitera la Constitución de 1999 expresado tanto en el Preámbulo como en el art. 4 de la C que dispone: “*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución (...)*”.

Por su parte, la Constitución procede a organizar el Estado Constitucional en la forma federal descentralizada (Canónico Saravia)¹², mediante un sistema de división o separación político-territorial del Poder Público en tres niveles: Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos estatales y asignando competencias propias en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos, al formular expresamente este principio en los términos siguientes: “*Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional (...)*”.

¹¹ *Las Constituciones de Venezuela. Ob. cit.*, nota 402, 285 y ss.

¹² Canónico Sarabia, A. “La organización federal y la descentralización como política nacional para garantizar la democracia”. AA.VV. *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. 2° ed. Ampliada. EJVI, Caracas, 2021. 249 y ss.

De ahí que, conforme a la Constitución, en sentido vertical, el Poder Público tiene tres ramas, así: el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal (art. 136 C), que da lugar a tres niveles de personas jurídicas de Derecho público de carácter territorial: el Estado central o nacional (República), los estados federados (estados) que conforman la federación y por último los municipios (municipio).

Ahora bien, con relación a los sujetos públicos cuya presencia es condición necesaria para la celebración del contrato de interés público, se exige, en primer lugar, que sea un ente político-territorial, esto es, la República, el estado federado y el municipio.

Sin embargo, Brewer-Carías¹³ ha considerado que lo determinante es la participación de las personas públicas estatales de Derecho público o de Derecho privado de los tres niveles territoriales, y que además de la República, los estados o los municipios, son por ej., los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales. De consiguiente, afirma muy certeramente, que la categoría de contrato de interés público abarca, también, aquellos contratos suscritos por la Administración Pública Descentralizada funcionalmente, con forma de Derecho público o de Derecho privado, como son el instituto público y el instituto autónomo (art. 98 LOAP) y la empresa del Estado (art. 103 LOAP), cuando afectan de manera directa a los intereses nacionales que corresponden a la República, aspecto este que abordaremos a continuación.

B. *Administración Pública descentralizada funcionalmente*

§427. Presentación del tema – De conformidad con la Constitución, la intervención del Estado Constitucional en la vida económica y social se manifiesta de muy diversas formas, que van desde la función de regulación, pasando por la función de planificación, luego la función de fomento hasta la modalidad más directa como es la función de garantía y de regulación de la prestación de servicios públicos –administrativos y de carácter industrial y comercial (Araujo-Juárez)¹⁴– y demás actividades de interés general.

Ahora bien, entre los principales instrumentos de intervención del Estado Constitucional para la realización de los fines de interés público que vienen atribuidos en cada caso a su acción figura, desde hace tiempo y en posición dominante, la modalidad de las denominadas “entidades funcionalmente descentralizadas” (art. 300 C), o de acuerdo con la LOAP, los “entes descentralizados funcionalmente” (art. 29 LOAP), que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente (Araujo-Juárez)¹⁵.

Por tanto, la Administración Pública Descentralizada funcionalmente, la cual se caracteriza por el factor de la especialidad de los servicios públicos y tiene lugar a través de la creación de personas jurídicas “con forma de derecho privado” (art. 29 núm.. 1 LOAP) o bien personas jurídicas “con forma de derecho público” (art. 29 núm.. 2 LOAP).

Ahora bien, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado son de dos tipos, de acuerdo con el art. 29 núm.. 1 de la LOAP, a saber:

¹³ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 232; y Badell Madrid, R. (2005). “Contratos de Interés Público Nacional”. *RDA*, N° 19, 2004. Caracas, Editorial Sherwood, 56.

¹⁴ Araujo-Juárez, J. (2006). “Los servicios públicos industriales y comerciales”. AA.VV. *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Caracas, UMA-EJV.

¹⁵ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 6, Vol. 2.

(i) *Sin fines empresariales*: estarán conformados por las personas jurídicas: *a*) constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado; *b*) que no realizan actividades de producción de bienes y servicios destinados a la venta; y por último *c*) donde la fuente fundamental de sus recursos proviene de los aportes públicos, según el art. 7 núm.. 1 de la LOAFSP¹⁶.

(ii) *Con fines empresariales*: estarán conformados por las personas jurídicas: *a*) constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado; *b*) cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados al mercado; y por último *c*) donde la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad (art. 7 núm.. 2 LOAFSP).

§428. Personas jurídicas estatales – Al respecto comenzaremos por señalar que Brewer-Carías¹⁷, además de las clasificaciones de las personas jurídicas en el Derecho administrativo –territoriales/no territoriales, públicas/privadas–, introduce en el Derecho positivo otra clasificación de las personas jurídicas –públicas o privadas–, según se encuentren o no integradas dentro de la estructura general organizativa del Estado Constitucional –criterio de integración–, que da lugar a, su vez, a la clasificación de personas jurídicas estatales y personas jurídicas no estatales.

Es así como la propia Constitución recepta esa distinción al hacer referencia a las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado y, de manera concreta, el art. 145 de la C contiene una alusión expresa cuando señala que quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República “y demás personas de derecho público o de derecho privado estatales”, no podrá celebrar contrato alguno con ellas.

Así las cosas, sobre el tema del universo de los sujetos públicos que pudieran participar en la celebración de los contratos de interés público, surge la posición que compartimos y pudiéramos denominar de noción amplia relativa, que es la propuesta por Brewer-Carías¹⁸, al sostener que en realidad lo determinante en la Constitución para identificar los contratos de interés público, no es la participación de la República, de los estados o de los municipios, sino que lo determinante es la participación de las personas jurídicas “estatales” de Derecho público o de Derecho privado de los tres niveles territoriales y que, además de la República, los estados o los municipios, son por ej., los institutos autónomos y públicos o las empresas del Estado también de los tres niveles territoriales y la cual es asumida ampliamente por la doctrina nacional.

§429. Capacidad de contratación – La facultad de los entes descentralizados funcionalmente para realizar contratos y contraer obligaciones deriva de la adquisición de la personalidad jurídica, de conformidad con el art. 19 del CC y de la LOAP. Por su parte, el art. 25 de la LOAP, en concordancia con la LCP, faculta a los entes descentralizados funcionalmente para celebrar cualquier tipo de contratos que requiera la gestión o desarrollo de las actividades o competencias que se les hayan transferido. Esta amplia capacidad contractual está sujeta, sin embargo, a ciertos requisitos y condiciones establecidos en la propia LCP, en la LOAFSP, la LOCGRSNCF¹⁹, en la LAC²⁰ y, por último, pasible de control jurisdiccional de acuerdo con la LOJCA.

¹⁶ Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicada en la GO N° 6.210 Ext., de 30-12-2015.

¹⁷ Brewer-Carías, A.R. “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999”. AA.VV. *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Vol. 1. Caracas, Estudios del Instituto de Derecho Público, UCV, 2003, 48-54.

¹⁸ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 232.

¹⁹ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la GO N° 6.013 Extr., de 23-12-2010.

Por otro lado, las personas de Derecho público estatales quedan sujetas a los principios y bases establecidos en la LOAP y a las disposiciones que regulen la actividad administrativa, así como a los lineamientos de la Planificación Centralizada (art. 101 *eiusdem*). En tal sentido, los institutos autónomos e institutos públicos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios (art. 100 LOAP).

Por su parte, la actividad de las personas jurídicas de Derecho privado estatales se regirá por la legislación ordinaria, por lo establecido en la LOAP y las demás normas aplicables, por supuesto, incluidas las constitucionales (art. 108 LOAP).

§430. Interpretación jurisprudencial – A tal efecto debemos mencionar que la línea jurisprudencial sobre la materia no solo ha sido contradictoria sobre el carácter de los sujetos públicos contratantes, sino que la interpretación constitucional restrictiva que la ha fundamentado ha sido con desconocimiento del texto de la Constitución.

Una primera interpretación jurisprudencial, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que coincide con la noción amplia relativa, fue el caso paradigmático de PDVSA, como fuera decidido en el caso de los contratos de la denominada apertura petrolera entre PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*), evidentemente, calificados como contratos de interés público nacional.

En el mismo sentido se hubo pronunciado de nuevo la jurisprudencia constitucional (TSJ/SC, *Sent. de 29-04-2003, C.V.G. Electrificación del Caroní –EDELCA: Exp. N° 00-0836*) cuando sostuvo lo siguiente:

Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica.

A tal efecto, debe mencionarse la jurisprudencia constitucional (TSJ/SC, *Sent. N° 2241 de 24-09-2002, Andrés Velázquez et al. sobre la nulidad del último párrafo del art. 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*), aun cuando si bien es cierto, el argumento central de la decisión estuvo referido al tema de la autorización parlamentaria previa en relación con los contratos de deuda pública suscritos por la República, los estados y los municipios, sin embargo, al referirse a los criterios señaló lo siguiente:

...la discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contratos de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contratos de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.

Mención especial nos merece la jurisprudencia constitucional posterior (TSJ/SC, *Sent. N° 618 de 20-07-2016, Brigitte Acosta Isis, “Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución”*), con referencia a si un contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela, persona jurídica de Derecho público, tenía planeado suscribir con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), debía o no considerarse como contrato de interés público nacional y si debía o no requerir de la autorización previa de la Asamblea Nacional.

²⁰ Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.430, de 07-04-1998.

En cuanto a la fundamentación del fallo, el TSJ/SC señala que el Banco Central de Venezuela:

...no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas.

En consecuencia, concluye el TSJ/SC, no debe considerarse como un contrato de interés público nacional y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el art. 247 de la C.

C. Examen de las teorías expuestas

§431. Idea general – De la jurisprudencia constitucional sobre la noción de contratos de interés nacional se desprende, señala con toda razón Brewer-Carías²¹, que la misma dio origen a lo que denomina un inconveniente proceso de restricción indebida de la noción del contrato de interés público del art. 150 de la C, con el objeto de comprender sólo aquellos contratos suscritos por la República, los estados federados y los municipios, en los que esté envuelto un interés público nacional, estatal y municipal, con lo cual los contratos de interés público pasarán a ser solo una categoría reducida de los contratos públicos; quedando excluidos de tal calificación constitucional, según se desprende de la reciente jurisprudencia constitucional, los contratos públicos suscritos por las demás personas jurídicas estatales como, por ej., los institutos autónomos o las empresas del Estado, siendo que lo determinante no es la participación de la República, los estados federados y los municipios, sino de las personas jurídicas estatales con forma de Derecho público o con forma de Derecho privado también de los tres niveles territoriales como son, por ej., los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales.

Sobre este punto debemos seguir de cerca por la claridad de su exposición y que compartimos en todos los puntos mencionados, el documento de la Propuesta sobre los contratos de interés público, presentado al efecto por Brewer-Carías²² ante la Asamblea Nacional Constituyente y que resume las consecuencias que se derivan de tal interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva, cuenta tenida que según el sistema constitucional: **(i)** Algunas disposiciones constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional; y **(ii)** Otras disposiciones en cambio se aplican a los contratos de interés público, esto es, contratos de interés público nacional, estatal o municipal, en los términos siguientes:

Primero, respecto de lo establecido en el primer párrafo de los arts. 150 y 187 núm. 9 de la C, señala que la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva es que la ley solo podría determinar la necesidad de la aprobación de la Asamblea Nacional respecto de los contratos de interés público nacional que son los suscritos por la República y, en particular, por el Presidente de la República de acuerdo con el art. 236 núm. 14 de la C,

²¹ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 20, 637 y ss.

²² Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público (Comunicación enviada a los presidentes de las Comisiones de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional, de la Comisión de Poder Público Nacional, de la Comisión de lo Económico y Social y de la Comisión Constitucional el 08-09-1999). Vid. *In extenso* a Brewer-Carías, A.R. (1999). “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público”. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* Vol. I. Caracas, EJV/FDP, 209-233.

pero respecto de dicho requisito podría incluso interpretarse que no podría ser exigido por ley, respecto de los contratos públicos nacionales suscritos por los entes públicos descentralizados funcionalmente nacionales.

En este punto merece que nos detengamos, específicamente, debido al hecho que en la Constitución de 1999, el Poder Ejecutivo Nacional se sustenta en dos importantes orientaciones institucionales: la primera, la distinción y separación orgánica flexible entre las funciones del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno; y la segunda, el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a manera de sistema de controles y equilibrios entre los órganos que ejercen el Poder público. En su condición de Jefe de Gobierno, le corresponde al Presidente de la República, la conducción de la Administración Pública Nacional.

Por otro lado, la Constitución a texto expreso le asigna al Presidente de la República, la atribución de “*Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y a la ley*”, de conformidad con el art. 236 núm. 14 de la C. Ahora bien, según lo establece el propio art. 236 *eiusdem*, la atribución señalada en el referido núm. 14, la ejercerá el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Por otro lado, es sabido que las funciones del Presidente de la República las ejerce: (i) Ya directamente, a través de los ministros como órganos directos (art. 242 C), esto es la Administración Pública Central; y (ii) Ya indirectamente, a través de los entes administrativos o descentralizados de la Administración Pública Descentralizada funcionalmente. De modo que autorizada en Consejo de Ministros la celebración de un contrato de interés público nacional, los “*entes descentralizados funcionalmente*” (art. 29 LOAP), que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente podrán actuar como parte contratante para la celebración del contrato de interés público nacional de que se trate.

Segundo, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del art. 150 y en el 187 núm. 9 de la C, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva que se cuestiona sería que los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional –con forma de Derecho público o de Derecho privado–, podrían suscribirse libremente con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, e incluso traspasarse a ellos sin que sea necesario obtener la autorización de la Asamblea Nacional.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del art. 151 de la C, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva señalada sería que en los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional –con forma de Derecho público o de Derecho privado–, no se consideraría incorporada una cláusula, como sí se exige respecto de los contratos de interés público, incluyendo los de interés público nacional, “*de acuerdo con la naturaleza de los mismos*”, y “*aun cuando no estuviere expresa*”, conforme a la cual:

...las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Lo anteriormente expuesto significaría, según el documento de la Propuesta que aquí se sigue, que respecto de los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional –con forma de Derecho público o de Derecho privado–, en los mismos podría establecerse libremente que el Derecho que les es aplicable es algún Derecho extranjero y que la jurisdicción aplicable podría ser la de los tribunales de cualquier otro Estado extranjero o la de tribunales arbitrales extranjeros.

Cuarto, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del art. 247 de la C, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva señalada es que para la celebración de los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional -con forma de Derecho público o de Derecho privado-, no tendría que ser consultado el Procurador General de la República, pues, de acuerdo con esa norma, solo sería necesaria dicha consulta para la aprobación de los contratos de interés público nacional, que de acuerdo con la jurisprudencia restrictiva serían solo los que celebre la República.

La cita del documento de la Propuesta es larga pero expresiva. En efecto, de las anteriores consecuencias derivadas de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva establecida, concluye que quizás la segunda es la más perjudicial en materia de principios del Derecho administrativo relativos a los contratos públicos o contratos del Estado pues, significa, el abandono total de los principios más tradicionales de nuestro Derecho público en la materia, como son, específicamente, los de la competencia de los tribunales nacionales y de la aplicación de la ley nacional para la solución de controversias derivados de los mismos y el de la llamada cláusula Calvo, por lo que se refiere a los contratos públicos celebrados por los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional.

En efecto, por un lado, la errada e inconveniente interpretación jurisprudencial constitucional implica que en los contratos celebrados por los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente en los tres niveles de la división político-territorial del Estado Constitucional, se habría de concluir –erróneamente– que ya no debería considerarse constitucionalmente inserta, tácitamente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, la cláusula prevista en el art. 151 de la C, cuyo objeto es: primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos de interés público debe someterse a la ley nacional; y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los tribunales nacionales, todo lo cual deriva del principio universal del Derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros²³.

Así las cosas, la más notoria consecuencia de la jurisprudencia constitucional (caso *Andrés Velásquez et al.* y caso *Brigitte Acosta Isis* citados *ut supra*) al haber reducido indebidamente la noción de los contratos de interés público a solo los suscritos por la República, los estados federados y los municipios, es que respecto de los contratos públicos suscritos por los entes públicos nacionales descentralizados –por ej., el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales–, materialmente la normativa constitucional de los arts. 150, 151, 187 núms. 3 y 9, 236 núm. 14 y 247 de la C, no tendrían aplicación alguna respecto de los mismos.

En esta línea de argumentación debemos agregar, por un lado, de acuerdo con el art. 318 de la C, en el caso concreto del Banco Central de Venezuela, si bien es una persona de Derecho público que ostenta el carácter de órgano constitucional, también lo es que de conformidad con el art. 319 de la C, es una institución que se rige por el “*principio de responsabilidad pública*”, a cuyo efecto deberá rendir cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, de acuerdo con la Constitución.

Y del otro, que según la tradición los órganos con autonomía constitucional, estos fueron elevados en la Constitución de 1999 a la condición de Poder Público –*Del Poder Ciudadano* y *Del Poder Electoral*– y de los cuales no forma parte el Banco Central de Venezuela.

²³ Maekelt, T. Bogdanowsky de (1982). “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados”. AA.VV. *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1. Caracas, 213 y ss.

Es más, después de sucesivas reformas legales recientes, la pretendida autonomía constitucional le ha sido cercenada también por una interpretación jurisprudencial con desconocimiento del texto de la Constitución.

No hay duda que con la jurisprudencia constitucional restrictiva que venimos de referir, en definitiva, no solo se ha reducido la noción de contrato de interés público, en general y de contrato de interés público nacional, en concreto, sino que en cuanto a las funciones de control público por parte de la Asamblea Nacional ha perdido sentido, puesto que el grueso de los contratos del Estado Constitucional que se celebrarían, precisamente, se hace a través de la Administración Pública descentralizada funcionalmente y cuya más notoria consecuencia habría de ser la de vaciar de contenido la potestad de control parlamentario que ostenta la Asamblea Nacional sobre el Poder Ejecutivo Nacional, que estable con carácter general el art. 187 de la C, así:

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley. (...)

9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecido en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

En consecuencia, como propone Brewer-Carías²⁴, debe admitirse que puedan calificar como contratos de interés público en el sentido constitucional, no solo con la participación de la República, de los estados federados o de los municipios, según fuere el caso, sino también los contratos celebrados con la participación de las personas jurídicas estatales de Derecho público o de Derecho privado de los tres niveles territoriales y, agregamos, cuenta tenida no solo de la participación de la Administración pública contratante en sentido amplio relativo –criterio de la estatalidad–, por supuesto, siempre y cuando concurren las demás circunstancias pertinentes a la formación y condiciones del contrato de interés público en el sentido constitucional.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos contratistas que concurren en los contratos de interés público, serían: **(i)** Los Estados extranjeros; **(ii)** Las entidades oficiales extranjeras; y **(iii)** Las sociedades no domiciliadas en el país.

§432. Conclusión – Finalmente, tal y como lo hemos señalado en otra oportunidad²⁵, por cuanto los entes de la República, los estados federados y los municipios en sus relaciones y operaciones comerciales con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, pueden celebrar contratos que en los términos de la Constitución pudieran comprometer gravemente en el ámbito internacional, el patrimonio económico del Estado Constitucional, debe concluirse que si también concurren en la celebración de contratos celebrados por los “*entes descentralizados funcionalmente*” (art. 29 LOAP), esto es, los institutos públicos, los institutos autónomos y las empresas del Estado que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente, en razón de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, se trataría de la especie o subtipo de contratos públicos que en el sentido constitucional deben también calificarse como contratos de interés público –de carácter nacional, estatal o municipal, según fuere el caso– y, por ende, sometidos al régimen de control público parlamentario que establece la Constitución, mediante los mecanismos parlamentarios a que aluden los arts. 150 y 187 núm. 9 de la C.

²⁴ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 232.

²⁵ Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 6, Vol. 2; y Araujo-Juárez, J. (2008). “Régimen general de Derecho público relativo a las empresas del Estado”. AA.VV. *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. EJV. Caracas.

2. Elemento objetivo

A. Interés público

§433. Planteamiento del tema – Con relación al objeto del contrato de interés público, sostiene Lares Martínez²⁶, debe exigirse que el mismo tenga por finalidad atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general o público.

Por su parte, Ramos Martínez²⁷ también sostiene que los contratos de interés público son:

...aquellos que persiguen el cumplimiento de las actividades que el Estado ha asumido como propias, porque el constituyente y el legislador, en un momento determinado, las han estimado de imprescindible realización para beneficio de la colectividad, y por ello las han erigido en cometidos estatales que la Administración pública debe cumplir, bien a través de sus organismos centralizados, bien por intermedio de los entes descentralizados, ya que estos son creados, precisamente para encargarse de algunas de esas tareas que constituyen cometidos del Estado.

Frente a la doctrina expuesta, existe otro sector de la doctrina que comienza con Melich Orsini²⁸, quien apartándose de las interpretaciones precedentes y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos o materiales, señala que el criterio debe atender, necesariamente, a la importancia de la contratación para la realización de los fines y cometidos que el Estado Constitucional está obligado a cumplir y ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, la noción se encuentra vinculada a la idea de: “grandes contrataciones que pudieren comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, exponerla a pérdidas graves o a reclamaciones internacionales que pudieren llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país”, y que por ello se justifica la intervención y el control parlamentario.

También Pérez Luciani²⁹, en la misma línea del criterio cuantitativo, sostuvo que el criterio característico o determinante de los contratos de interés público es que estos deben ser “de suma importancia o de un costo muy elevado que pudiera comprometer gravemente el patrimonio nacional”, pues la gran preocupación del Poder constituyente, al aprobar los diversos textos de las Constituciones, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado Constitucional, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado Constitucional, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración pública, para evitar abusos, favoritismos, etc.

Por su parte, Caballero Ortiz³⁰ ha sostenido que:

²⁶ Lares Martínez, E. *Ob. cit.*, nota 865.

²⁷ Ramos Martínez, J.A. (2003). “Contratos de interés público”. AA.VV. *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II. Caracas, UCAB, 637.

²⁸ Melich Orsini, J. (1981). “La Noción de Contrato de Interés Público”. *RDP* N° 7, 32 y 61.

²⁹ Pérez Luciani, G. (1984). “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”. AA.VV. *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I. Caracas, 103.

³⁰ Caballero Ortiz, J. (2001). “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”. AA.VV. *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 142-143.

...la importancia del contrato, su magnitud económico-financiera y la trascendencia que implique para el desarrollo del país en términos cualitativos y cuantitativos deben ser los índices a tomar en cuenta para determinar en qué casos debe quedar un determinado tipo de contrato calificado como de interés público nacional, sometido a la Asamblea Nacional, independientemente de que en él pueda quedar comprometida la ejecución de un servicio público.

También la Procuraduría General de la República señaló que, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico vigente, es necesaria la autorización de la Asamblea Nacional en los supuestos en que la ley así lo establezca y cuando el contratista sea, a su vez, un Estado o entidad oficial extranjera o sociedades no domiciliadas en Venezuela, pues, en su criterio:

...nada obsta para que dada la finalidad de interés general que persiguen ciertos contratos administrativos, así como la inversión económica que representan para la República, se esté en presencia de contratos de interés público nacional, estatal o municipal, según sea el caso.

Finalmente, la Asamblea Nacional³¹, en su condición de órgano encargado constitucionalmente de autorizar la celebración de los contratos de interés público nacional, mediante varios Acuerdos se ha pronunciado sobre los contratos de interés público.

En el primero de ellos, –"Acuerdo sobre el respeto de las facultades propias e intransferibles de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en el país"–, de 26-05-2016, señaló que los contratos de interés público son: "*aquellos que se encuentren vinculados con grandes contrataciones que pudieren comprometer gravemente el patrimonio de la República o exponerla a pérdidas serias o a reclamaciones internacionales eventualmente lesivas de la soberanía o la integridad del país*".

En el segundo de los Acuerdos –"Acuerdo para denunciar la inconstitucionalidad de la constitución del fideicomiso PDVSA US Litigation Trust, por parte de la Sociedad Anónima Petróleos de Venezuela", de 24-04-2018–, la Asamblea Nacional se hubo pronunciado en los términos siguientes:

Que es evidente que el cumplimiento, incumplimiento o negligencia en el desempeño y ejecución del fideicomiso afecta directamente el interés público, pues es innegable que su objeto es determinante para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional, por lo que para la celebración del contrato de fideicomiso debió haberse cumplido con el requisito del control previo por parte de la Asamblea Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 187, numeral 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

§434. Examen de las teorías expuestas – Como cuestión previa debemos reiterar que en el campo del Derecho administrativo falta una libertad de elección, dado que la acción administrativa siempre está condicionada en sus fines institucionales, es decir, la consecución del fin de interés público establecido en cada caso.

En efecto, la función administrativa, como actividad privativa e inherente al Estado Constitucional, es "*una zona de la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo*" (Garrido Falla)³² y consiste en la actividad jurídica que se manifiesta en la potestad de administrar y gestionar los fines de interés público, la cual se ha atribuido como función propia, en el plano nacional, a los órganos y entes de la Administración pública. En el mismo sentido, el art. 25 de la LOAP dispone que los órganos y entes administrativos deberán ponderar, en el ejercicio de sus competencias, "*la totalidad de los intereses públicos implicados*".

³¹ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2016). "Acuerdo sobre el respeto de las facultades propias e intransferibles de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela", de 26-05-2016.

³² Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A. y Lozada González, H. *Ob. cit.*, nota 101, Vol. I, 44.

Así las cosas, debemos señalar en primer lugar que la noción de interés público es omnipresente en el Derecho administrativo, pues no se puede hacer referencia al mismo haciendo abstracción de esa noción, que condiciona y engloba toda la actividad administrativa (Pontier)³³.

En efecto, más allá de la diversidad de objetos cada contrato público tiene un objeto específico en concordancia con la especificidad de la prestación que se entrega para la satisfacción efectiva de una necesidad de la población –por ej., contrato de obras, contrato de servicios, etc.–, se encuentra la identidad del fin perseguido: la “realización del fin de interés público”. El interés público actúa como título –es el fundamento– no solo de la actividad administrativa en general, sino también de la gestión contractual del Estado Constitucional en particular.

Así las cosas, el interés público es el elemento explicativo y justificativo de cualquier categoría o institución de nuestro Derecho administrativo y, por ende, un concepto que está presente también en la gestión de la contratación pública no siendo, por tanto, un criterio de diferenciación dentro de los contratos públicos.

Por consiguiente, no creemos que sea suficiente en los contratos de interés público, como sostiene un sector de la doctrina, el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general, puesto que la generalidad de los contratos públicos se realizan para la satisfacción –directa o indirecta– del fin de interés público. El solo criterio del fin de interés público *lato sensu* llevaría a considerar a todos los contratos celebrados por el Estado Constitucional como contratos de interés público, pues nada puede realizar que no esté en función de los fines de interés público como fin esencial del Estado Constitucional, de lo que se sigue que la causa de la gestión contractual no es otra que el concreto interés público de que se trate y protegido por el Ordenamiento jurídico; interés público que, por tanto, debe ser preservado en la economía del contrato público mismo.

En efecto, sostiene Brewer-Carías³⁴, lo cierto en todo caso es que la noción de servicio público dejó de definirse hace muchas décadas, en el Derecho administrativo contemporáneo, en sentido amplio equiparándolo a conceptos tales como actividades de interés general, de utilidad pública o de interés social, no siendo posible en consecuencia pretender identificar el denominado “contrato administrativo” con cualquier contrato público que pueda tener por objeto cualquier actividad que pueda haber sido declarada en una ley como de “utilidad pública e interés social”, ni con contratos que en general puedan tener un propósito de “interés general” de interés público, lo que en ningún caso es equiparable, por ej., con la ejecución directa de un servicio u obra pública.

En consecuencia, no es correcto identificar contrato de interés público con cualquier fin de interés general o público pues, de lo contrario, la noción carecería de utilidad. Por tanto, existirán intereses generales o públicos sin la forma de contrato de interés público *strictu sensu* o en el sentido constitucional, como lo sería por ej., la gestión del dominio privado o de un fin puramente patrimonial. De modo que, en presencia de un interés público, puede o no existir un contrato de interés público en sentido estricto –*strictu sensu*– en el sentido constitucional.

En conclusión: si bien todo contrato de interés público es un contrato público o del Estado, en el sentido unitario de la doctrina, lo contrario no es correcto: no todo contrato público es un contrato de interés público en el sentido constitucional. Del mismo modo, un contrato administrativo puede o no ser un contrato de interés público, pero no necesariamente a la

³³ Pontier, J.-M. (1996). *Les services publics*. Paris, Hachette, Les Fondamentaux, 16.

³⁴ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 466.

inversa; un contrato de interés público no necesariamente tiene que ser un contrato administrativo, aún para quienes admitimos esta categoría contractual. Por otro lado, además de los antecedentes históricos y la tradición jurídica que contribuyeron a constitucionalizar el contrato de interés público, como lo fueron los bloqueos internacionales a causa de las deudas públicas y además de compartir las consideraciones expuestas por la doctrina sobre el criterio cuantitativo, estimamos que hoy día la sola presencia del interés público *lato sensu* resulta sin duda, insuficiente, para tal calificación.

En este modelo constitucional, de acuerdo con el Poder constituyente, los contratos de interés público concernidos superan los umbrales del fin de interés público *lato sensu*, y que califica la jurisprudencia de “*un alto interés*” (caso *C.V.G. Electrificación del Caroní-EDELCA* citado *ut supra*), al sostener:

Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica.

En este sentido, la jurisprudencia (*TSJ/SC, Sent. de 24-09-2002*) ha incluido también dentro de los contratos de interés público nacional aquellos:

...que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación.

De la jurisprudencia parcialmente transcrita se desprende que, el criterio objetivo va más allá del criterio del interés público *lato sensu*, en principio, común a todos los contratos públicos. Se trataría dentro del sentido que tuvo en cuenta el Poder constituyente, de un contrato público que debería ser analizado, caso por caso, en atención a la incidencia considerable por su magnitud en los intereses, la economía y finanzas del Estado Constitucional, esto es, no solo por motivos económico-financieros y técnicos en importancia y magnitud sino también, agregamos, en el sentido constitucional concurren como *faisceau d'indices*, las circunstancias pertinentes a la formación y condiciones, la complejidad de los proyectos involucrados y de los procesos de selección, la exigencia en la cualificación de las partes contratantes, la asistencia financiera y técnica internacional, los ingentes capitales de financiamiento, su larga duración, la promoción y la protección de inversiones extranjeras y de transferencia de tecnología o de cualquier otro tipo, la deuda pública internacional, los compromisos internacionales, las cláusulas de arbitraje internacional en los eventos de afectación de los inversionistas o sus inversiones o, en fin, la trascendencia o implicaciones que puedan llegar a tener en sectores estratégicos de la economía interna, han sido otros de tantas consideraciones presentes en los diversos contratos sobre los cuales no ha habido discusión sobre su calificación como de contratos de interés público y que, precisamente debido a ello, ha hecho que el Poder constituyente los haya elevado al rango constitucional.

B. Cláusulas exorbitantes

§435. Enunciado – Como fuera expuesto más arriba, la insuficiencia que tendría la noción de servicio público *–lato sensu–* para configurar el criterio determinante del contrato administrativo, provocó la corriente doctrinal que advirtió la presencia de las cláusulas exorbitantes al Derecho común y donde a su vez se creyó encontrar la calificación del contrato administrativo. Lo determinante vendría a ser, señalaba la doctrina, ahora la presencia de las potestades o prerrogativas de la Administración pública o también llamadas cláusulas exorbitantes (caso *Constructora Coime, C. A.* citado *ut supra*).

Por lo que se refiere al criterio de la inserción de las potestades administrativas en las cláusulas contractuales se ha criticado esta postura, por considerar que la naturaleza del contrato no puede depender de la voluntad de las partes, pues el contrato tendría distinta naturaleza según la voluntad de las partes de incluirlas o no en el texto (caso *Termaisla s. r.l.c.a.c.* citado *ut supra*), lo que sería tanto como confundir causa con efecto; es decir, que las cláusulas exorbitantes aparecerían como consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato administrativo, lo cual no siempre acontece, por cuanto cabe la posibilidad de insertarlas aún en contratos que nada tienen de administrativos como lo habilita hoy día la propia LCP vigente. Y más importante aún, la vigencia de dichas cláusulas *ex lege* no depende de su inclusión expresa, pues tienen vigencia, aunque no hayan sido expresamente pactadas.

En este sentido la jurisprudencia señala que la presencia de las cláusulas exorbitantes: **(i)** Constituye un índice evidente de la existencia del contrato administrativo y no hacen otra cosa que revelar con su existencia el interés público que la noción de servicio público entraña (caso *Acción Comercial S.A.* citado *ut supra*); y **(ii)** Poseen un carácter extracontractual, en cuanto que son “consecuencia del principio de Autotutela Administrativa” (caso *Consortio Aeropuertos del Zulia, C.A.* citado *ut supra*). Es más, se insiste en que “la ausencia de éstas en una negociación pública no significa que el contrato no sea administrativo, en virtud que la especialidad de estos contratos radica en el objeto, que es precisamente la prestación de un servicio público” (caso *Promotora Jardían Calabozo, C.A.* citado *ut supra*).

Por tanto, tal como lo ha decidido la jurisprudencia (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*), la presencia de los poderes extraordinarios no define el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son consecuencia y no la condición para su determinación; agregando que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas, no es sino la consecuencia de la necesidad y obligatoria protección del interés público. Por tanto, se ha de concluir en que los poderes extraordinarios no forman parte del contrato administrativo; se trata antes bien de potestades administrativas contractuales inherentes a la posición jurídica general de la Administración pública que inciden externamente sobre la relación contractual.

Ahora bien, en la materia de los contratos de interés público debe observarse que, incluso, cuando se trata de contratos administrativos –que no era el caso por ej. de los contratos relacionados con el caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*, pero sí lo fue el contrato de concesión (contrato de interés nacional) celebrado entre el Ejecutivo Nacional y la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) con motivo de la privatización de las telecomunicaciones de 1991³⁵–, la consecuencia fundamental de que un contrato se considere como administrativo, es la posibilidad de que la Administración pública contratante pueda hacer uso de ciertas potestades de Poder público, otorgadas por el Ordenamiento jurídico, llamadas también cláusulas exorbitantes de Derecho común, es decir, poderes extraordinarios que se otorgan a las entidades públicas con el objeto de preservar el interés público y que no se encuentran en el contrato de Derecho privado, aun fuere calificado de contrato de interés público.

Si bien el tema de las cláusulas exorbitantes que se hubo desarrollado más arriba respecto de los contratos públicos, se aplicaría con el alcance que hemos dejado establecido en aquellos contratos que siendo contratos administrativos, además resultan calificados como contratos de interés público; pero no se aplicarían en forma alguna a los que siendo contratos de Derecho privado podrían también ser calificados como contratos de interés público, tal como fue el caso de los contratos relacionados con el caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra* no había ni hay previsión alguna en el Ordenamiento jurídico que le haya asignado a una empresa del Estado como PDVSA Petróleo S.A., subsidiaria de PDVSA, el ejercicio explíci-

³⁵ Congreso de la República. Acuerdo de 19-11-1991, publicado en la GO N° 34.850 de 27-11-1991.

to o implícito de poderes extraordinarios algunos, estando sus facultades expresamente reguladas en el texto del contrato, por lo cual se ha de concluir que los contratos públicos de la *Apertura Petrolera* citado *ut supra* eran contratos de Derecho privado de la Administración pública, pero que calificaron como contratos de interés público nacional en el sentido constitucional.

C. Examen de las teorías expuestas

§436. Idea general – Sostiene Avelado³⁶, la repetición de precedentes resueltos de forma similar y unitaria va formando una nueva fuente de Derecho Parlamentario, entendiéndose por tal al criterio reiterado y coherente que genera una pauta para la resolución de situaciones y conflictos.

De consiguiente, además de la tradición constitucional, no solo en materia de la competencia para el Poder Ejecutivo de conocer de todo lo concerniente a correos, telégrafos, teléfonos y comunicaciones inalámbricas, también es oportuno traer a colación de nuevo los antecedentes constitucionales a partir del art. 78 núm. 6 de la Constitución de 1925³⁷, donde se enumeraban a texto expreso, los contratos de interés nacional consistentes en “*contratos para la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción, establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas, inmigración y los demás de interés nacional que celebre el Ejecutivo federal*”, y la correlativa competencia del Presidente de la República para celebrar los contratos de interés nacional permitidos por la Constitución y las leyes, y someterlos al Congreso de la República (art. 100 núm. 21 *eiusdem*).

Las disposiciones mencionadas fueron reiteradas en los textos constitucionales siguientes: art. 78 núm. 6 de la Constitución de 1928³⁸; art. 118 núm. 13 y 100 núm. 21 de la Constitución de 1929³⁹; art. 78 núm. 6 y art. 100 núm. 23 de la Constitución de 1931⁴⁰; art. 77 núm. 6 –aquí se exceptúan los contratos o títulos mineros y de tierras baldías– y art. 100 núm. 21 de la Constitución de 1936; y a los cuales finalmente se le agregó los referentes a la “*colonización*” (art. 128 núm. 12 de la Constitución de 1945⁴¹).

Por otro lado, es significativa también la tradición de que las aprobaciones se materializaran con el dictado de leyes especiales o particulares a tales efectos, desde la concesión telefónica acordada a la Sociedad Intercontinental de Teléfonos de New Jersey a fin de establecer líneas telefónicas en el interior de las ciudades y entre las principales ciudades y pueblos del país, cuyo contrato correspondiente se aprobó por ley de 31-08-1883, entre otras.

Al respecto es oportuno mencionar, que la jurisprudencia (*CFC, Sent. de 05-05-1937: M. 1938, 226*) sostuvo que cuando el Poder Legislativo “*colabora con el Poder Ejecutivo en la Administración Pública*”, esto es, desde el punto de vista material en la función administrativa, “*ejecuta actos administrativos, aunque ellos estén revestidos de la forma extrínseca de ley*”.

Ahora bien, en el caso de la ley que aprueba un contrato de interés nacional:

³⁶ Avelado, R.G. (2018). *Curso de Derecho Parlamentario*. Caracas, UCAB-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, 36.

³⁷ *Las Constituciones de Venezuela. Ob. cit.*, nota 402, 817.

³⁸ *Id.*, 843.

³⁹ *Id.*, 869 y 872.

⁴⁰ *Id.*, 895 y 899.

⁴¹ *Id.*, 971.

...ésta no tiene el contenido de la ley propiamente dicha (ley formal-material), porque no establece reglas de conducta para todos, no contiene un mandato general y abstracto, sino que se refiere a una relación concreta, a un caso particular: es una providencia administrativa o acto de la Administración Pública en forma de ley.

Lo anterior es, según Brewer-Carías⁴², la conclusión más lógica. El acto de aprobación legislativa de un contrato de interés público es, en cuanto al fondo, un acto administrativo por su contenido y naturaleza, que perfecciona y completa la voluntad administrativa que interviene en la creación del vínculo contractual y que en nada altera la naturaleza del acto jurídico aprobado –a diferencia de lo que erróneamente afirmó una sentencia de la CSJ/CP, Sent. de 15-05-1962–; pero en cuanto a la forma, es una ley formal. Y esto último, puesto que el concepto de ley en nuestro Ordenamiento constitucional es el de la ley formal.

Más recientemente es pertinente mencionar el contrato de concesión a la CANTV de 1965, cuando la mencionada LRRST dispuso en el art. 7 *eiusdem* lo siguiente:

Artículo 7. Se aprueba en todas sus partes el contrato celebrado entre la Nación venezolana, por órgano del Ministerio de Comunicaciones, y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, por virtud del cual se asigna a ésta el establecimiento y explotación de los servicios mencionados en el artículo 3º de esta Ley y se regulan las relaciones entre el Ejecutivo Nacional y la mencionada Empresa (...).

Más adelante el art. 8 de la LRRST disponía lo siguiente:

Artículo 8. Se derogan la Ley que aprueba el Contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela para la explotación del servicio telefónico en la República de 18 de marzo de 1965, y los Decretos N° 368 de 20 de septiembre de 1958; N° 376 de 14-10-1960; y, N° 782, de 26 de junio de 1962.

Por último, mencionaremos que con ocasión del proceso de privatización en la década de los años 90 del siglo XX, el ya mencionado caso concreto del contrato de concesión suscrito el 14-10-1991 entre el Ejecutivo Nacional y la CANTV –con motivo del proceso de privatización de las telecomunicaciones–, el cual tenía por objeto de prestar, administrar, operar y explotar servicios de telecomunicaciones calificados como públicos bajo la legislación vigente, en todo el territorio nacional, garantizando calidad en la prestación de estos servicios, expansión y modernización de su red, así como el establecimiento de un marco propicio para la apertura del mercado a la competencia. Los aspectos más resaltantes eran los siguientes:

(i) La concesión establecía un régimen especial de privilegios denominado “concur-rencia limitada”, mediante el cual el Estado Constitucional le garantizaba a la CANTV, excepto en algunas circunstancias, la exclusividad como operador de telefonía básica en las modalidades de acceso local, larga distancia nacional e internacional.

(ii) La concesión era por 35 años, finalizando en el 2026, prorrogable por un período adicional de 20 años, sujeto a la aprobación del Estado Constitucional y a la ejecución satisfactoria, por parte de CANTV, de los mandatos del contrato de concesión.

(iii) Hasta el 31-12-2000, CANTV pagaba anualmente al Gobierno el 5,5 % de la facturación de los servicios.

(iv) El contrato de concesión establece que la CANTV debía expandir, modernizar, mejorar la calidad de su red telefónica y cumplir ciertas metas de calidad de servicio. Los mandatos de la concesión incluyen metas nacionales y regionales de expansión y modernización, al igual que objetivos anuales y acumulados que la CANTV debía cumplir durante el período de 3 concurrencia limitada.

⁴² Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 20, 31-32.

(v) El contrato de concesión preveía la imposición de sanciones a la CANTV cuando ésta infringiera con intención o negligencia, los mandatos contenidos en la misma. Tales sanciones, de acuerdo a la gravedad de la falta, podrían ser amonestación pública, multas hasta por una cantidad equivalente al 1 de la facturación o revocación de la concesión.

Finalmente, el contrato de concesión de la CANTV obtuvo la aprobación del Congreso de la República en sesión conjunta mediante el citado Acuerdo, en el marco de las recomendaciones en el Informe Final de la Comisión Bicameral designada por el Congreso de la República y de la interpretación de dicho contrato y las cláusulas contenidas en el referido Informe Final.

En conclusión, en vista de las consideraciones expuestas, se puede afirmar la distinción entre los contratos públicos o contratos del Estado, como género, de la especie contratos de interés público –y los subtipos contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal–, los cuales pueden ser, a su vez, de Derecho público y, específicamente, contratos administrativos –por ej., el mencionado contrato de concesión de la CANTV de 1991–, o de Derecho privado, por ej., los denominados convenios de asociación y convenios operativos de la apertura petrolera (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*) constituyendo, efectivamente, un tipo o “especie” de los contratos públicos, de acuerdo con la jurisprudencia (caso *Acción Comercial* citado *ut supra*) al determinar que:

Si bien no existe unanimidad doctrinaria acerca de la absoluta y total equivalencia entre la figura del contrato administrativo y las expresiones constitucionales “contratos de interés nacional” o de “interés público” o de “interés público nacional” (artículo 126 de la Carta Magna), dudas no se plantean en la doctrina venezolana acerca de la posibilidad para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada.

En conclusión: por un lado, habrá contratos de interés público internacional –acuerdos, tratados, convenios, pactos o tratados– que tienen su propio régimen de control parlamentario (art. 154 C); y por el otro, los contratos de interés público interno. Entre estos últimos figuran los contratos de interés público –que se clasifican en contrato público nacional, contrato público estatal y contrato público municipal–, los cuales a su vez podrán ser, ya sea contratos administrativos o ya contratos de Derecho privado, según sea el caso. Los contratos de interés público constituyen, pues, solo una especie, una categoría típica o nominada, si bien importante, de rango constitucional, del género de los contratos públicos o contratos del Estado.

3. Elemento formal

§437. Presentación del tema y plan – Las sujeciones de Poder público –prerrogativas “en menos”– aparecen también en el estadio de la formación del contrato público, en general, y también en el contrato de interés público. Y es que la Administración pública no dispone de una competencia discrecional para la celebración de los contratos de interés público, en particular, pues se deben observar para ello las reglas estrictas conforme lo sanciona la normativa contractual vigente que consagra las distintas modalidades de contratación pública.

Por tanto, el tema de la fase de formación –de preparación y celebración– de todo contrato público a celebrar por la Administración pública –con independencia de la naturaleza o calificación que le corresponda–, reviste así una excepcional importancia también en el marco de los contratos de interés público, pues la Administración pública no puede contratar, como lo ha sentado la jurisprudencia, sino con fundamento en la observancia de ciertas formalidades previstas por el Ordenamiento jurídico y al cual se supedita la voluntad de la Administración pública contratante, lo que supone el seguimiento del cauce procedimental de contratación correspondiente, regulado por el Derecho administrativo y que constituye la denominada “zona común para la contratación administrativa”, según lo analizáramos más arriba, y damos aquí por reproducidas las consideraciones expuestas. Pero también agrega-

mos que la normativa constitucional y legal consagra con relación los contratos de interés público, otras exigencias específicas en punto a las formalidades, concretamente de control público, así: la intervención de la Procuraduría General de la República; y de la Asamblea Nacional, temas estos que abordaremos de seguidas.

A. *Procuraduría General de la República*

§438. Idea general – La constitucionalización de la Administración pública que integra la mención de diferentes órganos de relevancia constitucional, nos permite sostener la importancia de diferentes órganos consultivos dando valor nuclear a la propia función administrativa consultiva, particularmente, la de la Procuraduría General de la República.

Y es que, en la función administrativa consultiva de la Administración pública, tienen importancia singular los órganos de asesoramiento jurídico, por la circunstancia de que en un Estado de Derecho toda la actuación del Estado Constitucional se haya sometida al principio de juridicidad, por cuyo respeto debe velar, en sus dictámenes, el jurista asesor. La Constitución proclama expresamente aquel principio fundamental al declarar que la Administración pública debe actuar conforme al principio de juridicidad, esto es, “*con sometimiento pleno a la ley y al derecho*” (art. 141 C).

Ahora bien, el más importante órgano de representación y de asistencia jurídica de la Administración Pública, la Procuraduría General de la República, en primer lugar, se encuentra regulado constitucionalmente dentro del Capítulo II *Del Poder Ejecutivo Nacional*, Sección Quinta, *De la Procuraduría General de la República*, al consagrar la existencia y funciones de la Procuraduría General de la República, quien actúa bajo una doble modalidad así: (i) Como órgano de representación y defensa judicial y extrajudicial; y (ii) Como órgano consultivo (art. 247 C).

En efecto, de acuerdo con el art. 247 de la C, la Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República y, además, en lo que aquí interesa, por tal razón deberá ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

En segundo lugar, de conformidad con el art. 16 de la LOPGR⁴³, le corresponde a la Procuraduría General de la República, la función de asesoramiento estrictamente jurídico a los órganos del Poder Público Nacional, en general, y a la Administración Pública Nacional, en concreto, pues como se señaló, responde a la exigencia constitucional de que aquella actúe conforme al principio de juridicidad.

§439. Fundamento – Respecto del procedimiento administrativo de formación de los contratos de interés público, el art. 247 de la C establece que la Procuraduría General de la República será consultada para la aprobación de los contratos de interés público “nacional”. Se trata de una competencia de rango constitucional, que consagra el aparte *in fine* del art. 247 de la C, al disponer que la Procuraduría General de la República será consultada para la aprobación de los contratos públicos de interés nacional. En su desarrollo, el art. 11 de la LOPGR reitera que le corresponde a la Procuraduría General de la República emitir opinión al respecto cuando señala: “*Corresponde a la Procuraduría General de la República emitir su opinión sobre los contratos de interés público nacional y sobre cualquier acuerdo o convención que de manera directa o indirecta afecte los intereses patrimoniales de la República*”.

⁴³ Decreto N° 2.173 de 30-12-2015 con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la GO N° 6.210 Extr., de 30-12-2015, reimpresa en la GO N° 6.220 Extr., de 15-03-2016.

En tal caso, la intervención de la Procuraduría General de la República consiste en un control previo de la constitucionalidad, legalidad y procedencia de los contratos de interés público nacional, así como una garantía del correcto funcionamiento de la Administración Pública el cual, según dispone el art. 141 de la C “*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*”.

Sobre la importancia de la intervención de la Procuraduría General de la República en materia de los contratos de interés público nacional, en su condición de órgano superior de consulta, constituye una innovación constitucional. Y tal previsión obligatoria en el análisis de los aspectos jurídicos previos a la suscripción del respectivo contrato de interés público nacional, es según Combellas⁴⁴, una “*conveniente medida de salvaguarda, en sus implicaciones jurídicas, de los intereses en juego de la nación*”. Por ese motivo, concluye, el dictamen emitido por la Procuraduría General de la República forma parte del procedimiento para la formación de la voluntad contractual de la República.

Ahora bien, la intervención de la Procuraduría General de la República en materia de los contratos de interés público nacional se circunscribe a la opinión jurídica previa a la suscripción del contrato respectivo, pues según la jurisprudencia (*TSJ/SC, Sent. N° 1460 de 12-07-2007, Banco de Desarrollo Agropecuario S.A-Bandagro*) en la Sección VIII Consideraciones para decidir expuso: “*2. No está contemplado en la normativa constitucional interpretada ninguna otra situación vinculada a los contratos de interés nacional, distinta a su suscripción (como controversias en su ejecución o reclamaciones), cuya resolución requiera obligatoriamente la consulta a la Procuraduría*”.

La importancia de tal intervención ha sido reconocida, además, por el caso *Bandagro* citado *ut supra* en los términos siguientes:

La Procuraduría General de la República, es el órgano encargado de asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional y de representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. Con relación a la primera de dichas funciones, cabe destacar que la Procuraduría se constituye en el principal órgano de consulta de la Administración Pública Nacional; de allí que la Ley Orgánica de la Administración Pública la prevea, en su artículo 45, como uno de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, el cual tiene como función principal asesorar a los órganos que integran a la misma, confiriéndole elementos de juicio que sirvan para la formación de su voluntad al momento de actuar o de adoptar una determinada decisión en un aspecto concreto de su actividad administrativa.

Y para concluir la mencionada jurisprudencia en los términos siguientes:

De acuerdo a las consideraciones expuestas, se concluye que las notas promisorias son operaciones de crédito público, requiriéndose constitucionalmente la consulta a la Procuraduría General de la República “para la correspondiente emisión del acto administrativo, como apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa”; y así se declara.

De la transcripción parcial se desprende que la jurisprudencia reiteró el criterio establecido en el caso *Andrés Velázquez et al* citado *ut supra* sobre la naturaleza y características de las operaciones de crédito público realizadas por entes de la Administración Pública descentralizada funcionalmente (caso *Bandagro* citado *ut supra*), que constituyen contratos de interés público nacional.

⁴⁴ Combellas, R. (2001). *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas, MacGraw Hill, 169 y 231.

§440. Naturaleza – Ahora bien, según lo hemos referido⁴⁵, las opiniones son de dos clases: **(i)** Las opiniones preceptivas u obligatorias, en el sentido que habrán de solicitarse y ser evacuadas en un procedimiento administrativo por imperativo de una disposición jurídica, como condición de validez del mismo y del acto o contrato final que del mismo derive; y **(ii)** Por el contrario, la opinión será no preceptiva o facultativa, cuando es solicitada discrecionalmente para mejor resolver el órgano decisorio.

Así las cosas, de conformidad los arts. 247 de la C y 12 y 13 de la LOPGR, surge claramente el carácter preceptivo de la opinión de la Procuraduría General de la República, no solo en los contratos de interés público nacional, sino que también abarca cualquier acuerdo o convención que de manera directa o indirecta afecte los intereses patrimoniales de la República.

En este sentido, la jurisprudencia (caso *Bandagro* citado *ut supra*), al referirse a la intervención de la Procuraduría General de la República en la formación de los contratos de interés público nacional, afirma el carácter de “*formalidad sustancial*” en los términos siguientes:

De las disposiciones transcritas se evidencia la obligatoriedad de las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, de remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica sobre la procedencia de la cláusula de arbitraje, circunstancia que no consta que se haya verificado en el presente caso y que constituye una formalidad sustancial en este tipo de asuntos ya que trascienden el interés de las partes, al estar involucrado un posible daño al patrimonio económico de la República.

Por otro lado, también es admisible otra clasificación en el sentido siguiente: **(i)** Una opinión tiene carácter vinculante, cuando determina de algún modo el contenido de la decisión, para lo cual se requiere ley expresa que le otorgue tal carácter; **(ii)** Mientras que la opinión es no vinculante, cuando deja al órgano público decidente en libertad para poder resolver, aún en contra de lo manifestado en la opinión, esto es, el órgano público decisor se encuentra en libertad de acoger o no el contenido de la opinión del informe o dictamen que a tal efecto se emite.

Ahora bien, con relación al carácter de la opinión de la Procuraduría General de la República que debe ser solicitada en el proceso de formación de los contratos de interés público nacional y sobre cualquier acuerdo o convención que de manera directa o indirecta afecte los intereses patrimoniales de la República, consagrada en la Constitución y la LOPGR, la misma si bien tiene carácter preceptivo u obligatorio, no tiene carácter vinculante, tal como también fuera señalado por la jurisprudencia citada (caso *Bandagro* citado *ut supra*) al sostener lo siguiente:

...por lo que concierne a la obligatoriedad o no de la atribución consagrada en el primer aparte del artículo 247 de la Carta Magna, esta Sala considera, en atención a la misma naturaleza de las funciones de la Procuraduría General de la República –como órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional Centralizada– que la misma se concibe como un mecanismo de control previo, el cual resulta indispensable para reconocer la validez de los contratos de interés público nacional, pero que no tiene carácter vinculante, en virtud de no estar –dicho carácter reconocido en la norma sometida a interpretación ni en ninguna otra del Texto Fundamental–.

⁴⁵ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 1, Vol. 3.

En conclusión, se puede señalar que la jurisprudencia reconoció, indirectamente, que la Administración Pública Descentralizada funcionalmente puede realizar contratos de interés público nacional, en este caso a través de las operaciones de crédito público y que “*para la correspondiente emisión del acto administrativo, como apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa*” se requiere, por imperativo constitucional y legal, la consulta a la Procuraduría General de la República, de conformidad con el art. 247 de la C y el art. 11 de la LOPGR.

B. *Asamblea Nacional*

§441. Presentación del tema – El Estado Constitucional, sea cual fuere el concepto que sobre su naturaleza se tenga, ha sido creado para cumplir determinados fines constitucionales, de acuerdo con el art. 3 de la C. Para ello se le dota de la técnica de la potestad pública, que es una técnica de la Teoría general del Derecho, como concretamente se manifiesta el llamado en la teoría política el “poder público” y por eso mismo, ni es ni puede lógicamente ser, ilimitada, incondicionada o absoluta, sino estrictamente tasada en su extensión y contenido, lo cual viene a ser una concepción capital en la concepción actual del Estado de Derecho (García de Enterría)⁴⁶ y que le permiten el ejercicio de funciones propias mediante el desenvolvimiento de numerosas actividades estatales.

Pero también es cierto, con mayor o menor intensidad, tales potestades y actividades estatales están sujetas a un régimen de control público –sistemas y procedimientos– (Araujo-Juárez)⁴⁷. En su significación jurídica, debemos señalar como premisa fundamental, que los titulares de las funciones estatales y de manera concreta de la función administrativa, están sometidos con la mayor amplitud en su ejercicio, en la concepción de un Estado Constitucional, a diversos controles públicos, los cuales van a hacer efectivo el principio de juridicidad y el principio de eficacia.

Así, tomando a préstamo la modalidad metodológica que impusieron Loewenstein y García Pelayo⁴⁸, la doctrina clasifica el sistema de control público sobre la Administración pública desde sus diversos ángulos y enfoques y, por ende, las clasificaciones pueden obedecer a distintos criterios, a saber: finalidad o naturaleza de la actividad; la oportunidad; el objeto; la ubicación del órgano o del titular del control; y por último, la vinculación de los órganos entre los cuales se establece la actividad de control (Dromi)⁴⁹.

Así las cosas y tal vez sea la más importante, la clasificación del control público que atiende a la finalidad o naturaleza de la actividad, así: **(i)** El control administrativo; **(ii)** El control legislativo; y por último, **(iii)** El control jurisdiccional, siendo solo el control legislativo o más comúnmente denominado parlamentario, el de consideración presente, por obvias razones metodológicas.

C. *Control parlamentario*

§442. Idea general – El control parlamentario, con carácter general, es el que ejerce la Asamblea Nacional. 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

⁴⁶ García De Enterría, E. y Fernández, T.R. *Ob. cit.*, nota 6, T. I, 488-489.

⁴⁷ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 232, 23-41.

⁴⁸ Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 149-468; y García Pelayo, M. (1959). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 294-324.

⁴⁹ Dromi, J.R. (1979). *Prerrogativas y Garantías Administrativas, 2° Parte. Garantías del Administrado*. Tucumán, UCT, 9 y ss.

control público eminentemente político (art. 187 núms. 3, 10, 11, 16 y 17 C). Dicho control tiene según Berlín Valenzuela⁵⁰ “*el sentido de inspección, fiscalización, comprobación, revisión o examen*” de los actos del Poder Ejecutivo.

Las características del control parlamentario para Avellaneda⁵¹ son: **(i)** Consiste en una actividad de examen, de verificación, de comprobación, de revisión; **(ii)** Puede ser de legalidad o mérito, así que deben existir unos patrones a los cuales debe ceñirse; **(iii)** Tutela valores, principios, postulados y normas que orientan la acción estatal; y por último **(iv)** Debe tener consecuencias en términos de responsabilidad.

Ahora bien, dentro del universo de contratos públicos que puede celebrar el Estado Constitucional, a través de la Administración pública, el Poder constituyente prácticamente desde sus inicios, sometió a algunos de ellos a un régimen de control público, hacienda participar al Parlamento o quien haga sus veces, en ejercicio del control parlamentario, mediante autorizaciones o aprobaciones. Inicialmente tales contratos fueron contratos típicos o nominados, por ej., los de obras públicas, los contratos de concesión, etc., pero al incrementarse por parte del Estado Constitucional la actividad industrial y comercial, terminó denominándolos contratos de interés nacional, sin referirse a ningún tipo en especial. Posteriormente, fue también manifiesta la voluntad del Poder constituyente someter a un régimen de control los contratos de los estados federados y de los municipios, y por tanto englobó a unos y otros con la denominación de contratos de interés público (Boscán de Ruesta)⁵².

En definitiva, el control parlamentario sobre las contrataciones públicas cuando así está establecido tiene un fundamento: evitar que el Poder Ejecutivo adopte actos jurídicos de interés público –de carácter financiero, económico o social–, sin la intervención del Poder Legislativo. El control parlamentario puede intervenir a través de una ley formal especial, un acuerdo o una decisión de alguna de las Comisiones de la Asamblea Nacional, cuyo objeto es apreciar no solo la juridicidad, sino la oportunidad y conveniencia del contrato público sometido al control parlamentario.

§443. Contratos de interés público – Con respecto a los contratos de interés público, debemos empezar por señalar que la Constitución, siguiendo una larga tradición que se remonta a fines del siglo XIX, estableció un régimen de “control parlamentario” respecto de la celebración de los contratos de interés público. Y en tal sentido, se puede señalar que la Constitución, al menos formalmente, se sustenta en otra importante orientación: el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, a manera de sistema de controles y equilibrios de poder, que se revela en la celebración de los contratos de interés público. Además de las autorizaciones y las aprobaciones, el control parlamentario de la Administración pública se realiza a través de diferentes actividades, tales como las investigaciones, las interpelaciones y las preguntas.

En tal sentido, de acuerdo con la Constitución tiene que haber una ley que expresamente indique que determinados contratos de interés nacional deben ser sometido a aprobación legislativa para que ello sea exigido, habiéndose puesto así fin en la Constitución, a las discusiones sobre cuándo la intervención parlamentaria era o no necesaria. En consecuencia, de acuerdo con el art. 150 de la C, los contratos de interés público estatal o de interés municipal, en ningún caso, requieren aprobación por la Asamblea Nacional y en cuanto a los contratos de interés público nacional solo lo requieren, cuando así lo determine expresamente una ley.

⁵⁰ Berlín Valenzuela, F. (1994). *Derecho Parlamentario*. México, FCE, cit. Por Aveledo, R.G. *Ob. cit.*, nota 897, 93.

⁵¹ Avellaneda, E. (1999). *El control parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública*. Caracas, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV-IDP.

⁵² Boscán de Ruesta, I. (1983). “La Inmunidad de Jurisdicción en los contratos de Interés Público”. *RDP* Nº 14, 43.

Así las cosas, por ej., el art. 33 de la LOH establece respecto de los contratos de interés público de asociación para “*la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias*”, que los mismos están sujetos a la aprobación previa de la Asamblea Nacional, “*a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República*”.

§444. Clasificación – Con relación a los contratos públicos, o al menos con relación a alguna categoría específica de ellos, la Constitución utiliza la expresión histórica de contratos de interés público de modo genérico, como sucede en el art. 151; y aparte de modo específico, al señalar los distintos tipos de contratos de interés público, al indicar que pueden ser de interés público nacional, de interés público estatal o de interés público municipal (art. 150). Por ello, el texto constitucional habla de interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales.

Ahora bien, en virtud de que el Estado Constitucional está organizada como un Estado federal descentralizado (art. 4 C) con tres niveles de gobierno –nacional, estatal, municipal (art. 136 C)–, la intención de la regulación por parte de la Constitución de los contratos de interés público en el art. 150 fue clasificarlos, según fuesen suscritos, respectivamente, por las personas públicas estatales nacionales, las personas públicas estatales y las personas públicas municipales.

En tal sentido, Brewer-Carías⁵³ sostiene que todos los contratos tanto de interés nacional, como de interés estatal o municipal, son, por supuesto, contratos de interés público (arts. 150 y 151 C), en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV C) comprende al Poder Público nacional, al Poder Público estatal y al Poder Público municipal. La noción de interés público, por tanto, es de carácter genérico, en contraste con los subtipos –nacional, estatal o municipal–, lo que resulta de la forma Federal del Estado Constitucional conforme a la distribución vertical del Poder Público.

Ante todo, un contrato será de interés nacional cuando así lo determine el legislador. Sin embargo, no es frecuente que la ley califique, expresamente, en los términos del art. 151 de la C, a un contrato como de interés público nacional. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, sin embargo, surgieron discusiones doctrinales sobre la noción del contrato de interés nacional, al considerar algunos autores que a la noción formal antes mencionada, debía agregarse una noción material sobre la “importancia nacional” del objeto de los contratos para poder ser calificados como tales contratos “de interés nacional”.

Por ello, los esfuerzos doctrinales que se han hecho tendientes a determinar su naturaleza, por contraposición a unos contratos que no son de interés nacional. Podría decirse, según Brewer-Carías⁵⁴, que contrato de interés público nacional, es aquel que interesa al ámbito nacional, concernientes al nivel nacional de gobierno, porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales –por oposición al ámbito estatal o municipal–, porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de Derecho público (por ej., la República o un instituto autónomo) o de Derecho privado (por ej., la empresa del Estado).

Por tanto, no serán contratos de interés público nacional aquellos que son de interés estatal o municipal, porque sean celebrados por personas jurídicas estatales de los estados fede-

⁵³ Brewer-Carías, A.R. (2013). “La contratación pública en Venezuela”. AA.VV. *Tratado General de los Contratos Públicos*, T. II, Dir. Cassagne, J.C. Buenos Aires, Ed. La Ley, 8 y ss.

⁵⁴ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 220.

rados o de los municipios, incluyendo los institutos autónomos y empresas del Estado de estas entidades político-territoriales, en atención a que el ámbito o radio de sus competencias no podría exceder de la circunscripción administrativa correspondiente, lo que no obsta para que de manera, directa o indirecta, afecte los intereses patrimoniales de la República.

Por otro lado, la jurisprudencia (caso *Brigitte Acosta Isasis* citado *ut supra*) ha sostenido con relación a los tipos de contratos de interés público, que la discusión ya ha sido resuelta por la Constitución atendiendo al criterio de la división en tres niveles político-territoriales del Poder público, en el sentido que los contratos de interés público constituyen el género, mientras que las tres categorías de los contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél.

En tal sentido, para precisar los elementos esenciales que imprimen, a ciertos contratos de interés público, el carácter de interés público nacional, la jurisprudencia (caso *Brigitte Acosta Isasis* citado *ut supra*) sostuvo lo siguiente:

Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.

En consecuencia, un contrato de interés público nacional es aquél que interesa al ámbito nacional –en contraposición al ámbito de los estados federales o de los municipios–, porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público, la República, un instituto o establecimiento público o una persona jurídica de derecho privado –empresa del Estado– (caso *Tadeo-Anzoátegui, C.A.* citado *ut supra*).

Por tanto, no serían contratos de interés público nacional aquéllos que son solo de interés público estatal o de interés público municipal, celebrados por personas jurídicas de los estados o de los municipios, incluyendo los institutos públicos y empresas del Estado de estas entidades político-territoriales.

Por último, algunas normas constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional (por ej., el art. 247), mientras que otras se aplican en cambio a todos los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estatal y municipal (por ej., el art. 151).

D. Modalidades

§445. Aprobación parlamentaria – En cuanto a la intervención de la Asamblea Nacional en materia de celebración de los contratos de interés público, el art. 150 de la C distingue tres supuestos (Brewer-Carías)⁵⁵:

En primer lugar, con relación a la celebración de los contratos de interés público nacional, el art. 150 de la C prevé, como regla general, que la misma requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional “*en los casos en los cuales así expresamente lo determine una ley*” e independientemente del criterio que se utilice para su definición. Por su parte, señala Badell Madrid⁵⁶ que al prever la Constitución, como regla general, que, los contratos de interés público nacional deben ser aprobados por la Asamblea Nacional en los supuestos que determine la ley, se delega en el legislador el establecimiento de los supuestos en los cuales se requerirá aprobación legislativa para los contratos de interés público nacional.

⁵⁵ Id., 227.

⁵⁶ Badell Madrid, R. *Ob. cit.*, nota 866, 24.

En este supuesto, sostiene a su vez la Procuraduría General de la República⁵⁷, la ley puede establecer expresamente cuáles contratos serán de interés público o determinar cuáles contratos requerirán de la autorización previa de la Asamblea Nacional para ser válidos, puesto que el solo hecho de someter un contrato a la aprobación de este órgano parlamentario permite calificarlo como de interés público.

En segundo lugar, la aprobación por la Asamblea Nacional, en todo caso, de contratos “de interés público municipal, estatal o nacional”, cuando la contraparte del contrato sean “*Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”, sin necesidad, en estos casos, de que deba haber alguna ley previa que lo exija.

En último lugar, la aprobación por parte de la Asamblea Nacional es necesaria, en todo caso, de contratos “de interés público municipal, estatal o nacional” ya suscritos, en el caso de traspaso a otros “*Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”, sin necesidad, en estos casos, de que deba haber alguna ley previa que lo exija.

Así las cosas, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 encontramos varios ejemplos, como fueron los casos del art. 5 de la LOREICH⁵⁸, al disponer el requisito previo de aprobación de la Asamblea Nacional para la celebración de convenios de asociación con entes privados relativos a la actividad de hidrocarburos; asimismo, el derogado art. 92 de la LFSA.

Posteriormente, bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el art. 33 de la LOH⁵⁹ dispone que “La constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional (...)”. También según el art. 98 de la LOAFSP, las operaciones de crédito son otro ejemplo de los contratos de interés público que deben ser aprobados por la Asamblea Nacional.

Finalmente, sostiene Badell Madrid⁶⁰, aún en los casos en que la ley no determine expresamente un contrato como de interés público, ni requiera de forma expresa de la intervención previa de la Asamblea Nacional, cuando el objeto de dicho contrato consista en una actividad calificada por la ley como de interés público, su objeto persiga una finalidad de interés colectivo, tenga una vital importancia sobre el desarrollo económico de todo el país, así como que represente una inversión de gran magnitud económica para la República, lo convierten en un contrato de interés público y, por ende, requiere como requisito indispensable para su validez, la autorización de la Asamblea Nacional.

§446. Autorización parlamentaria – Con relación a los supuestos de intervención de la Asamblea Nacional en materia de control público parlamentario respecto de los contratos de interés público, como se ha indicado, además de los casos analizados en el párrafo anterior de aprobación parlamentaria a que se refiere el art. 150 de la C, se debe destacar que el art. 187 núm. 9 *eiusdem* también se refiere al tema, pero utilizando la modalidad habilitante de autorización parlamentaria, en lugar de la modalidad de aprobación parlamentaria, al disponer lo siguiente:

⁵⁷ Procuraduría General de la República (2003). “Contratos de interés público nacional. Formalidades. Líneas de crédito rotativo. Generalidades. Operaciones de crédito público. Generalidades”. Doctrina de la Procuraduría General de la República 2001/2002. Caracas, FPGR, 94.

⁵⁸ Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, publicada en la GO N° 1.769 Extr., de 29-08-1975, derogada por la Ley Orgánica de Hidrocarburos publicada en Gaceta Oficial N° 37.323, de 13-11-2001.

⁵⁹ Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en la GO N° 38.493, de 04-08-2006.

⁶⁰ Badell Madrid, R. *Ob. cit.*, nota 866, 25.

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

De la disposición transcrita se debe resaltar el uso indiscriminado de las expresiones “aprobar” y “autorizar”, si se tiene en cuenta que, conforme a las técnicas habilitantes, y cuya distinción se hiciera en otra obra nuestra⁶¹, la autorización es un acto en ejercicio de control público anterior (*a priori*), mientras que la aprobación es un acto en ejercicio de control público posterior (*a posteriori*).

En efecto, la jurisprudencia (caso *Andrés Velásquez et al* citado *ut supra*) dilucidó el tema en cuanto a lo previsto en los dos mencionados arts. 150 y 187 núm. 9 de la C, sentando como criterio: **(i)** En los casos de control público parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional cuando así lo determine la ley, la habilitación a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional, con posterioridad a la suscripción del contrato (aprobación); y **(ii)** En cambio, en los casos de control público parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional que vayan a suscribirse con Estados o entidades oficiales extranjeras, o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, la habilitación a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con anterioridad a la suscripción del contrato respectivo (autorización).

En consecuencia, el control público parlamentario por parte de la Asamblea Nacional en los contratos de interés público procede de la manera siguiente (art. 150 C):

(i) La *aprobación* por parte de la Asamblea Nacional de los contratos de interés público nacional en los casos establecidos en la ley (art. 150 en concordancia con el art. 187 núm. 9 C).

(ii) La *autorización* con carácter preceptivo por parte de la Asamblea Nacional, cuando se pretendan celebrar contratos de interés público nacional, estatal o municipal con: *a)* Estados; *b)* entidades oficiales extranjeras; y *c)* sociedades no domiciliadas en Venezuela (art. 150 en concordancia con el art. 187 núm. 9 C).

(iii) La *potestad* de la Asamblea Nacional de exigir mediante ley determinadas condiciones especiales para la celebración de dichos contratos de interés público, por ej., la nacionalidad, el domicilio o de otro orden, o requerir garantías especiales, etc. (art. 150 C).

(iv) Y, por último, la *obligatoriedad* de incluir: *a)* la cláusula de inmunidad de jurisdicción relativa, esto es, la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales nacionales para conocer de las dudas y controversias relacionadas con la inteligencia y ejecución de los contratos de interés público; y *b)* la denominada cláusula Calvo, en razón de la cual, por ningún motivo o causa ellos pueden dar origen a reclamaciones extranjeras (art. 151 C).

§447. Conclusión – Todo lo anteriormente expuesto hace que la especie de los contratos de interés público presenten especificidades importantes en sus elementos – subjetivos, objetivos y formales– que justifican un régimen jurídico singular de nivel constitucional, preponderantemente de Derecho público o de Derecho privado, según sea el caso y de control parlamentario y de control jurisdiccional, dentro del sistema de la contratación pública, como fueron los claros ejemplos entre: **(i)** El contrato de interés público de PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias de Derecho privado, tal y como fuera deci-

⁶¹ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 1, Vol. 3.

dido por la jurisprudencia (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*), preponderantemente de Derecho privado (contrato privado) y con anterioridad **(ii)** El contrato de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones de la CANTV con motivo del proceso de la privatización de los servicios de telecomunicaciones, preponderantemente de Derecho público (contrato de carácter administrativo).

Pruebas en el Contencioso Administrativo

Juan Domingo Alfonso Paradisi*

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *El presente trabajo tiene por objeto las pruebas en el contencioso administrativo: Los principios generales aplicables, los procedimientos previstos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y las reglas en cuanto a carga de la prueba. Mención especial a algunos medios de prueba en el contencioso administrativo.*

Palabras Clave: *Pruebas, carga de la prueba, medios de prueba, contencioso administrativo, confesión, documentos administrativos, testigo experto.*

Abstract: *The purpose of this paper is to examine evidence in administrative litigation: the general principles applicable, the procedures provided for in the Organic Law of the Administrative Litigation Jurisdiction and the rules regarding the burden of proof. Special mention is made of some means of evidence in administrative litigation.*

Key words: *Evidence, burden of proof, means of evidence, administrative litigation, confession, administrative documents, expert witness.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. DEFINICIÓN

II. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

III. DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

IV. PRINCIPIOS GENERALES EN CUANTO A LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. El principio dispositivo y los elementos inquisitivos en el proceso contencioso administrativo. 2. Carácter subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa y la universalidad de control de las situaciones jurídico-subjetivas. 3. Libertad probatoria. 4. Necesidad de la prueba y prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez. 5. Eficacia jurídica y legal de la prueba. 6. Unidad de la prueba. 7. Comunidad de la prueba. 8. Lealtad probatoria. 9. Contradicción de la prueba. 10. Igualdad de oportunidades. 11. Pertinencia de la prueba. 12. Principio de valoración de las pruebas. 13. Prueba de hechos negativos. 14. Aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil.

* Profesor de Derecho Administrativo I en la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en la especialización de Derecho Administrativo y en la Maestría en Derecho Constitucional.

V. PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

1. *La prueba en las demandas de contenido patrimonial.* 2. *De las pruebas en los procedimientos breves.* 3. *De los procedimientos en cuanto a la demanda de nulidad y la carga de la prueba.* 4. *Procedimiento en segunda instancia.* 5. *Recurso de Juridicidad.* 6. *Procedimiento de medidas cautelares art 103 LOJCA.*

VI. SOBRE ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. *De la prueba por escrito.* 2. *Prueba de informes artículo 433 del Código de Procedimiento Civil.* 3. *Prueba de confesión.* 4. *Inspección ocular e inspección judicial.* 5. *Prueba de testigo-experto o perito-testigo.*

CONCLUSION

INTRODUCCIÓN

En virtud de la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y de sus disposiciones, fundamentalmente, los artículos 23, 49.1, 140, 254 y 259, se establece en Venezuela una jurisdicción contencioso administrativa que prevé una serie de acciones y recursos, así como de importantes poderes del juez contencioso administrativo a los efectos de: garantizar la “tutela de las situaciones jurídicas subjetivas” de las personas: a.- de la anulación de los actos administrativos generales o individuales; b.- determinar la responsabilidad patrimonial del Estado (responsabilidad objetiva art. 140 CRBV); c.- la condena al pago de sumas de dinero; d.- la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; e.- reconocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; f.- conocer de las abstenciones de la Administración; g.- de las vías de hecho de la Administración; h.- y de disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Todo lo cual ha sido ratificado y desarrollado por la Ley del Tribunal Supremo de Justicia¹ y por la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa².

En efecto, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo previó, finalmente, con sus diversas críticas y quizás de manera no sistemática u ordenada, una serie de procedimientos a ser desarrollados por ante dicha jurisdicción contencioso, lo cual fue, sin duda, una conquista aspirada desde 1976, estableciéndose en su normativa la “universalidad del control” (art 8) y la subjetivación de los procedimientos de demandas de nulidad, dotándolos de la técnica de “audiencias orales” en los diversos procedimientos, a los efectos de abreviar los lapsos y tratar de lograr mayor participación de los jueces (principio de intermediación).

De allí que, por ante estos tribunales que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe producirse la actividad probatoria y pueden las personas ejercer su derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, consagrado en el art. 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en los sucesivos CRBV). Esto es, las personas (naturales y jurídicas), tienen derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso (en este caso en el Contencioso Administrativo), de acceder a las pruebas y de disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa. Esto constituye el reconocimiento constitucional de la “libertad probatoria”, de promover y evacuar todos los medios probatorios libremente, en tanto y en cuanto no sean manifiestamente ilegales ni impertinentes o dicho de otro modo, que no sean contrarios al ordenamiento jurídico y que tengan como objeto la demostración de

¹ Venezuela. *Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario de 19 de enero 2022.

² Venezuela. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

los hechos controvertidos que dan lugar al proceso contencioso administrativo e igualmente ejercer cada una de las partes el correspondiente control de los medios probatorios: esto es la oposición u objeciones respectivas.

En efecto, de nada sirve el establecimiento por la Constitución del Derecho a la Defensa (promover los medios adecuados para su defensa art 49.1 CRBV), así como su previsión por tratados y convenios internacionales que tienen jerarquía constitucional, aplicabilidad directa y prevalecen en el ordenamiento jurídico venezolano (art 23.1), si los jueces de lo contencioso no son autónomos e imparciales y no pueden ejercer el debido control sobre la actividad administrativa (actos administrativos unilaterales, bilaterales o vías de hecho de la administración), o no determinar la responsabilidad patrimonial del Estado o de la Administración Pública (ya sea contractual o extracontractual). Ello vacía de contenido a la jurisdicción contencioso-administrativa e implica incentivos a acudir a otras jurisdicciones internacionales, de ser el caso (CIADI en su momento) u otros organismos (ONU en materia de derechos de las personas o ciudadanos por violación de sus derechos por la Administración), o acudir a otros mecanismos paralelos de negociación, en vez de ejercer el control de legalidad o inconstitucionalidad por ante la jurisdicción competente.

De igual manera es necesario el desarrollo de un contencioso de los servicios públicos que sea real y efectivo sobre la “existencia” y el reclamo en la prestación eficiente de los servicios públicos, por supuesto es necesaria la inversión y participación de capital privado en los mismos, pero también es necesario efectuar un verdadero control contencioso administrativo sobre la prestación de los servicios públicos dado el estado deplorable de muchos de ellos en nuestro país; y por supuesto, el restablecimiento de la situación jurídica infringida de las personas mediante el amparo constitucional contra actos del poder público que violen o menoscaben los derechos constitucionales.

De lo contrario, esto es si estas premisas no se exigen ni se verifican, el contencioso administrativo será un ejercicio “teórico”, donde no se aprecian los alegatos ni las pruebas, donde la jurisdicción contencioso administrativa se puede convertir en un ejercicio fútil, donde las pruebas no serán apropiadamente apreciadas ni valoradas por la sentencia definitiva, y de no haber jueces autónomos e imparciales no podrá la Administración ser condenada al pago de sumas de dinero a la reparación de daños y perjuicios ni tampoco se producirán, con la debida “normalidad”, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados, ni se restablecerán las situaciones jurídicas subjetivas de las personas lesionadas por la actividad administrativa y se ejercerá la actividad judicial tan sólo en beneficio de una de las partes, sin la debida imparcialidad y objetividad prevista y exigida por la Constitución de 1999 vigente (art 254 CRBV).

I. DEFINICIÓN

La prueba constituye una actividad procesal encaminada a demostrar los hechos, su exactitud o su inexactitud, en cuyo examen a través de los medios probatorios se pueda deducir no sólo la comprobación de lo alegado, sino que se logre la convicción del juez o se aporten de elementos para moldear la decisión del juez contencioso administrativo, brindándole la certeza de las circunstancias relevantes del juicio. La misma es promovida regularmente por los litigantes, quedando librada a la iniciativa de los casos excepcionales, como en los autos para mejor proveer, establecido en el caso de la LOJCA en el artículo 39³.

³ Allan R. Brewer-Carias, *Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen VI La jurisdicción Contencioso Administrativa, Ed. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2013. p. 340.

II. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ha señalado la doctrina⁴ que el objeto “viene dado por el dato (existente o no) del cual dependerá la convicción del juez, siendo por tanto obligación de la parte a quien le corresponde probar la promoción del medio que contenga el elemento suficiente capaz de convencer”⁵. En relación con los alegatos, se distingue entre alegatos de hecho y alegatos de derecho, los primeros requieren de prueba, en cambio en cuanto a los alegatos de derecho no constituyen objeto de prueba ya que el juez conoce el derecho (principio *iura novit curia*).

Ahora bien, hay afirmaciones que no constituyen objeto de prueba, por diversas razones. En primer lugar, los hechos aceptados por las partes, por tanto, sólo son objeto de prueba los hechos controvertidos (art 389 ordinal 1 del Código de Procedimiento Civil).

De allí la importancia de advertir que hechos se aceptan y cuales no para precisar sobre cuales recaerá la actividad probatoria (ver artículo 57 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶). En segundo lugar, razones vinculadas al objeto de la prueba, se verifica para el caso de las presunciones de ley, que relevan de prueba a los favorecidos por la presunción y sólo pueden desvirtuarse por prueba en contrario y por razones inherentes a la actividad por la existencia de hechos notorios según lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil (se agrega aquí el hecho notorio comunicacional).

III. DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el régimen dispositivo, toda esa actividad tendiente a acopiar el material de conocimiento que va a necesitar el juez para decidir constituye una carga para las partes, en plural y esa carga de las partes, va a condicionar al juez para tomar su decisión con fundamento a lo alegado y probado por las partes, quien no puede separarse de ello. Esto es, el juez no puede decidir en base a hechos no alegados ni probados por las partes. De allí pues, en el proceso ordinario es a las partes y no al juez a quienes le corresponde la prueba, rigiendo el principio dispositivo. De tal manera, es a las partes a las que les corresponde probar los hechos y no el derecho. El juez se presume conoce el derecho y no puede ser condicionado por las partes, pero si les corresponde a éstas últimas la alegación y demostrar los hechos.

El problema de la carga de la prueba es propio del procedimiento dispositivo y en el procedimiento inquisitorio el juez ordena las pruebas de oficio y esta desvinculado de la iniciativa de las partes. En contraste, en el principio dispositivo la carga de la prueba constituye una conducta impuesta a una o a ambas partes para acreditar la verdad de los hechos alegados. Ahora bien, dado que las partes deben alegar y probar los hechos de acuerdo con el principio dispositivo. ¿a quién le corresponde la carga de la prueba?

En este particular se ha destacado por la doctrina que es distinta la situación de la carga de la prueba respecto de las obligaciones de las que existe en materia de hechos y actos jurídicos⁷. En el caso de las obligaciones el actor prueba los hechos que suponen la existencia de las obligaciones y el demandado debe probar los hechos que suponen la inexistencia de sus obligaciones. Pero, en el campo de hechos y actos jurídicos, el principio es que tanto el actor como el demandado deben probar sus respectivas posiciones, de tal manera que cada una de

⁴ José Miguel Torrealba Santiago, “Contencioso administrativo, responsabilidad patrimonial extracontractual y prueba” en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*, 1^{era} edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. p 451.

⁵ Ibid. p. 452.

⁶ Venezuela. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

⁷ Allan R. Brewer-Carias. *ob.cit.*, p. 341.

las partes debe probar los hechos que le interesan y ello cobra relevancia en el campo del derecho administrativo (la parte que invoca a su favor una norma jurídica tiene la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto para la aplicación de esa norma (artículo 506 CPC).

IV. PRINCIPIOS GENERALES EN CUANTO A LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. *El principio dispositivo y los elementos inquisitivos en el proceso contencioso administrativo*

Por tanto, en el proceso contencioso administrativo, dependiendo del tipo de proceso, el recurrente debe probar lo que alega, ya se trate de una demanda de nulidad de un acto administrativo o de una demanda de contenido patrimonial, por ejemplo. Este esencialmente tiene la iniciativa procesal a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, también en el proceso contencioso administrativo, se encuentran elementos inquisitivos que condicionan, en efecto, la carga de la prueba. Así las cosas, el Juez es el rector del proceso de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en lo adelante (LOJCA) y debe impulsar el procedimiento hasta su conclusión.

El artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establece:

“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”.

Esta norma constitucional delimita el campo de actuación y la extensión de los poderes del juez contencioso con el fin de asegurar la tutela jurisdiccional de los derechos de los particulares frente a la Administración, ya que este podrá controlar la legitimidad y legalidad de la actividad de la Administración⁸ y en muchos casos, la dirección del proceso, al juez le corresponde la búsqueda de la prueba y puede tener iniciativas propias. Así, el artículo 30 de la LOJCA establece: “los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa conocerán a instancia de parte, o de oficio, cuando la ley lo autorice”. En efecto, los jueces de lo contencioso administrativo tienen la iniciativa procesal, de conformidad con el artículo 39 de la LOJCA, pueden solicitar información o hacer evacuar la prueba de oficio que consideren pertinentes.

Como se ha ratificado en sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa donde enaltece⁹:

“que en virtud de las amplias facultades de control de la legalidad que han sido conferidas a los jueces contencioso-tributarios, pueden éstos confirmar actos administrativos, modificarlos o revocarlos, sin que ello constituya violación del principio dispositivo que rige en el pro-

⁸ Henry Rodríguez Facchinetti, “El Contencioso-Administrativo como Proceso Regido por el Principio Dispositivo. Su Importancia en Materia Probatoria”, en *Revista de Derecho Probatorio* director Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, 1995. p. 172.

⁹ Véase el alcance del principio inquisitivo en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, número 807 del 22 de junio de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00807-22611-2011-2010-1139.HTML>. consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

cedimiento civil ordinario, regulado en nuestro ordenamiento positivo por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil; con fundamento a lo expresado y atendiendo al hecho que la labor del juez contencioso tributario está orientada fundamentalmente por el principio inquisitivo, el cual le faculta, entre otras circunstancias, a corregir irregularidades que no hayan sido alegadas por las partes, con base en el principio del control de la legalidad y del orden público”

Por lo tanto, en las demandas de contenido patrimonial, el juez puede resolver los defectos del procedimiento de oficio a solicitud de parte y debe hacerlo constar en acta (art 57) y como característica prevista en la ley la LOJCA, el juez de conformidad con el art. 58 puede convocar de oficio para su participación en la audiencia preliminar a las personas, entes, consejos comunales, colectivos o cualquier otra manifestación popular de planificación, control y ejecución de políticas y servicios públicos, cuyo ámbito de actuación se encuentre vinculado con el objeto de la controversia, para que opinen sobre el asunto debatido. De igual manera, en los procedimientos breves (art.69 LOJCA) el juez de oficio puede realizar las actuaciones que estime procedentes para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha señalado que:

“el poder inquisitivo del juez contencioso administrativo no es ilimitado desde que al juez le está vedado suplir de oficio alegatos o defensas de las partes. Ciertamente, el Juez está sujeto al deber de congruencia que lo obliga a atenerse, exclusivamente, a lo alegado y probado en autos, por consiguiente, su facultad para solicitar de oficio información o evacuar pruebas deberá estar relacionada con las cuestiones controvertidas por las partes¹⁰.

2. *Carácter subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa y la universalidad de control de las situaciones jurídico-subjetivas*

De igual manera, como ha sido destacado por la doctrina¹¹, una vez aprobada la Constitución de 1999, con sus disposiciones en especial el artículo 259 mencionados supra, y ello ratificado por la ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se ha previsto el carácter subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa y la universalidad de control como lo han ratificado diversas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

“... a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de legalidad objetiva a que está sometida la administración... sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas.” (sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en sala Constitucional de 23 de octubre 2002).

“El juez no se limita a un mero control de legalidad o inconstitucionalidad objetiva de la actividad administrativa, sino se constituye en un verdadero sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo que los justiciables pueden accionar contra la Administración Pública a fin de solicitar el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por su actividad o inactividad vías de hecho o de actuaciones materiales”(sentencia del Tribunal Supremo de justicia- Sala Constitucional N° 1383 del 14 de noviembre 2012. Subrayado nuestro).

¹⁰ Isabel Boscán De Ruesta, “El Régimen de la Prueba en el Contencioso-Administrativo”, en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. p. 346.

¹¹ Ramsis Ghazzaoui, “Control contencioso administrativo sobre las vías de hecho” en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otro Mecanismos de Control del Poder Público*, 1era edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. p. 467 y ss.

A continuación, señalamos lo expresado por la doctrina, fundamentalmente por los profesores: Carmelo de Grazia¹², Rafael Badell¹³, Duque Corredor¹⁴ y José Miguel Torrealba Santiago¹⁵, en cuanto a los principios que rigen la materia probatoria en el contencioso administrativo:

3. *Libertad probatoria*

En virtud de salvaguardar el derecho constitucional del debido proceso, el particular frente a la Administración gozará de disponer de la libertad, de valerse de todos los instrumentos probatorios a su disposición para demostrar la licitud de los hechos controvertidos, con el fin de lograr la convicción del juez contencioso-administrativo. Por lo tanto, se podrá promover los medios de prueba que se estimen convenientes, siempre que las restricciones que el derecho positivo exprese, no se puedan aplicar analógicamente a supuestos distintos a los previstos en la ley, como el caso de que las pruebas:

“no sean manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes”, a tenor de lo dispuesto en el segundo aparte del artículo 62 de la LOJCA. Del dispositivo parcialmente transcrito se observa que las partes deberán procurar que las pruebas promovidas, estén exentas de las irregularidades señaladas. De igual modo, en virtud de las limitaciones, que tienen los funcionarios públicos para efectuar actos de disposición que involucren el patrimonio público, existirán restricciones a tales facultades y ello condiciona el principio de libertad probatoria, el cual no parece absoluto en el campo de la responsabilidad estatal, en el caso patrimonial extracontractual”.¹⁶

La Sala Político-Administrativa ratifica el principio con las concepciones recogidas en la jurisprudencia por el máximo tribunal

“inclinándose a establecer que en principio debe admitirse cualquier tipo de prueba con fundamento al principio de la libertad probatoria, salvo las excepciones que la propia ley prevé como ilegales o impertinentes (artículo 398 del Código de Procedimiento Civil)”.¹⁷

4. *Necesidad de la prueba y prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez*

La prueba es una de las piezas claves en un juicio, ya que, garantiza a las partes su derecho a la defensa. Por lo tanto, la prueba está regida el principio de la prohibición de aplicación del conocimiento privado del juez, y este se extiende a todas las áreas del Derecho, no

¹² Carmelo De Grazia, “1993-2003 Conferencia dictada por Carmelo De Grazia Suárez el 3 de mayo de 2003, en el marco de las XXVIII Jornadas de “J.M. DOMÍNGUEZ ESCOVAR” en homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2003. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-el-ordenamiento-juridico-venezolano/>

¹³ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>

¹⁴ Román José Duque Corredor, “Admisibilidad de las Pruebas y la carga de la prueba en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho Probatorio*, N° 5, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1995.

¹⁵ José Miguel Torrealba Santiago, “Contencioso administrativo, responsabilidad patrimonial extracontractual y prueba” en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*, 1^{ra} edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. p 451.

¹⁶ José Miguel Torrealba Santiago, *ob.cit.*, p. 448.

¹⁷ Véase el alcance del principio de libertad probatoria en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, número 1676 del 6 de octubre de 2004. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01676-061004-1999-16424.HTM>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

sólo en el contencioso-administrativo, a razón de que, sin imparcialidad en la decisión de juez, la existencia de la lucha por defender los derechos de los particulares sería totalmente estéril.

Para que en el desarrollo de un proceso cumpla con los principios de imparcialidad, en la jurisdicción contencioso-administrativa los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial tienen que estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez (principio inquisitivo), sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento privado que tenga sobre ellos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el ordinal 5 del artículo 243 *eiusdem*¹⁸.

La imparcialidad otorga al recurrente seguridad jurídica y a su vez da cumplimiento al mandato constitucional en el artículo 26 segunda parte:

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

Este mandato constitucional es de suma relevancia, en la aplicación jurisprudencial y se evidenciada en reiteradas sentencias como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal¹⁹ el cual invoca el principio en virtud de la protección al particular el cual se le violó el derecho a la defensa:

“Con este proceder la jueza de control violó: a) el principio de congruencia (...) (aplicación de la máxima romana *juxta alegata e probata*), que comprende la relación que debe existir entre lo alegado y probado en autos, y la valoración que realiza el juez o jueza como base de su convicción para dictar su decisión; b) el principio de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez o jueza sobre los hechos, también llamado principio de imparcialidad, consagrado en el artículo 26 de la Constitución, que asigna al juez o jueza la orden de ser objetivamente imparcial, sin establecer privilegios y prejuicios. Expresando con su fallo la jueza de control una posición inherente a la fase de juicio, que conlleva una extralimitación de funciones, pero además de forma manifiestamente inmotivada, violándose con ello la parte in fine del artículo 329 del código Orgánico Procesal Penal”. (Subrayado de la Sala)”.

5. *Eficacia jurídica y legal de la prueba*

Conforme con la legislación procesal venezolana, dicho principio se encuentra contenido el artículo 395 del CPC y consiste en que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador para a llegar una conclusión sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes en juicio²⁰.

¹⁸ Agustín Gordillo, “La prueba en el derecho procesal administrativo”, en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1995. p. 128. En cuanto a la imposibilidad de que el juez contencioso emplee su conocimiento privado señaló “el conocimiento privado del juez es aquello que él sabe y que no está en el expediente; la solución clásica es que no puede usar su conocimiento privado para resolver una cuestión, sin perjuicio de que pueda ordenar medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente bajo el control de las partes, su conocimiento privado. De este modo y no de otro, puede llevarlo a la sentencia”.

¹⁹ Véase el alcance del principio prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez en la sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, número 103 del 22 de octubre de 2020. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/octubre/310227-103-221020-2020-C20-18.HTML>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

²⁰ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en *Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas*. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

En tal sentido, la norma da la posibilidad de incluir por vía de analogía medios de prueba similares a los indicados en el presente Código y otras leyes de la República.

La jurisprudencia, ha tenido un criterio reiterado conforme a la interpretación analógica del artículo, evidenciado así en Sentencia N° 01350 dictada por la Sala Político-Administrativa de fecha 12 de noviembre de 2012²¹, en la cual se expone:

“(…)esta Alzada considera preciso destacar -como se ha señalado en anteriores fallos (Vid. Sent. N° 5.475 del 4 de agosto de 2005, caso: S.J.M.J., ratificada en las sentencias de esta Sala bajo los Nros. 14 de fecha 10 de enero de 2007, caso: Contraloría General de la República; y 14 del 9 de enero de 2008, caso: Línea Aérea de Servicio Ejecutivo Regional Laser, C.A. (LASER) que conforme al pacífico criterio sostenido por la doctrina nacional, el llamado principio o sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones; principio que se deduce del texto expresamente consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que señala:

Artículo 395.- Son medios de prueba admisibles en cualquier juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez”.

6. *Unidad de la prueba*

Este principio consiste en que el juez contencioso tiene la tarea, de examinar todas las pruebas presentadas en el juicio como una unidad, y no de forma individual o independiente, de quienes las hayan aportado, ya se trate de los particulares o de la Administración Pública. Por consiguiente, ello implica que el juez contencioso debe examinar de manera integral los distintos medios promovidos que resulten evacuados, como tal deben ser examinados y apreciados por el juez, quien debe cotejarlas entre sí, a fin de que en su convencimiento surja de la verdad que se deriva de las pruebas en su conjunto (artículos 508 y 509 del CPC).

7. *Comunidad de la prueba*

Según el profesor José Miguel Torrealba Santiago “al hablar de comunidad de la prueba se hace alusión a la incorporación del conjunto probatorio. Al juicio como un todo (Unidad de la Prueba) y sobre tal deberá basarse la decisión definitiva”²². Así mismo Badell destaca: “Una vez aportado por las partes al proceso un medio probatorio, éste va a conformar un todo unívoco con las demás probanzas del expediente que constituye la materia probatoria sobre la que se basará la decisión final”²³.

²¹ Véase el alcance del principio Eficacia jurídica y legal de la prueba en la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, número 01350 del 12 de noviembre de 2012. Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01350-131112-2012-2011-0712.HTML, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

²² José Miguel Torrealba Santiago, *ob.cit.*, p. 449.

²³ Rafael Badell Madrid: “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

Véase el principio de la comunidad de la prueba en retiradas sentencias como en el caso de la Sala del Despacho del Juzgado de Sustanciación de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo²⁴:

“Una vez que estas pruebas son incorporadas al proceso, deja de pertenecer al litigante que la ha producido para transformarse en común, pudiendo cada parte servirse indistintamente de su prueba como de la producida por la contraparte, y el Juez puede utilizar las resultas probatorias para fines diferentes a los que contemplaron las partes que la promovieron, pudiendo el Juez -de acuerdo a este principio- valorarlas libremente, conforme a las reglas de la Sana Crítica, indistintamente de quien las haya promovido; para así formar su convicción de acuerdo al mérito de las mismas”

La prueba pasa entonces a pertenecer al proceso y el juez debe analizar y juzgar todas las pruebas producidas, sin importar para ello cuál fue la parte que la trajo al proceso. Este principio tiene total vigencia en el procedimiento contencioso-administrativo dado que tanto la Administración –en el proceso formativo- como el juez en el contencioso debe conseguir la verdad material”²⁵.

8. *Lealtad probatoria*

Este principio tiene por objeto perseguir los fines esenciales del Derecho en los medios probatorios en la medida en que las partes utilicen buenas prácticas jurídicas en sus instrumentos probatorios sin alterar la verdad y la justicia, en consecuencia, no deben usar los medios de pruebas para ocultar o alterar la realidad o para inducir al juez a engaño para obtener beneficios que no les corresponde. Se deduce de lo previsto en el artículo 170, ordinal 3 del Código de Procedimiento Civil.

9. *Contradicción de la prueba*

Es el derecho que se traduce en promover medios de prueba y contradecir los hechos aportados por la contraparte, ejerciendo su derecho a tener la oportunidad de la prueba, de conocerla y controlar su evacuación. Donde la doctrina señala que el mencionado principio “rechaza la prueba secreta o ilícita practicada sin el control de las partes”. Por lo tanto, este colabora con el principio dispositivo de que las partes son rectoras del proceso, por lo establecido en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 397 del CPC²⁶.

²⁴ Este criterio ha sido ratificado en sentencias de la Sala del Despacho del Juzgado de Sustanciación de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo véase la de fecha 9 de noviembre de 2016. Disponible en: [²⁵ Luis Fraga Pittaluga, “Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo N° 3*, mayo-agosto 1998, Editorial Sherwood, Caracas, 1998. “quien ha señalado tres consecuencias sobre la vigencia de la comunidad de la prueba: a- Aun cuando el promovente pretende beneficiarse de la prueba llevada por éste al proceso, es lo cierto que esta aspiración puede resultar frustrada cuando el medio producido lejos de favorecerlo lo perjudica fortaleciendo la posición de su contraparte. b.- Una vez practicada la prueba, las partes quedan imposibilitadas de renunciar o desistir de la misma, pues las pruebas incorporadas al proceso ya no les pertenecen. c.- Cuando se acumulan varios procesos, la prueba practicada en cualquiera de ellos vale para todos –principio de la prueba trasladada-, porque si el juez adquiere convicción respecto de un hecho común a todas las causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a ellas, a pesar de que se resuelvan en una sola sentencia”.](http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2016/NOVIEMBRE/23-9-AP42-G-2014-000375-2016-0156.HTML#:~:text=En%20consecuencia%2C%20insiste%20este%20Juzgado%20en%20que%20una,convicci%C3%B3n%20de%20acuerdo%20al%20m%C3%A9rito%20de%20las%20mismas, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁶ José Miguel Torrealba Santiago, ob. cit., p. 450.

10. *Igualdad de oportunidades*

La igualdad de oportunidades se deriva de los principios rectores del derecho, donde la ley erga omnes en su espíritu y razón, busca la imparcialidad ante la sociedad. Sin embargo, al estar en presencia de la actividad que desarrolla la Administración Pública, que cuenta con prerrogativas procesales. La determinada igualdad se perturba en el ámbito contencioso-administrativo dado algunos casos de los privilegios de la Administración previstos en las leyes como la LOSJCA o el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República²⁷.

Teniendo una dicotomía entre el Proceso civil y el Contencioso-Administrativo, este principio, otorga la facultad de la Administración para producir los medios de prueba idóneos para la reiteración de supuestos sobre los que se fundamenta su actuación, donde en este caso la mayor carga de la prueba le corresponde al particular, en consecuencia, los actos emanados por la Administración son considerados legítimos y legales salvo prueba en contrario.

11. *Pertinencia de la prueba*

Con fundamento en este principio²⁸, la doctrina ha destacado que “son inadmisibles en juicio las pruebas que no sirvan en absoluto para acreditar los hechos controvertidos en el proceso administrativo (artículo 398 CPC)”²⁹. La pertinencia, en criterio de la doctrina -Cabrera- debe ser entendida como “la congruencia que debe existir entre el objeto fáctico de la prueba promovida y los hechos alegados y controvertidos”³⁰. Luego, si no sucede tal relación la impertinencia deberá ser manifiesta, con el fin de declarar la inadmisibilidad del medio de prueba traído³¹.

A su vez el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa ha sentado jurisprudencia sobre este principio como se evidencia en la sentencia Número 01949 de 14 abril de 2005:

²⁷ Véase algunas de las prerrogativas en Venezuela. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.220 de 15 de marzo de 2016 en sus artículos:

Inaplicación de medidas preventivas o ejecutivas

Artículo 87. Los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva.

Absolución de posiciones juradas

Artículo 90. Ni las autoridades, ni los representantes legales de la República, están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el Juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo

²⁸ Véase el criterio reiterado en la sentencia Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, número 01949 de 14 abril de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00968-160702-01-0299.HTM>. consultado en fecha 21 de noviembre de 2023. Donde el Magistrado Hadel Mostafá Paolin recuerda la importancia en materia probatoria.

²⁹ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

³⁰ Jesús Eduardo Cabrera Romero, “Contradicción y control de la prueba legal y libre”, en *Revista de Derecho Probatorio*, Tomo I, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1989, página 36.

³¹ José Miguel Torrealba Santiago, *ob. cit.*, p. 449.

“la relación que debe existir entre los hechos alegados y los medios que evidencien la veracidad o falsedad de tales hechos, es decir, la pertinencia de las pruebas, circunstancia que impone que las pruebas promovidas y aportadas por las partes al proceso, deban guardar relación con el hecho que pretendan probar y con los términos en los cuales quedó trabada la litis, ya que de lo contrario, ante la evidente falta de relación entre las pruebas promovidas por las partes y los hechos por ella alegados, el juez al momento de decidir sobre su admisión o no, deberá declarar que las mismas son inadmisibles, debido a que no puede llevar a ninguna convicción al juez una prueba que no guarda relación con los hechos planteados en el proceso, ni con los términos en los cuales quedó trabada la controversia”.

12. *Principio de valoración de las pruebas*

Según lo sostenido por el profesor Badell: “El juez debe valorar las pruebas según la regla de la sana crítica –ex artículo 507 del CPC-, salvo que exista una regla legal expresa. Debe apreciar la prueba de testigos, administrarlas a las otras pruebas, desechar las declaraciones contradictorias y las del testigo inhábil. Asimismo, el juez debe analizar todas las pruebas que se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueran idóneas para ofrecer algún elemento de convicción (artículos 508 y 510 CPC)”.³²

13. *Prueba de hechos negativos*

Sobre la prueba de hecho negativos el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política-Administrativa en sentencias 01167 del 17 de octubre de 2013

“en relación a las afirmaciones de hecho, alegatos éstos planteados por las partes, en virtud de lo señalado en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, las mismas pueden consistir tanto en afirmaciones como en negaciones respecto de determinados hechos. Así, los hechos negativos, han sido definidos por la doctrina como la negación de un acto o de un hecho jurídico.

En tal sentido, es necesario distinguir si los hechos negativos son definidos o indefinidos, puesto que sólo a los primeros se les puede fijar un límite en el tiempo y el espacio y por lo tanto es posible probarlos si existe un hecho positivo que lo contraste y excluya. No obstante, serán indefinidos o indeterminados, aquellos hechos que no sea posible delimitarlos en tiempo, modo o espacio, y por tanto, no pueden ser demostrados mediante la prueba de un hecho positivo.

De esta forma, entiende la Sala que la distribución de la carga probatoria supone, por consiguiente, que quien invoque un hecho debe probarlo, y si este hecho es negativo definido, el mismo deberá comprobarse mediante una declaración o manifestación fáctica positiva en contrario. (Vid. sentencia de esta Sala N° 00755 del 27 de junio de 2012, caso: Corimon Pinturas, C.A.).

14. *Aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil*

Cabe destacar que de conformidad con el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: la Ley Orgánica del Tribunal Supremo (LOTS) y el Código de Procedimiento Civil (CPC) son de aplicación supletoria a las demandas interpuestas.

³² Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

V. PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Analizaremos de seguida los diferentes procedimientos previstos en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa vigente y veremos cómo es la carga de la prueba en cada uno de ellos de acuerdo con las pretensiones procesales en los mismos. Esto es analizaremos de seguida como es la prueba en:

Los procedimientos de contenido patrimonial; 2.- los procedimientos breves (demandas relacionadas con los reclamos por la omisión, demora, o deficiente prestación de los servicios públicos, abstenciones y vías de hecho); 3.- demandas de nulidad de actos administrativos y contratos públicos; 4.- procedimientos de las medidas cautelares. 5.- Recurso especial de juridicidad; 6.- Procedimientos en segunda instancia.

1. *La prueba en las demandas de contenido patrimonial*

El fundamento de la responsabilidad del Estado está radicado en el principio de integridad patrimonial en correspondencia con el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 133 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en lo adelante CRBV), según el cual “toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley³³ .

A. *Demandas intentadas contra los entes públicos o que estos intenten contra los particulares*

El procedimiento de las demandas de contenido patrimonial está regulado en la Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa en el artículo 56 y siguientes respecto a la tramitación en las que sean partes los sujetos enunciados en el artículo 7, estos son: La República, los Estados, el Distrito Capital y los municipios por los órganos que componen la Administración Pública, los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones en cualquier ámbito territorial o institucional; por los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva. Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares siempre que actúen en función administrativa; y por las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional. De tal manera, se ha señalado que la responsabilidad patrimonial extracontractual comprende todos los entes y órganos territoriales y no territoriales que conforman la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa a lo cual se debe agregar conforme a la Constitución vigente de 1999, la posibilidad de exigir reparación patrimonial por el ejercicio del resto de las funciones estatales (la judicial, legislativa y electoral), por medio del instituto de la responsabilidad patrimonial³⁴.

Este procedimiento regula las demandas que se intenten contra los entes públicos o que éstos intenten. Se resalta que las normas previstas en la sección primera en cuanto a los procedimientos de demandas de contenido patrimonial tienen carácter supletorio en cuanto a los demás procedimientos previstos en la LOJCA.

B. *Prueba del cumplimiento del procedimiento administrativo previo*

Ahora bien, de conformidad con el artículo 35.3 de la LOJCA en las demandas de contenido patrimonial, constituye causal de inadmisibilidad el incumplimiento del procedimiento

³³ *Ibidem*

³⁴ Véase: Allan R. Brewer-Carias, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011 p. 103; José Miguel Torrealba Santiago, *ob.cit.*, p. 445.

previo a las demandas contra la República, los estados o contra los órganos o entes del poder público a los cuales les atribuye la ley tal prerrogativa. De tal manera que el demandante, debe demostrar y acompañar a su demanda los documentos e instrumentos que acrediten el cumplimiento del procedimiento previo.

Así en el caso de demandas de contenido patrimonial contra la República debe cumplirse el procedimiento previo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR). Así de conformidad con la LOPGR (arts. 54 y ss.), debe manifestarse previamente por escrito al órgano que corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones del cual debe darse recibo al interesado donde debe constar tal circunstancia. El órgano respectivo, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la consignación del escrito contenido de la pretensión, debe proceder a formar expediente del asunto sometido a su consideración, el cual debe contener, según, el caso, los instrumentos donde conste la obligación, fecha en que se causó, certificación de la deuda, acta de conciliación suscrita entre el solicitante y el representante del órgano y la opinión jurídica respecto a la procedencia o improcedencia de la pretensión, así como cualquier otro documento que considere indispensable. Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación del expediente administrativo, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República, debidamente foliado, en original o en copia certificada, al objeto de que ésta, en un plazo no mayor de 30 días hábiles, formule y remita al órgano o ente respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación; opinión que en este caso tiene carácter vinculante.

Una vez recibida la opinión de la Procuraduría, el órgano respectivo debe notificar al interesado su decisión dentro de los 5 días a la recepción del criterio sostenido por la Procuraduría General de la República (art 57 LOPGR), a los efectos de que el interesado, dentro de los diez días hábiles siguiente a su notificación, de su respuesta al órgano que corresponda, acerca de si acoge o no la decisión notificada. En caso de desacuerdo, entonces allí queda facultado para acudir a la vía contencioso-administrativa, igualmente de no haber respuesta dentro del lapso igualmente puede acudir a la vía judicial (art 59 LOPGR).

Las demandas de contenido patrimonial pueden ser derivadas de responsabilidad contractual o extracontractual y puede tener como pretensión determinar la responsabilidad de la Administración y condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios.

C. *De la prueba en los casos de responsabilidad contractual por la violación por la administración de un derecho contractual*

En efecto, se trata de la violación de una obligación estipulada contractualmente. Estas obligaciones son estipuladas para ambas partes y su incumplimiento puede verificarse tanto por el cocontratante como por la Administración Pública contratante. Así en este último caso, La Administración Pública está obligada a indemnizar por los daños causados por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o por el retardo en su cumplimiento.

En realidad, se trata de la aplicación general del régimen contractual y del cumplimiento de las obligaciones de cada parte, así como del establecimiento de la indemnización en caso de producirse daños y allí, en aras de proteger la hacienda pública se ha delimitado los caracteres que ha de requerir el daño o perjuicio para obligar a su reparación, así como el vínculo de causalidad³⁵. Así las cosas, se requiere que:

A.- El daño sea cierto: se requiere la materialidad del daño y la certeza del mismo, lo cual se opone a su carácter eventual. Así el daño eventual es aquél que puede producirse.

³⁵ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo Parte General*, 1era edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2008. p. 1037.

B.- El perjuicio debe consistir en el menoscabo de una situación jurídicamente protegida. El perjuicio debe ser apreciable en dinero. Como se conoce aquí hay dos nociones diferenciadas el daño patrimonial y el daño moral:

El daño material o patrimonial consiste en la diferencia que media entre el patrimonio actual del perjudicado y el estado que su patrimonio tendría de no haberse producido el acontecimiento en que se funda, el reclamo de indemnización, comprendida la disminución del patrimonio existente (“*damnum emergens*”) o la frustración de un aumento del mismo (“*lucro cessans*”).

*El daño moral, por el contrario, se mantiene en el mundo de las afecciones y sólo se ha de indemnizar aquel daño real que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la reparación. Dicho de otro modo, es indispensable un vínculo de causalidad*³⁶.

C.- *Vínculo o nexo causal entre el incumplimiento de la obligación o retardo y el daño cierto.*

D. *De la prueba del daño, imputabilidad a la Administración, y del nexo de causalidad en los casos de responsabilidad extracontractual*

La responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela, tal y como se encuentra prevista en la vigente Constitución de 1999, es una responsabilidad de carácter objetivo, en virtud de lo establecido en el artículo 140 de la vigente Constitución. En efecto, el referido artículo 140 prevé:

“el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”

Así, la vigente Constitución se separa de la denominada responsabilidad subjetiva y acoge la responsabilidad objetiva del Estado. Por consiguiente, el Estado debe responder patrimonialmente por todos los daños causados a los administrados que le sean imputables, con independencia de la existencia de culpa por parte de la Administración. *Siempre que se verifique el daño y el nexo causal*, el Estado podrá ser declarado responsable y condenado al pago de sumas de dinero a los particulares afectados, por parte de cualquier órgano estatal.

De tal manera, el demandante tiene la carga de demostrar el daño y el nexo causal en el caso de la responsabilidad extracontractual de la Administración.

En este sentido ha destacado el Tribunal Supremo de Justicia:

(...) de acuerdo al texto del artículo 140 del Texto Fundamental [...] los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad de la Administración, son: a) que se haya producido un daño a los administrados en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos; b) que el daño infligido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento, sea éste normal o anormal; y c) la imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el hecho imputado a la Administración y el daño efectivamente producido por tal hecho”³⁷(subrayado nuestro).

En este sentido la doctrina ha destacado:” El elemento central de la responsabilidad es la determinación del daño y por consiguiente para su procedencia no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita. Bastará que se produzca una lesión

³⁶ *Ibid.* p. 1039.

³⁷ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 02840 del 28 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02840-281101-14810.HTM> , consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

atribuible a la actividad administrativa para que nazca en el particular el derecho a ser indemnizado, dado que éste no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación”³⁸.

En el proceso contencioso administrativo de demandas de contenido patrimonial donde la pretensión fundamental la constituye la responsabilidad del Estado, la carga de la prueba recae en el demandante quien debe probar que se han cumplido los presupuestos aquí expresados. Así es necesario que:

(i) El daño: debe ser cierto y efectivo, real y actual, esto es no eventual. Así como especial o personal, lo que implica que el daño debe ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Además, debe ser antijurídico, esto es, que se trate de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar. Así, debe implicar la violación o ruptura al principio de igualdad ante las cargas públicas referida con anterioridad o el sacrificio del particular.

(ii) La imputabilidad del daño a la Administración: el daño, debe ser jurídicamente imputable a la Administración por su funcionamiento normal (sacrificio particular) o anormal (hecho ilícito).

(iii) El nexo causal: es necesario que exista un vínculo causal entre el daño causado y la actividad lícita o ilícita desplegada por el Estado. De tal manera que, debe demostrarse la relación de causalidad entre el acto administrativo o hecho y el daño, el cual debe ser imputable y consecuencia del actuar de la Administración³⁹.

Así mismo, en la referida sentencia caso: Consorcio Inversionista Fabril de 28-11-2001, también se destacó:

“En tal virtud considera esta Sala que el daño sujeto a reparación, en primer término, debe existir, y para ello, debe ser plenamente demostrado en cuanto a su determinación cuántica, o en todo caso ser determinable”.

Así, la Sala desestimó la pretensión del demandante, al señalar que, por la falta de la determinación de la cuantía del daño, éste no estaba suficientemente demostrado:

³⁸ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

³⁹ Véase el criterio de la Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 02130 del 9 de octubre de 2001, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02130-091001-15336.htm>, consultado el 21 de noviembre de 2023. Donde el Magistrado Hadel Mostafá Paolini sostiene que “la responsabilidad extracontractual de la Administración debe ser interpretada bajo criterios restringidos, a fin de evitar generalizaciones impropias e inconducentes que excluyan los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho exclusivo de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito. Se impone entonces siempre un análisis, guardando la debida ponderación o prudencia en la aplicación de la teoría del riesgo, con omisión de la falla o falta del servicio, porque si se extiende o exagera en demasía su aplicación, sin límites, ello podría conllevar a que la administración tenga que hacerse prácticamente responsable de todas las situaciones de daño, lo cual puede establecer una injustificada y excesiva onerosidad sobre la hacienda pública. Establecido el amplio alcance del sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (...) se requiere determinar cuáles son los extremos necesarios para que ésta surja, a saber: (1) la existencia de un daño constituido por una afección a un bien o derecho tutelado por el ordenamiento jurídico o disminución patrimonial; (2) una actuación u omisión atribuible a la Administración; y, (3) la relación de causalidad entre tales elementos”.

Así, el daño debe ser probado incluso en lo que se refiere a su cuantía. Ello por cuanto el daño debe ser expresamente determinado a los fines de que sea procedente, ya que no puede simplemente el demandante alegar que se causaron daños sean materiales o morales y no probar sus efectos en el accionante (i.e. daños a su patrimonio o a su persona desde el punto de vista moral) y no está dado al Juez contencioso presumir los daños alegados.

Ello fue señalado expresamente por el TSJ en sentencia de la Sala Político-Administrativa del TSJ del 9 de octubre de 2001 (con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini) en la cual la Sala determinó que⁴⁰:

“el reclamante de los daños materiales debe probar las lesiones actuales y ciertas sufridas, señalando expresamente cuál fue la disminución de su patrimonio, no pudiendo el Juez presumir tales daños.

En el caso bajo análisis, la parte actora alegó y probó las lesiones físicas sufridas, limitándose a señalar que le acarrearón daños patrimoniales, sin indicar en qué sentido estos daños afectaron su patrimonio, y no existe prueba en el expediente de qué manera la omisión imputada a la Administración le causó pérdidas o deterioro de sus bienes, o la imposibilidad para generar lucros, tampoco expresó haber realizado gastos médicos o de otra naturaleza, o haber sufrido cualquier otra clase de agravio de carácter patrimonial. Es por ello, que esta Sala debe desestimar la petición de indemnización por concepto de daños patrimoniales. Así se declara”.

Lo mismo ocurre en lo que se refiere a la prueba del daño moral, este debe ser extensamente probado, como ha sido afirmado igualmente por la Sala Político-Administrativa en sentencia del 12 de diciembre de 1996, en cual se dispuso que:

“En relación con la pretensión de condena por daños morales ocasionados por la emisión y divulgación del acto administrativo impugnado, considera la Sala que, en efecto, ella debe proceder, ya que ha quedado determinado a lo largo del proceso no sólo que eran falsas las imputaciones contenidas en la providencia administrativa recurrida [...], por lo que fue absolutamente incorrecto el tacharlo de inmoral, de carácter de dignidad y de honor, y de mantener reiteradamente una conducta relajada no cónsona con la vida militar; [...] [así como que] a raíz de su retiro intempestivo de la Armada tuvo el actor que pasar por grandes dificultades, tanto en el ámbito familiar, como entre sus compañeros y amistades, y en el plano profesional y económico, siendo objeto de rechazos y viéndose imposibilitado de conseguir un trabajo acorde con sus capacidades” (énfasis añadido).

Como ha destacado la doctrina, fueron suficientemente demostrado los extremos requeridos para la reparación del daño moral, tales como: el daño al honor y a la integridad; que ese daño fue imputable al órgano administrativo que lo dictó; y el nexo causal el cual se deriva del acto que le produce ese daño, resultó procedente el pago de indemnización a al particular.⁴¹

⁴⁰ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 02130 del 09 de octubre de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02130-091001-15336.HTM>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

⁴¹ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

E. *Etapas Procesales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:*

La LOJCA ha previsto un sistema de audiencias a los efectos de la mayor implementación de la oralidad y con la oportunidad de que los jueces, tuviesen la posibilidad más inmediata (principio de inmediación) de conocer los hechos. De igual manera, aún no se ha llevado plenamente a cabo, permite la posibilidad de grabar las audiencias y emplear métodos audiovisuales. Esto no obsta para que sean levantadas actas por escrito de dichas audiencias.

De conformidad con la vigente LOJCA en la Audiencia Preliminar oral, el demandado debe expresar con claridad si contraviene los hechos alegados por la contraparte, ello con la finalidad de que el juez fije los hechos controvertidos. Así se precisan los límites de la controversia y se define el *thema decidendum* (función abreviadora de la Audiencia Preliminar⁴²). En esta oportunidad, las partes deben promover los medios de pruebas que sustenten sus afirmaciones (art 57 LOJCA) (función ordenadora); y en la contestación de la demanda, la cual debe tener lugar a los diez (10) días de despacho siguientes a la audiencia preliminar, deben presentarse los documentos probatorios. De allí que, especialmente, en las demandas de contenido patrimonial corresponda al demandante probar tanto los daños, como el nexo causal esos daños a la Administración, pudiendo la Administración desvirtuar esos alegatos. Si el demandante no logra probar suficientemente los daños alegados, no procederá la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Conforme al art. 62 de la LOJCA dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento de los diez (10) días para presentar la contestación de la demanda las partes presentaran sus escritos de pruebas.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de los escritos pruebas las partes pueden expresar si convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes

Vencido el lapso anterior, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, el Juez admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales, impertinentes, o incongruentes y ordenará a evacuar los medios que lo requieran, para lo cual se dispondrá de diez (10) días de despacho, prorrogables a instancia por diez días.

Si las partes sólo promueven medios de prueba que no requieran evacuación, se suprimirá el lapso previsto para tal fin.

2. *De las pruebas en los procedimientos breves*

Se tramitan por el procedimiento breve las demandas por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho, así como las abstenciones de la administración, que no tengan contenido patrimonial. Así conforme al principio de universalidad del control jurisdiccional contencioso administrativo previsto en el artículo 259 de la Constitución vigente y de las previsiones de la Ley Orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa (art 8), que han abandonado un control de la legalidad meramente objetivo y que prevén el carácter subjetivo de la jurisdicción contencioso administrativa para la tutela y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa⁴³.

⁴² Miguel Ángel Torrealba, "Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Volumen II, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011. p. 319.

⁴³ Ramsis Ghazzaoui, *ob.cit.*, p. 467 y ss.

A. Instrumentos que acrediten trámites efectuados

En estos procedimientos, de conformidad con el art. 66 de la LOJCA, el demandante debe acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados, en los casos de reclamos por la prestación de servicios públicos, vías de hecho o por abstención, además de los requisitos previstos en el art. 33, en el cual se exige, entre otros los instrumentos en los cuales se derive el derecho reclamado, los que deben producirse con el escrito de la demanda, así como la consignación del poder.

En efecto, en los casos de reclamos por abstención de la Administración Pública debe acompañarse por la demandante copia sellada de los escritos interpuestos o presentados ante el órgano administrativo o ente respectivo contentivo de la solicitud administrativa de que se trate, con el sello o recibo emitido por la Administración pública competente. En efecto, en este caso: se trata de una relación jurídica de “deber- poder” específica, que se concreta en una obligación también específica de actuar, frente a una situación jurídica, que se configura como un derecho subjetivo de orden administrativo a la actuación administrativa⁴⁴. Así, no se trata de una obligación genérica de la Administración a dar oportuna respuesta (art 51 de la CRBV), se trata de una obligación específica, en esa relación jurídica entre la Administración pública y un particular a obtener una actuación determinada. De tal manera que en los casos de procedimientos autorizatorios por ejemplo: solicitudes de permisos (permisos de construcción, licencias de licores), u otros documentos, por ejemplo, solvencias o certificados tributarios se debe demostrar las solicitudes realizadas, los escritos interpuestos, recaudos e instrumentos presentados junto con la copia sellada o recibo emitidos por la Administración competente con las fechas respectivas a los efectos de llevar los datos a la convicción del juez contencioso administrativo de la abstención administrativa.

En los casos de vía de hecho de conformidad con el artículo 33 LOJCA el demandante debe acompañar a su demanda los instrumentos de los cuales derive el derecho reclamado, que se deben producir con el escrito, así como acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad, así como la consignación del poder del apoderado. De lo contrario, conforme al art. 35 la demanda se declarará inadmisibile.

En relación con el informe que se requiere al demandado una vez admitida la demanda (art 67 LOJCA), en el caso de la vía hecho puede acontecer que la Administración⁴⁵ Pública presente un acto administrativo formal, como supuesto fundamento de su actuación material, el cual obviamente no puede ser sobrevenido, y cuya controversia deberá ser resuelta en el procedimiento breve. En los casos de omisión, demora o prestación deficiente de los servicios públicos, de igual manera existe la carga de probar por el demandante los escritos de reclamo ante la Administración competente y presentar la copia sellada o los recibos emitidos por la Administración competentes. Así mismo, demostrar con pruebas documentales y testimoniales la demora o prestación deficiente de los servicios públicos.

B. Fases procesales de los juicios breves

a. Admisión de la demanda y requerimiento de informe

Una vez admitida la demanda en estos procedimientos breves, el art. 67 de la LOJCA prevé que el tribunal requiera informe al demandado, junto con la citación, sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de la vía de hecho según el caso de que se trate.

⁴⁴ Allan R. Brewer-Carias: “Introducción General al Régimen de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa” en *Estudios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2011. p. 115.

⁴⁵ Ramsis Ghazzaoui, *ob.cit.*, p. 483 s.

En los casos de reclamos por prestación de servicios públicos, la citación del demandado será practicada en la dependencia u oficina correspondiente.

El mencionado informe debe presentarse en un lapso no mayor de 5 días hábiles, contados a partir de que la citación conste en autos. Cuando el informe, no sea presentado oportunamente, el responsable puede ser sancionado con multa entre 50 U.T. y 100 U.T. y además se tendrá por confeso a menos que se trate de una Administración Pública.

b. *Audiencia oral*

La Ley dispone que una vez recibido el informe del ente demandado a que hace referencia el artículo 67, dentro de los 10 días de despacho siguientes, debe realizar la “*Audiencia Oral*” en la cual se debe oír a las partes, a los notificados y a los demás interesados (artículo 70). La audiencia oral ha sido calificada como una “*verdadera audiencia de juicio*”, donde las partes y el tribunal interactúan⁴⁶. Así, las partes hacen valer sus pretensiones y defensas, hacen valer las pruebas presentadas con anterioridad, y promueven las pruebas no promovidas en la ocasión de la demanda o la contestación. El tribunal, por su parte, promueve la conciliación, y de no lograrse, se pronuncia sobre la admisión de las pruebas, ordena su evacuación, y en general, presencia el debate procesal hasta que se agote el tiempo pautado para ello. En la audiencia es donde se expresan los principios de inmediación y concentración que resultan acordes sistema oral de administración de justicia que la Constitución ordena como un desiderátum del sistema judicial (artículo 257 de la Constitución vigente)⁴⁷.

Aun cuando la audiencia es un acto eminentemente oral, el Legislador prevé la constancia de la misma no sólo se refiera en un acta levantada al efecto, sino que además exige que el contenido de la audiencia se haga constar en medios que permitan su ulterior reproducción audiovisual, los cuales forman parte del expediente judicial (art 73 de la ley en comentario). Agotado el objeto de la audiencia, la misma concluye, y de inmediato comienza a transcurrir el plazo cinco (5) días de despacho que da la Ley al tribunal para que dicte el fallo definitivo.

3. *De los procedimientos en cuanto a la demanda de nulidad y la carga de la prueba*

En las demandas de nulidad de los actos administrativos el interesado que impugna el acto en la sede judicial tiene la pretensión de nulidad y es quien debe probar lo que alega. La regla general es que, en el contencioso administrativo, dada la presunción de legitimidad que tienen los actos administrativos, le corresponde al recurrente la carga de desvirtuar tal legitimidad. En efecto, los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad y deben ser dictados conforme al principio de legalidad previsto en el artículo 137 de la Constitución vigente y de conformidad igualmente a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (arts. 7, 9, 12 19 y 20) y leyes especiales. Así la jurisprudencia ha señalado en cuanto a la carga de la prueba en general en materia contencioso-administrativa:

“De acuerdo con la doctrina del derecho administrativo más generalizada y particularmente aceptada en Venezuela, todo acto del Poder Público formalmente válido está investido de una presunción de legitimidad hasta prueba en contrario. En consecuencia, **quien plantee ante el organismo jurisdiccional competente una solicitud para la declaración de nulidad por ilegalidad de un acto del Poder Público (...) debe comprobar suficientemente la existencia de los vicios e irregularidades en que fundamente su petición**, y en tanto no se realice tal comproba-

⁴⁶ Jorge Kiriakidis, “Notas en torno al Procedimiento Breve de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Volumen II, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, p 188.

⁴⁷ *Ídem*.

ción por medios idóneos, debe subsistirla presunción de legitimidad del acto impugnado. Se concluye entonces que, dada la presunción de legalidad de los actos administrativos, la carga de la prueba para desvirtuarla, cuando se alegue que sus motivos son inexactos o inciertos, corresponde al recurrente...” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 12 de noviembre de 1991, ponencia del Magistrado Román J. Duque Corredor. Subrayado nuestro).

De igual modo se ha destacado por la jurisprudencia que dada la presunción *juris tantum* de los actos administrativos: “Una vez que la Administración formula un reparo a cualquier rubro económico fiscal de los que integran la declaración de enriquecimientos, corresponde al reparado la carga de la prueba, a fin de enervar la aseveración contenida en el Acta o en el Pliego de Reparación, según el caso; todo en virtud de la presunción *juris tantum* de veracidad que ampara los instrumentos fiscales mencionados...” (sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 29 de noviembre de 1984)

Sin embargo, atendiendo al vicio de nulidad del acto administrativo denunciado por el recurrente, esa regla de la carga de la prueba puede variar⁴⁸.

De acuerdo, al sistema previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en razón de la sistematización positivizada, se puede distinguir entre los supuestos de nulidad absoluta (art 19 LOPA) y los supuestos de anulabilidad o supuesto de nulidad relativa (art 20 LOPA).

- A. *En cuanto a los vicios de nulidad absoluta previstos en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la carga de la prueba opera de la siguiente manera, en términos generales*

El artículo 19 de la vigente Ley Orgánica e Procedimientos Administrativos establece cinco supuestos de nulidad absoluta en sus cuatro numerales:

Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: 1. Cuando así este 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. 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento lealmente establecido.

- a. *Caso de pretensión de nulidad cuando así este expresamente determinado por una norma constitucional o legal*

En el caso de alegar el artículo 19 numeral 1, esto es un caso de nulidad absoluta previsto por una norma legal o constitucional. Se trata, en realidad, de la alegación de una norma legal o constitucional y dado que se trata de asunto de mero derecho no requiere de prueba. El objeto de prueba son los hechos, la exactitud e inexactitud de los hechos, en este caso ante un tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se alega una de las nulidades prevista expresamente por una norma constitucional o legal violada a que se refiere el artículo 19, ordinal 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplica el principio *Iura novit curia* -el juez conoce el derecho- y no es necesario que el demandante pruebe la existencia de la norma infringida.

⁴⁸ Román José Duque Corredor, “Admisibilidad de las Pruebas y la carga de la prueba en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho Probatório*, N°5, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1995.

- b. *En el caso de alegar el artículo 19.2 esto es: “Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares”*

Esto es la denominada “Cosa Juzgada Administrativa”, el recurrente tendrá que demostrar la existencia y la firmeza de la decisión anterior que creó el derecho subjetivo y el interés legítimo desconocido por la Administración. A la Administración, por su parte, le bastará sostener la inexistencia de dicho acto o que no se trata de un acto que haya creado la cosa juzgada administrativa, ya sea porque no han transcurrido plenamente los lapsos para impugnarlo o se ejercieron y se declararon con lugar los recursos total o parcialmente, o porque haya sido extinguido o revocado por la propia Administración, o porque no se trata de un acto firme. En efecto, la Administración puede sostener que el supuesto acto “creador de derechos a favor del particular” es un acto que está viciado de nulidad absoluta con fundamento en el artículo 83 de la propia ley orgánica de procedimientos administrativos.

- c. *Contenido de imposible ejecución (Artículo 19, ordinal 3 LOPA)*

Es necesaria que la imposibilidad de ejecución sea notoria y manifiesta, en este caso, basta con que el recurrente la alegue sin necesidad de probarla. Ejemplo: “orden a funcionario “de detener la lluvia”. Ahora bien, si no es manifiesta debe probarla. Por ejemplo: orden de demolición en cuanto a la cual exista imposibilidad técnica de efectuarla en un breve lapso por las características de la edificación⁴⁹. Contenido de ilegal ejecución (Artículo 19, ordinal 3 LOPA). En este caso si el acto de manera franca y ostensible constituye un delito, o es claramente contrario al orden público o las buenas costumbres, basta su alegación por el interesado y no requiere prueba⁵⁰.

- d. *La incompetencia manifiesta (Artículo 19, ordinal 4 LOPA)*

En este caso se invierte la carga de la prueba. El interesado que demanda la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares alega la incompetencia manifiesta, grosera, evidente del funcionario y la Administración debe probar que si tiene competencia para dictar el acto. Así, se trata de una negación indefinida y le corresponde a la Administración demostrar la competencia del funcionario respectivo. De tratarse de la alegación de una usurpación de autoridad (art 138 Constitucional), es el órgano respectivo el que debe demostrar la condición del funcionario público respectivo, de igual manera si el recurrente afirma que un órgano ejecutivo ha usurpado funciones, la Administración debe evidenciar que aquél actuó dentro de su función administrativa correspondiente y no ejerciendo otras funciones de otra naturaleza o propias de otros Poderes Públicos. No puede un funcionario del ministerio del Poder Popular para la Salud otorgar una licencia de tránsito (incompetencia por la materia) o el funcionario del ministerio del Poder Popular de Infraestructura otorga una licencia para ejercer las actividades económicas de industria, comercio y de servicios a nivel municipal. De ello ocurrir, de ser alegada la incompetencia manifiesta no tiene el demandante que probar, sino que se invierte la carga de la prueba, y es la Administración quien debe demostrar la competencia del funcionario.

De igual manera en el contencioso tributario al alegar la carga la incompetencia absoluta del fiscal que formula el reparo se invierte la carga de la prueba y conforme a reiteradas sentencias de los tribunales contencioso tributario se invierte la carga de la prueba y la administración tributaria debía demostrar la competencia. De igual manera, cuando el recurrente

⁴⁹ Román José Duque Corredor, *ob.cit.*, p. 130.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Político-Administrativa Caso Despacho Los Teques de fecha 26 de junio de 1984). Por ejemplo, el caso de permisos ilegales o cambios de zonificación aislada o singulares, son nulas de nulidad absoluta y contrarias al ordenamiento urbanístico.

alega la incompetencia de funcionarios de rentas municipales, la Administración Municipal o los representantes de la Alcaldía debe demostrar su carácter de funcionario y su competencia y se invierte igualmente en ese caso la carga de la prueba. (Véase sentencia del Tribunal supremo de Justicia en sala político-Administrativa del 20-02-2019). Así, alegada la incompetencia manifiesta de un presunto funcionario, corresponde a la administración consignar las pruebas necesarias para demostrar la competencia (sentencias del Tribunal Supremo de Justicia Sala Político-Administrativa: N° 04233 del 16 de junio de 2005 Caso Manufacturers Hannover Trust Company ratificada en la sentencia N° 01113 del 17 de octubre de 2017 Caso Global IP System de Venezuela C.A.).

e. *Incumplimiento del procedimiento legalmente establecido (Artículo 19, ordinal 4 LOPA)*

La alegación de prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido constituye un hecho negativo, y al tratarse de una negación absoluta le corresponde a la Administración probar el hecho positivo que si realizó el debido procedimiento administrativo⁵¹. En este caso, el recurrente sólo tendrá que alegarlo y la Administración deberá probar que sí dio cumplimiento al procedimiento exigido en la Ley. Esto es extensible de igual manera a los actos de ejecución y a actividades materiales de la Administración, en cuyos supuestos se debe demostrar el cumplimiento por la Administración del acto formal que le sirve de fundamento al acto de ejecución, así como la demostración del cumplimiento de un procedimiento administrativo previo a una actuación u operación material.

Por otra parte, en los procedimientos contencioso administrativo la Administración está obligada a enviar el expediente administrativo al Juez Contencioso Administrativo. En efecto el interesado tiene la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, pero ello no exime a la Administración de la obligación de acreditar ante el tribunal contencioso administrativo, las pruebas de los hechos que motivaron el acto. Así en los actos administrativos sancionatorios, o en casos relativos a la función pública o actos de contenido tributario, entre otros, es esencial que la Administración envíe al Juez el expediente administrativo, para que éste pueda valorar y tenga elementos necesarios y suficientes para decidir⁵². De otra parte, si la Administración no envía el expediente administrativo al tribunal contencioso administrativo, puede colocar al funcionario público recurrente, (en casos concernientes al estatuto del funcionario público), en situación de indefensión por no poder contradecir los hechos que se le imputaron. Así si la administración no envía el expediente administrativo, el juez debe decidir en favor del recurrente en virtud del principio in-dubio pro-recurrente⁵³.

Así mismo, se ha sostenido por la doctrina⁵⁴ y la jurisprudencia que en los procedimientos sancionatorios se invierte la carga de la prueba a favor del recurrente pues es a la Admi-

⁵¹ Román José Duque Corredor, *ob. cit.*, p. 132.

⁵² Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 672 del 08 de mayo de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00672-080503-2000-0113.HTM> consultado en fecha 21 de noviembre de 2023. Donde se ratifica el criterio de que el “expediente administrativo está constituido por el conjunto de actuaciones previas que están dirigidas a formar la voluntad administrativa, y deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración. Por tanto, sólo a ésta le correspondía la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos; su no remisión constituye una grave omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante”.

⁵³ Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen VI. La Jurisdicción Contencioso Administrativa, Editorial Civitas-Thomson, Madrid, 2013, p. 351.

⁵⁴ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas,

nistración a quien corresponde probar que el procedimiento seguido se ajustó completamente a derecho. Así en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (SPA) del 14 de agosto de 1989, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas se afirmó que:

“Si bien en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos sería, en principio, al recurrente a quien correspondería destruir tal presunción comprobando los vicios de ilegalidad que esgrime adolecen los actos impugnados, sin embargo, si se trata de procedimientos sancionatorios y de pérdida de derechos, cuando se requiere de la Administración que suministre la demostración de los motivos o presupuestos de hecho de la decisión administrativa impugnada, la Administración soporta la carga de la prueba y al recurrente sólo le toca alegar que el órgano administrativo no cumplió con el procedimiento legalmente previsto o que incurrió en falta para que la Administración se vea obligada a presentar la prueba contraria a la justificación de su actuación”.(subrayado nuestro)

B. *En cuanto a los vicios de nulidad relativa o anulabilidad del acto administrativo la carga de la prueba opera de la siguiente forma, en términos generales*

a. De alegarse un vicio en la base legal del acto administrativo ya sea por violación de una norma jurídica, por la errada interpretación por la Administración, por su no aplicación o por ausencia de base legal, lo que ha sido denominado por la jurisprudencia un falso supuesto de derecho, no requiere de prueba. En efecto, se trata de la aplicación o interpretación de normas jurídicas de aplicación general, publicadas en la Gaceta Oficial de la República, o en la gaceta de los estados o de los municipios, lo cual basta o es suficiente con su alegación. Sin embargo, la doctrina⁵⁵ ha señalado que, si se trata de normas internas, manuales o reglas de un órgano o ente administrativo, el que las alegue y quiera hacerse valer de ellas tiene la carga de probar su existencia y la vigencia de las mismas.

b. De alegarse vicios en el elemento causa o motivo del acto administrativo, esto es de un falso supuesto de hecho se debe distinguir: si el recurrente alega la falsedad o inexistencia de los motivos de hecho del acto, se trata de una negación absoluta y no tiene que probar nada, le corresponderá a la Administración demostrar la existencia de esos hechos. Por ejemplo: si la administración del ministerio de ambiente sanciona a un particular por tala de árboles y el ciudadano niega absolutamente el hecho, la administración tiene la carga de probar la referida tala. En cambio, si el particular alega que, si taló pero que tenía los permisos correspondientes para realizar esa actividad, el particular tiene la carga de probar esos hechos positivos, esto es, traer a los autos el referido permiso o autorización otorgado.

c. Si se alega el vicio en el elemento fin del acto administrativo, esto el vicio calificado como desviación de poder (art. 259 de la vigente Constitución de 1999), el recurrente debe demostrar cuál fue la verdadera intención del funcionario al dictar el acto. Es posible que tal desviación de la finalidad se pueda verificar de la propia motivación del acto administrativo, en ese caso basta con que el recurrente sólo alegue la existencia del vicio porque la prueba de la desviación se deriva de los términos de la propia decisión administrativa. No obstante, en ocasiones no resulta sencillo demostrar la intención o finalidad que tuvo el funcionario y hay que acudir a indicios que consten en el expediente (prueba indiciaria 510 Código de Proce-

2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023. “Destaca el citado profesor en relación con los actos sancionatorios “En estos casos, por virtud del principio de presunción de inocencia (artículo 49, numeral 2 de la Constitución) basta que en este tipo de procesos el recurrente alegue que la Administración no cumplió con el procedimiento legalmente establecido o que incurrió en falta para que ésta, quien soporta la carga de la prueba en estos supuestos, esté obligada a demostrar la legalidad de su actuación”.

⁵⁵ Román José Duque Corredor, *ob.cit.*, p. 133.

dimiento Civil) y a las presunciones hominis (1399 Código Civil) a los efectos de demostrar o evidenciar que el funcionario se separó de la finalidad prevista en la ley. Por ejemplo, que se despida a un funcionario público por su afiliación política a un determinado partido político. El recurrente tiene la carga de reunir los indicios que existan en el expediente administrativo, así como aportar o proveer las declaraciones de funcionarios que existan de las cuales se pueden converger y concordarse que hay una finalidad distinta a la prevista en la ley para la remoción del funcionario público.

d. Incompetencia no manifiesta o relativa: alegada por el recurrente la incompetencia del funcionario no absoluta sino relativa, la carga de la prueba de igual manera recae sobre la Administración y ésta debe demostrar la competencia del funcionario.

Por ejemplo, en el caso de la alegación de la incompetencia de un funcionario del antiguo ministerio de hacienda o del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), para realizar reparos fiscales, la Administración Tributaria debe traer a los autos la resolución o fundamento atributivo de la competencia en la organización administrativa correspondiente, para desvirtuar el alegato y demostrar así la competencia del funcionario para actuar.

e. De alegarse vicios de forma: Si el acto carece de los requisitos del artículo 18 LOPA, el recurrente sólo le basta con alegarlos⁵⁶. Si se omitió una formalidad esencial del acto, el recurrente sólo le bastará alegarla y la Administración tendrá que probar que sí cumplió con tal formalidad.

Basta igualmente con alegar la falta de motivación del acto administrativo, lo cual es deber de la Administración realizar (art 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) y un elemento o requisito de los actos administrativos (art 18 numeral 5 y art 62 de la Ley Orgánica de procedimientos administrativos). La falta de motivación igualmente en algunos casos puede conllevar a la indefensión del particular lo cual debe ser alegado por el recurrente (la violación del derecho a la defensa art 49.1 de la Constitución).

De acuerdo con la sistemática prevista en la Ley Orgánica Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue previsto un sistema de audiencias a los efectos de la mayor implementación de la oralidad y con la oportunidad de que los jueces, tuviesen la posibilidad más inmediata (principio de inmediación) de conocer los hechos.

Audiencia de juicio.

En las demandas de nulidad, se realizarán las audiencias juicio, donde en dichas audiencias las partes pueden promover los medios de prueba como se establece en los artículos siguientes.

Artículo 82.

Verificadas las notificaciones ordenadas y cuando conste en autos la publicación del cartel de emplazamiento, el tribunal, dentro de los cinco días de despacho siguientes, fijará la oportunidad para la audiencia de juicio, a la cual deberán concurrir las partes y los interesados. La audiencia será celebrada dentro de los veinte días de despacho siguientes.

Si el demandante no asistiera a la audiencia se entenderá desistido el procedimiento.

⁵⁶ Rafael Badell Madrid, “Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela”, en Badell & Grau Despacho de Abogados Caracas. Caracas, 2004. Disponible en: <https://badellgrau.com/2021/07/07/las-pruebas-en-el-contencioso-administrativo-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-en-venezuela/>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

En los tribunales colegiados, en esta misma oportunidad, se designará ponente.

Artículo 83.

Contenido de la audiencia

Al comenzar la audiencia de juicio, el tribunal señalará a las partes y demás interesados el tiempo disponible para sus exposiciones orales, las cuales además podrán consignar por escrito.

En esta misma oportunidad las partes podrán promover sus medios de pruebas. (subrayado nuestro)

Art 84 lapso de pruebas:

Lapso de pruebas

Dentro de los tres días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia de juicio, el tribunal admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes y ordenará evacuar los medios que lo requieran, para lo cual se dispondrá de diez días de despacho, prorrogables hasta por diez días más.

Si no se promueven pruebas o las que se promuevan no requieren evacuación, dicho lapso no se abrirá.

Dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, las partes podrán expresar si convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. (Subrayado nuestro)

4. *Procedimiento en segunda instancia*

En el procedimiento en segunda instancia solamente se admitirán pruebas documentales, las cuales deberán ser consignadas con los escritos de fundamentación de la apelación y de su contestación de conformidad con el art. 91 de la LOJCA.

5. *Recurso de Juridicidad*

La Sala Político-Administrativa del Tribunal puede a solicitud de parte, revisar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico, esta fue una disposición novedosa de la LOJSCA y se ha sostenido que no constituye a una tercera instancia, esto es que no vulnera el principio de la doble instancia, de tal manera que se trata de una solicitud de mero derecho, que no debe implicar carga de prueba sino someterse exclusivamente a la conformidad o no del orden jurídico

6. *Procedimiento de medidas cautelares art 103 LOJCA*

En este caso en realidad se trata de un juicio de verosimilitud, donde el juez no debe entrar a conocer del fondo del asunto y los requisitos para su procedencia son los establecidos por la jurisprudencia⁵⁷, con fundamento en el Código de Procedimiento Civil: *fumus boni iuris, periculum in mora* y el *periculum in damni*.

En cuanto al ámbito de este procedimiento se establece que regirá para la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 de la LOJCA relativo al procedimiento breve.

⁵⁷ Sala Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 0724 del 04 de julio de 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Julio/0724-4712-2012-11-1351.html> consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

A petición de las partes, de conformidad con el art 104 de la LOJCA, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.

VI. SOBRE ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En materia de medios de prueba rigen los principios constitucionales, así como las disposiciones de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y supletoriamente el código de procedimiento civil. Se debe destacar que la Constitución establece en su artículo 49 el derecho al debido proceso y como parte integrante de éste “Toda persona tiene derecho a ser notificada por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y a disponer del tiempo y los medios para su defensa. Así mismo establece el numeral 1 del art 49 “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso”.

De igual manera, el artículo 23 de la Constitución establece los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas más favorables que la Constitución y la ley de la Republica. Así se ha reconocido por la Constitución el principio de libertad probatoria. De tal manera que, es muy importante en materias de pruebas y de medios pruebas el respeto al derecho al debido proceso y al derecho a la defensa consagrado en el art 49.1 de la Constitución, así como en tratados y convenios internacionales y ,en tanto y en cuanto, no sean ilegales ni impertinentes no es posible su limitación e interpretación restrictiva, más cuando se deben realizar estos procesos en procura del Estado de Derecho, así como de la justicia y la verdad material⁵⁸ y los particulares y las partes tienen el derecho de promover pruebas en cuanto a los hechos controvertidos , y como se ha dicho, en tanto las pruebas no sean ilegales ni impertinentes se tiene el derecho de promoverlas y la contraparte tiene el derecho a oponerse y a llevar a cabo el control de las pruebas mediante alegaciones, objeciones y oposiciones .

A diferencia de legislaciones anteriores la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la ley del Tribunal Supremo de Justicia, no establecen disposiciones limitativas en cuanto algunos medios de prueba ello aunado a lo sostenido en cuanto al reconocimiento de la libertad probatoria en virtud de lo establecido en el art 49.1 de la Constitución de 1999 vigente, por tanto hay que examinar otras disposiciones legales vigentes o su previsión en cuanto a los medios probatorios para examinar su utilización en los procesos contencioso administrativos⁵⁹.

⁵⁸ Véase en este sentido Víctor Rafael Hernández-Mendible, “El Derecho Constitucional a la prueba en los procesos administrativos” en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otro Mecanismos de Control del Poder Público*, 1era edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p 561.

⁵⁹ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 01676 del 06 de octubre de 2004. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01676-061004-1999-16424.HTM> , consultado en fecha 21 de noviembre de 2023. Mediante la cual inaplica el ar-

1. *De la prueba por escrito*

A. *Documentos indispensables que se acompañan a la demanda*

La Ley Orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa establece en su artículo 35 que las demandas serán inadmisibles cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar su admisibilidad (art. 35.4); de igual manera en los procedimientos breves se prevé que el demandante debe acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados en los casos de reclamos por la prestación de servicios públicos o por abstención. De igual manera en el artículo 33.6 de la LOJCA se establece que al escrito de demanda se debe acompañar los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado. Y el artículo 35.3 prevé la inadmisibilidad de la demanda en los casos del no cumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República los estados u otros entes u órganos que la ley le atribuya esa prerrogativa.

De allí pues, en diversas demandas se requiere la prueba mediante estos instrumentos que deberán ser acompañados oportunamente y que los tribunales deben velar por el cumplimiento de la normativa y su regulación en relación a su oportunidad, debida producción y presentación para la admisibilidad de las demandas.

B. *Copias de los documentos como mecanismo procesal*

Con fundamento en algunas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional sentencia N° 284 del 13 de junio de 1990) con fundamento en el 433 del CPC que distingue entre los “ informes”, verdadero medio probatorio previsto en el CPC, el cual se diferencia de las copias como mecanismo procesal que se puede promover a los efectos de traer a los autos del expediente la copia exacta de un documento que se le puede solicitar a la contraparte o a un tercero, requiriéndose en este caso que se le indique al órgano jurisdiccional el hecho litigioso que consta en el referido documento y el lugar físico donde se encuentra oficina pública, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares.

Así, se ha señalado que la forma de traer ese instrumento a los autos es mediante una copia que en principio debe ser completa- y parcial o segmentada- en la medida que se encuentre relacionada con los hechos del proceso⁶⁰.

C. *Exhibición de Documentos*

La Ley Orgánica de la Administración Pública vigente⁶¹ establece que “la autoridad judicial puede acordar la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo y se ejecutará la providencia , a menos que la autoridad competente hubiese resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente , registro la clasificación como secreto o confidencial por afectar la estabilidad del Estado y de las instituciones democráticas, el orden constitucional o en general el interés nacional de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes que regulen la materia de clasificación de contenido confidencial o secreto”.

título 19 numeral 11 de la Ley orgánica del Tribunal supremo de justicia de 2004 y sostuvo la inconstitucionalidad de restringir el principio de libertad probatoria. De allí en adelante no se ha establecido restricciones a las pruebas como lo hacía la antigua ley del Tribunal supremo de Justicia.

⁶⁰ Jesús Eduardo Cabrera, “Algunas apuntes sobre el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil”, en *Revista de Derecho Probatorio*, N° 7, Editorial Alva. Caracas, 1996, p. 34.

⁶¹ Venezuela. *Ley Orgánica de la Administración Pública*, publicada en Gaceta Oficial N° 6147 extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014.

De allí pues, la prueba de exhibición de documentos específicos es admitida en materia contencioso-administrativa, cuando es acordada por una autoridad judicial, con la excepción de los documentos concretos que hayan sido declarados con anterioridad por la autoridad competente como de carácter secreto o confidencial.

Ahora bien, la clasificación como secreto o confidencial lucen bien amplias y dotadas de una gran discrecionalidad esto es que afecten a la “Estabilidad del Estado” las instituciones democráticas” e “*incluso el interés nacional*”, en todo caso se debe precisar la necesidad de motivación de la declaratoria de confidencialidad y de la negativa en cuanto a la exhibición, lo cual sostenemos en atributo al derecho al debido proceso y a la libertad probatoria y que tal limitación no debería ser del expediente completo, sino de documentos en específico.

Sin embargo, cabe resaltar que aunado a la ley de Administración Pública y con ocasión de las sanciones dictadas por los Estados Unidos de América y otros estados europeos se dictó en respuesta la Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos⁶², la cual establece regímenes transitorios de reserva, confidencialidad, así como el carácter reservado de determinados expedientes (arts. 37, 38, 39 y 40 de la ley en comentario).

En efecto se prevé, que atendiendo al art. 325 de la Constitución (información relativa a asuntos relativos a la seguridad de la nación), se creó un régimen transitorio desde el mes de octubre de 2020, en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial y secreto destinado a proteger y a asegurar la efectividad de las decisiones tomadas por el Poder Público Venezolano, en el marco de la protección del Estado contra las medidas coercitivas unilaterales emanadas de otros Estados (art 37 ley antibloqueo). En este sentido las máximas autoridades y entes de la Administración Nacional, central y descentralizada, por razón de interés y conveniencia nacional, podrán otorgar el carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia, que en conocimiento de sus funciones estes conociendo, en aplicación de esa ley constitucional. Así mismo, se establece que tal calificación se realizará por acto motivado, por tiempo determinado, y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales dictadas por otros estados (art 39). La documentación calificada como confidencial será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad (art 40 Ley Antibloqueo).

Por otra parte, se ha sostenido por un sector de la doctrina que la exhibición de documentos se trata de un auténtico medio probatorio y no de un mecanismo procesal⁶³. Así en la exhibición de documento una de las partes se dirige al juez para que le requiera a su contra parte o aun tercero a éste, previa intimación, que exhiban o entreguen un documento que tiene datos relevantes para la resolución de la controversia. Cumplidos los extremos legales, si la parte a quien se le solicita la exhibición del documento no lo presenta oportunamente o no presenta prueba alguna que demuestre que no lo tiene en su poder, se entenderá como exactos el texto de la copia presentada y en el caso de no haber producido el documento se tendrá como ciertos las afirmaciones efectuadas sobre el contenido del documento por el solicitante. En el caso de que se le requiera la exhibición del documento a un tercero este

⁶² Venezuela. *Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*, publicada en la Gaceta Oficial N° 6583 extraordinario, del 12 de octubre de 2020.

⁶³ Jorge Kiriakidis, “Las Pruebas en el Procesal Administrativo. (Segunda Parte): Consideraciones sobre el Objeto de la Prueba y los medios de Prueba en los procedimientos administrativos y el Contencioso Administrativo de anulación”, en *El Contencioso Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009 p. 254.

estará igualmente obligado a presentarlo salvo que alegue causa justa, lo cual debe ser aceptado por el juez, como eximente de cumplimiento de la obligación⁶⁴.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, sostuvo:

“Los datos se exigen al solicitante cuando no presente copia del documento, deben ser afirmados por él. El solicitante tiene la carga procesal de especificar en su solicitud los datos necesarios. No se puede aportar otro documento para que el juzgador indague y extraiga de allá los datos exigidos. Tampoco éstos pueden ser vagos o generales, sino precisos y específicos sobre el contenido del documento, y de ser varios los documentos, el solicitante debe indicar el contenido de cada uno de ellos”.

...

“Como ciertamente sostiene el oponente, la sola afirmación del solicitante no permite a la Corte establecer la pertinencia de los hechos cuya prueba se pretende con respecto a aquéllos controvertidos en el proceso. Más aún, examinada la sección 5ª de la referida publicación, se observa que no se menciona un sólo paquete de información como refiere el solicitante, sino varios paquetes de información preparados para cada área, y no se especifica el contenido de cada uno de éstos, sino un índice general a desarrollar en cada paquete de información.

Por consiguiente, estima la Corte incumplidos los requisitos exigidos en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, lo que determina la inadmisibilidad de la presente solicitud de exhibición de documentos por ser manifiestamente ilegal. Así se establece⁶⁵.

Así las cosas, en caso de no acompañarse la copia del documento cuya exhibición se pretende, el promovente tiene la carga de indicar con precisión los datos exactos que permitan conocer el contenido del documento y aportar el medio de prueba que constituya presunción grave de que él se encuentra o se encontraba en poder del adversario o del tercero. Así esto se realiza a los efectos de que el intimado cumpla específicamente con la presentación o entrega del documento concreto; y ante la hipótesis de que el intimado no lo exhiba o consigne oportunamente dicho documento, para poder derivar las consecuencias contempladas en la norma. Es por ello que, si el promovente no cumple con su carga, el mecanismo procesal de exhibición será inadmisibile por haber sido promovido ilegalmente⁶⁶.

D. *Los Documentos Administrativos*

Otro aspecto en materia de pruebas por escrito que debemos mencionar se refiere a la prueba documental y en particular, el problema del valor de los documentos administrativos, lo cual se ha discutido si: ¿tienen la naturaleza o pueden ser calificados como documentos públicos?⁶⁷

En esta materia se ha sostenido por la doctrina:” como principio general, que los documentos y actos administrativos tienen valor de documento público, siempre que en ellos se deje constancia de hechos jurídicos por un funcionario público que declara haber efectuado, visto u oído esos hechos, para lo cual tenía competencia expresa. Este es el principio del artículo 1359 del Código Civil. En todos estos casos en los cuales un funcionario tenga competencia *expresa* para dejar constancia de hechos que efectúe, que vea y que oiga, el acto administrativo resultante tiene el valor de documento público. Por supuesto, en estos casos, que no son la mayoría, la impugnación de esos documentos tiene que hacerse mediante la tacha si contienen actos jurídicos privados. Un acto del presidente de un Consejo Municipal, por ejemplo, mediante el cual celebra un acto de matrimonio, es un acto administrativo, sin

⁶⁴ Víctor Rafael Hernández-Mendible, *ob.cit.*, p. 541.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 5 de agosto de 1997.

⁶⁶ Víctor Rafael Hernández-Mendible, *ob.cit.*, p. 541

⁶⁷ Administración Pública (INAP). Alcalá De Henares-Madrid España. p 391

duda, pero el mismo no se puede impugnar por la vía contencioso-administrativa, sino que, como documento público, sólo puede ser impugnado por la vía judicial prevista en el Código Civil”.⁶⁸

La antigua Corte Suprema no calificó esos actos administrativos como documentos públicos, pero sí estableció el criterio de que por la similitud que el funcionario administrativo tiene en esa actuación, para declarar, ver u oír ciertos hechos, con fuerza de fe pública, tendrían tal carácter. El problema para determinar es si por considerarse a un acto administrativo como documento público, necesariamente tendría que desvirtuarse por el procedimiento de tacha. En este sentido, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17-7.70 refiriéndose a un tipo de documento esencial en materia administrativa como son las Actas que levantan ciertos funcionarios, al iniciar un procedimiento administrativo, señalaba que:

“son documentos en los cuales quien tenga competencia para levantarlas puede dejar constancia de lo que el haya efectuado, del estado o situación de las cosas o lugares o de hechos o actos ocurridos en su presencian en la fecha en que ella se determina”

Es esta forma, estas actas tiene por objeto que el funcionario con competencia para ello deja constancia de hechos que ve, que efectúa, que oye y como tales, tienen un valor similar las de los documentos públicos. Su impugnación, sin embargo, no se efectúa por el procedimiento de tacha, pues no contienen situaciones jurídico-privadas. Por eso, el carácter de documento público y la consecuente tacha, sólo se reserva a los actos en los cuales el funcionario tenga competencia para ver, efectuar y oír determinados hechos o actos de carácter jurídico privado.⁶⁹

En materia de documentos administrativos, también hay otra norma que debe destacarse, y es el artículo 173 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que prohíbe a los funcionarios públicos, *la expedición de certificaciones de mera relación*, es decir, aquéllas que sólo tengan por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante, sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en los expedientes archivados en curso. De tal manera que de expedirse una certificación de mera relación no tiene valor como medio de prueba.

2. Prueba de informes artículo 433 del Código de Procedimiento Civil

El artículo 433 del Código de Procedimiento Civil también contiene el medio probatorio de informes propiamente dicho, sobre los hechos litigiosos de los que pueden tener conocimiento la contraparte en el proceso o terceros “aunque éstas no sean parte en el juicio”, siempre que tales hechos consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares. En ningún caso, las referidas entidades podrán rehusar rendir los informes solicitados invocando causa de reserva.

En este particular la doctrina ha señalado que: “lo solicitado no es la remisión de la copia de un documento determinado, que se encuentra en poder de las entidades públicas o privadas enumeradas en el Código, sino que la persona requerida ponga en conocimiento del órgano jurisdiccional, aquellos hechos controvertidos relacionados con el proceso, que específicamente le son solicitados y que presumiblemente constan en dichos documentos”⁷⁰.

Posteriormente, la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa sostuvo lo siguiente:

⁶⁸ *Ídem*

⁶⁹ *Ídem*

⁷⁰ Víctor Rafael Hernández-Mendible, *ob.cit.*, p. 536.

“La prueba de informes no es supletoria o subsidiaria de otro medio, sino que tiene el carácter de principal y constituye, por ello, una alternativa válida e idónea para incorporar recaudos públicos y privados, siempre que se trate de documentos, libros, archivos o papeles que se hallen en oficinas públicas, tal como lo dispone el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, y como en el caso es una demanda ordinaria, y se pide la copia a una dependencia oficial, la prueba es admisible”⁷¹.

3. Prueba de confesión

En relación con la prueba de confesión el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece:

“Ni las autoridades, ni los representantes legales de la República, están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el Juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo”.

Se trata de una norma que se ha reproducido desde hace muchos años en Venezuela y constituye una prerrogativa procesal para representantes y autoridades de la República, en virtud de la cual dichos funcionarios no pueden ser obligados a absolver posiciones juradas ni a prestar juramentos decisorios.

Así se trata de dos medios probatorios diferenciados: posiciones juradas y juramento decisorio que están vedados para las autoridades y representantes de la República y por tanto, no puede obtenerse la confesión de los funcionarios mediante ellos. Así, la Procuraduría General de la República ha sostenido que la confesión y el juramento decisorio están vedados a los representantes y autoridades de la República ya que carecen del poder de disposición de los derechos e interés de la Administración⁷². De igual manera se ha señalado que dado que la competencia de los funcionarios para actuar es de texto expreso, no puede presumirse. Así, al no existir competencia para prestar juramento decisorio o absolver posiciones juradas se les excluye de esta obligación.

Se discute en doctrina y en la jurisprudencia, por tanto, si todos los funcionarios están excluidos de absolver posiciones juradas y juramentos decisorios. Ciertamente el referido artículo 90, hace mención de autoridades de la “República”. Al respecto, conforme a una sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de su Sala Político-Administrativa 7 de julio de 1981, permite sostener que el criterio de la Corte era excluir a todos los funcionarios públicos de absolver posiciones juradas como principio derivado de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, se sentó en dicha sentencia:

“De este modo el legislador consagra uno de los principios generales del contencioso administrativo: las pruebas de confesión y de juramento les están vedadas a las autoridades y representantes de la Administración recurrida, porque carecen del poder de disposición de los derechos e intereses de la Administración. Pero a fin de mantener la igualdad procesal en cuanto sea posible tales pruebas son sustituidas por informes escritos sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo las autoridades y representantes de la Administra-

⁷¹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa N° 131, de 21 de marzo de 1990. Criterio reiterado en múltiples sentencias como es caso de la Sentencia Juzgado Superior Segundo Del Trabajo de la Circunscripción Judicial Del Estado Zulia correspondiente al Banco Occidental De Descuento Banco Universal C.A. Vs Dencia Administrativa Contenida En La Certificación Médica número 0424-2010, dictada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (dirección estatal de salud de los trabajadores del estado zulia - diresat zulia), de fecha 25 de octubre de 2012, disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/OCTUBRE/1632-25-VP01-N-2011-000098-PJ0152012000186.HTML>, consultado el 21 de noviembre de 2023.

⁷² Véase en Allan R. Brewer-Carias, *Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen VI La jurisdicción Contencioso Administrativa, Ed. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2013. p .354.

ción. Tratándose, pues de un principio general del contencioso-administrativo, el mismo debe aplicarse en todos los procedimientos de los recursos de esta naturaleza a menos que en razón de la índole de las cuestiones debatidas, el órgano jurisdiccional considere pertinente la prueba sustitutiva indicada. No ha sido esta la razón por la cual, en el caso sub-judice se denegó tal prueba, sino la de su presunta ilegalidad, que la Corte considera infundada y así lo declara.” (Subrayado nuestro).

Sin embargo, Hernández Mendible⁷³, sostiene que, si se trata de procesos contencioso-administrativos, donde estén envueltas otras personas distintas de aquellas que gozan de la prerrogativa procesal, si resultarse admisible que absuelvan posiciones juradas o el juramento decisorio siempre que cumplan las formalidades contempladas en el ordenamiento jurídico.

Ahora, si bien se excluye de la obligación de absolver posiciones juradas, si se establece la obligación en el mismo artículo 90 a dichos funcionarios de contestar, en igual forma, las preguntas que le formule el juez o la contraparte por escrito sobre los hechos que tengan conocimiento directo y personal. Así, al señalarse en el propio artículo, “en igual forma”, pareciera que se admite la prueba de confesión, pero obtenida mediante el *interrogatorio por escrito* que ha sido considerada por la doctrina un medio de prueba distinto al juramento decisorio y a las posiciones juradas ⁷⁴..

4. *Inspección ocular e inspección judicial*

La Ley Orgánica de la Administración Pública en su artículo 169 establece que la autoridad judicial podrá acordar la inspección judicial sobre determinado documento, expediente, o libro o registro administrativo. Sin embargo, dicha ley limita o somete a la condición de que no se trate de documentos que la autoridad administrativa competente, hubiese resuelto con anterioridad, la clasificación de dicho documento, libro, expediente o registro como secreto o confidencial. Por tanto, la clasificación como secreto o confidencial de documentos libros o registros incide sobre la prueba de inspección judicial, dado de que si se trata de documentos “clasificados” por razones de seguridad o de interés general la Administración Pública puede oponerse a su promoción.

Así mismo, cabe destacar que se encuentran vigente tanto la inspección ocular como la inspección judicial esta última prevista en el Código de Procedimiento Civil. La inspección ocular se limita a lo que el juez capte a través del sentido de la vista en cambio la inspección judicial tiene un ámbito más amplio comprendiendo su alcance a los 5 sentidos: vista, oído, tacto, gusto y olfato. Y la inspección ocular puede ser extra litem y dentro del proceso, ello por el peligro en el retardo y para dejar constancia del estado o situación de las cosas que puedan modificarse o deteriorarse. En cambio, la inspección judicial sólo puede promoverse dentro del proceso de conformidad con el código de procedimiento civil. Así mismo, El medio de inspección judicial tiene una proyección mayor que la inspección ocular, pues permite que el juez realice la captación de los hechos controvertidos tanto sobre las cosas y los lugares, como sobre las personas o el contenido de documentos. La inspección judicial puede ser acordada a solicitud de cualquiera de las partes, pero también puede ser ordenada de oficio por el órgano jurisdiccional, cuando éste lo juzgue oportuno; mientras que la inspección ocular en principio se debería realizar a solicitud de parte.

⁷³ Víctor Rafael Hernández-Mendible, *ob.cit.*, p. 549.

⁷⁴ Sostenemos que el interrogatorio por escrito es un medio distinto a las posiciones juradas y al juramento decisorio. Consúltese en igual sentido: Belén Ramírez Landaeta, La Prueba en el Derecho Procesal Administrativo, en *Primeras Jornadas Internacionales Allan R. Brewer Carías*, FUNEDA, Caracas, 1995. p 357. Igualmente, Víctor Rafael Hernández-Mendible, *ob.cit.*, p. 549 y Gonzalo Pérez Salazar, “La Prueba de Posiciones Juradas en el Contencioso Administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo* N 18. Editorial Sherwood, Caracas, 2004, p. 107.

En efecto, el Código de Procedimiento Civil admite que la inspección judicial se realizará sobre personas, cosas, lugares o documentos, lo que evidencia una mayor amplitud con respecto a la inspección ocular.

5. *Prueba de testigo-experto o perito-testigo*

Este es un medio probatorio que si bien no cuenta con reconocimiento expreso dentro del Código de Procedimiento Civil, si lo ha tenido su uso en materia penal y en los procesos contencioso administrativos, aun así, su establecimiento como medio probatorio es motivo de discusión en la doctrina, la particularidad de esta figura es su especial nivel de instrucción, la cual se ve manifestada al momento de declarar, pudiendo realizar valoraciones o juicios, en los hechos donde su conocimiento tiene relevancia directa.

Sobre el particular, la Sala Político-Administrativa mediante decisión N° 06140 publicada en fecha 9 de noviembre de 2005⁷⁵, dispuso lo siguiente:

“...omissis...

resultará cualidad fundamental para calificar como perito-testigo, poseer los conocimientos especializados en una determinada área del saber, pudiendo promoverse dicho medio de prueba para comprobar los mismos hechos susceptibles de conocerse por medio de un dictamen pericial, en atención a las particulares características de dicha prueba, las cuales han llevado a catalogarla como “un híbrido de experticia con testimonio”.

Sobre la figura del perito testigo, se puede indicar que trata de un especialista que aporta su experiencia y conocimientos de manera verbal en los procesos judiciales, incorporando los mismos a los autos, diferenciándose así del mero testigo que declara que expone sobre un hecho el cual tiene conocimiento, mientras que el testigo experto efectúa una declaración de juicio de valor dado su especial nivel de instrucción, sobre un hecho del cual posee conocimiento directo o referencial. El testigo experto al no configurarse como un medio de prueba ilegal se puede prever en los procesos administrativos su promoción, admisión y evacuación según las reglas de la sana crítica, y en virtud del principio de libertad de medios probatorios previsto en el artículo 49.1 de CRBV y el 395 del CPC⁷⁶.

Así las cosas, se han promovido foro venezolano testigos expertos, en el contencioso administrativo en áreas tales como: el Derecho de Defensa a la Competencia o Antitrust, Bancaria, Seguros, Tributaria, Dumping y Subsidios (Ley Contra Prácticas Desleales al Comercio Internacional)

CONCLUSIÓN

La jurisdicción contencioso-administrativa es necesaria e imprescindible para la vigencia de un estado de Derecho. Si no se permite el ejercicio libre de las pruebas, no se admiten los medios de prueba promovidos a pesar de su pertinencia y legalidad en el proceso contencioso administrativo, ni se evacúan en dichos procedimientos o, principalmente y más aún, si no son las pruebas apreciadas y valoradas apropiadamente por los jueces, se conculca el derecho a la defensa y al debido proceso y sobre todo no se cumple el rol importante que debe ejercer la jurisdicción contencioso administrativa en el control de la legalidad y constitucionalidad de los actos de la Administración Pública, así como en la determinación de la

⁷⁵ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 06140 del 09 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/06140-091105-2003-0652.HTM>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2023.

⁷⁶ Véase en este sentido Víctor Rafael Hernández-Mendible, “El Derecho Constitucional a la prueba en los procesos administrativos” en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*, 1^{era} edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

responsabilidad patrimonial contractual o extracontractual del Estado y en el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas, todo ello necesario para un Estado de Derecho, verdaderamente Democrático y de Justicia.

Así, en el presente trabajo hemos señalado los principios que dogmáticamente deben regir en el proceso contencioso administrativo, así como la vigencia del derecho al debido proceso y a la defensa, como derecho constitucional previsto en la Constitución vigente (artículo 49.1 CRBV), y previsto en convenios y tratados internacionales de aplicabilidad directa y prevalente en el ordenamiento jurídico venezolano. De igual manera, hemos hecho referencia a los procedimientos previstos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la cual tiene como aplicación supletoria la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Código de Procedimiento Civil. Del mismo modo, nos hemos referido fundamentalmente a la distribución de la carga de la prueba en dichos procedimientos y, por último, hemos aludido algunas consideraciones en cuanto a determinado medios de prueba que pueden promoverse en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y sus limitaciones legales.

La seguridad jurídica del contribuyente en jaque. Preguntas (¿y respuestas?) sobre la “contribución especial” de la Ley de Protección de Pensiones

Serviliano Abache Carvajal*
Profesor de la UCV y de la UCAB

Resumen: *En este ensayo se sistematizan varias preguntas y se perfilan algunas respuestas, mediante las cuales se intenta puntualizar los aspectos más controvertidos que se han planteado con relación a la “contribución especial” regulada en la Ley de Protección de Pensiones, específicamente sobre sus elementos constitutivos (hecho imponible, base imponible, alicuota y sujetos) y otros aspectos de interés (deducibilidad en el impuesto sobre la renta, intereses moratorios, sanciones y vigencia de la ley), con la finalidad de demostrar la ambigüedad, vaguedad y contradicción de este texto normativo, a la postre, su opacidad, en directa desatención del ideal de previsibilidad inherente al principio de seguridad jurídica y del derecho a la certeza del contribuyente.*

Palabras Clave: *Ley de Protección de Pensiones, contribución especial, elementos constitutivos, hecho imponible, base imponible, alicuota, sujeto activo, sujeto pasivo, parafiscalidad, deducibilidad, impuesto sobre la renta, intereses moratorios, sanciones, vigencia, aplicabilidad normativa, antinomia, ambigüedad, vaguedad, opacidad, seguridad jurídica, ideal de previsibilidad, derecho a la certeza, contribuyente.*

Abstract: *In this essay, several questions are systematized and some answers are attempted, to point out the most controversial aspects that have been raised in relation to the “special contribution” set forth in the Pensions Protection Law, specifically regarding its essential elements (taxable event, tax base, rate, tax administration and taxpayers) and other aspects of interest (deductibility within the income tax, late payment interests, sanctions and entering into force), in order to demonstrate the ambiguity, vagueness and contradiction of this law, in other words, its opacity, in direct disregard of the predictability ideal inherent to the legal certainty principle and the taxpayer's right to certainty.*

Key words: *Pensions Protection Law, special contribution, essential elements, taxable event, tax base, rate, tax administration, taxpayer, parafiscal taxation, deductibility, income tax, late payment interests, sanctions, entering into force, contradiction, ambiguity, vagueness, opacity, legal certainty, predictability ideal, taxpayer's right to certainty.*

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Socio en el Despacho de Abogados Miembro de Baker McKenzie.

SUMARIO

- I. ¿QUÉ SE PUEDE COMENTAR, A MODO DE INTRODUCCIÓN, ¿SOBRE LA CE DE LA LPP?
 - II. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CE?
 - 1. ¿Cuál es el hecho imponible? 2. ¿En qué consiste la base imponible? 3. ¿Qué debe tenerse en cuenta sobre la alicuota? A. ¿Cómo fue regulada la alicuota? B. ¿Dónde se encuentran las reglas sobre las alicuotas? Y, ¿estaba facultado el presidente para dictarla en relación con la CE? C. ¿Cuál es, entonces, la situación jurídica de la alicuota de la CE? 4. ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo?
 - III. ¿BUENA NOTICIA LA DEDUCIBILIDAD DE LA CE EN EL ISLR?
 - IV. ¿INTERESES MORATORIOS Y SANCIONES PARTICULARES PARA LA CE?
 - V. ¿CUÁNDO ENTRA EN VIGENCIA LA LPP?
 - VI. ¿QUÉ SE PUEDE DESTACAR, ¿A MODO DE CONCLUSIÓN, SOBRE LA CE DE LA LPP?
- I. ¿QUÉ SE PUEDE COMENTAR, A MODO DE INTRODUCCIÓN, ¿SOBRE LA CE DE LA LPP?

El 8 de mayo de 2024 se publicó en Gaceta Oficial la Ley de Protección de Pensiones de Seguridad Social¹ (LPP), cuyos escasos catorce artículos y disposición final única han generado notable controversia, habida cuenta sus inconexas, ambiguas, vagas y antinómicas regulaciones. Todo lo contrario, al “objeto” de la ley, que de acuerdo con su artículo 1, persigue “establecer mecanismos *transparentes y participativos* a la protección de las pensiones de seguridad social”. Nada de eso. Pareciera, más bien, que los artífices de esta norma y, particularmente, de la “contribución especial” (CE) que la misma disciplina, no repararon en el hecho de que, por tratarse de un tributo, entonces su delimitación debe -necesariamente- enmarcarse dentro de los *principios y reglas tributarias* del régimen fiscal vigente, empezando por la propia Constitución² y el Código Orgánico Tributario³ (COT), aunque parezca una obviedad afirmarlo.

En este contexto, sobran los interrogantes alrededor de las múltiples alternativas interpretativas posibles en relación con la “base imponible” (aunque no pareciera discutirse con igual intensidad sobre el “hecho imponible” de la CE que, a fin de cuentas, es el que cualitativamente delimita o condiciona a la base y, en puridad conceptual, a los demás elementos constitutivos del tributo); de lo alto del porcentaje de la alicuota (mientras que los aspectos de su “validez” no parecieran llamar tanto la atención); del “sujeto activo” (y lo curioso que resulta que sea la Administración tributaria nacional la que tenga ese rol en el caso de esta CE) y los “sujetos pasivos” (teniendo en cuenta que virtualmente se pretende abarcar a cualquier y todo tipo de “persona jurídica” de “carácter privado”); de la celebrada “deducibilidad” de la CE del impuesto sobre la renta (ISLR) (por más evidente que ello sea y, por qué no adelantarle, lo resbaladiza que tal disposición y enfoque pudiera ser); de los “intereses moratorios y sanciones” que se disciplinan (en paralelo a las regulaciones del COT); y, posiblemente el aspecto que -junto con la controvertida “base imponible”- más comentarios esté

¹ Gaceta Oficial N° 6.806 Extraordinario, 8 de mayo de 2024.

² Gaceta Oficial N° 36.860, 30 de diciembre de 1999. Reimpresa posteriormente con algunas “correcciones” en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000, cuya primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

³ Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario, 29 de enero de 2020.

generando, la “vigencia inmediata” de la LPP con su publicación en Gaceta, “respaldada” por el calendario dictado por la Administración tributaria (con lo cual salta la pregunta: ¿y dónde quedan la Constitución y el COT en todo esto?).

Y lo anterior, sin adentrarnos en otros revisables aspectos de la CE, como por ejemplo lo serían el *in dubio* ¿“pro pensiones”? del artículo 5 de la ley; la eventual “doble tributación” que se conjetura (por tratarse, como el artículo 11 de la LPP lo señala, de una contribución “distinta e independiente de los aportes que corresponde a las empleadoras y empleadores que se realizan al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales”); o las “exoneraciones” que se refieren en el artículo 8, por mencionar algunas cuestiones más.

Resulta apreciable, entonces, que desde que se dio a conocer el texto de la LPP, son más las preguntas que (uniformes) respuestas se han generado. De ahí, como lucirá evidente, el título de este ensayo. Por ello, y sin ánimo alguno de exhaustividad ni, mucho menos, de traer desarrollos conceptuales especialmente acabados, apenas sistematizaremos algunas de las preguntas que con mayor frecuencia se plantean sobre la CE, para, más allá que esbozar “respuestas” a las mismas, traer algunas reflexiones sobre el (nada claro) panorama que se vislumbra alrededor de este controvertido tributo.

II. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CE?

Los artículos 6, 7 y 9 de la LPP regulan -de manera atécnica, asistemática, desordenada, oscura y hasta contradictoria, como enseguida se apreciará- los elementos constitutivos de la CE, a saber: sus hecho imponible, base imponible, alícuota y sujetos. De acuerdo con esas normas:

Artículo 6 LPP: “*Contribución especial*// Se crea una contribución especial aplicable a las personas jurídicas, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho, de carácter privado, domiciliadas o no en la República Bolivariana de Venezuela, que realicen actividades económicas en el territorio nacional, destinada a coadyuvar en la protección especial de las pensiones de seguridad social del pueblo venezolano frente a los perversos efectos de las medidas coercitivas unilaterales impuestas extraterritorialmente contra el país”.

Artículo 7 LPP: “*Monto de la contribución*// El monto de la contribución especial prevista en esta Ley será de hasta el quince por ciento (15%) del total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores por concepto de salario y bonificaciones de carácter no salarial.// En ningún caso la base del cálculo de los pagos realizados a cada trabajadora o trabajador será menor al ingreso mínimo integral indexado definido por el Ejecutivo Nacional.// El Presidente o Presidenta de la República establecerá anualmente el porcentaje correspondiente de la contribución especial, dentro de los límites previstos en esta Ley, de acuerdo con el tipo o clase de actividad económica”.

Artículo 9 LPP: “*Recaudación*// La contribución especial prevista en esta Ley será declarada y pagada mensualmente. Corresponde al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria la recaudación de dicha contribución especial, así como velar por el cumplimiento de los deberes formales y materiales relacionados con ésta, a través de los procedimientos y facultades para el control fiscal establecidos en el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario.// La declaración y pago de la contribución especial debe efectuarse en el lugar, forma y condiciones que establezca la Administración Tributaria Nacional, mediante Providencia Administrativa de carácter general”.

Al margen de no identificarse -ni de cerca- la regulación de los elementos constitutivos de la CE con el ideal de la *técnica legislativa*, cuyo objetivo principal es la *claridad*, cualidad ésta necesaria para garantizar la *seguridad jurídica* y que se logre la *comunicación*, la trans-

misión *cognoscible*⁴ del mensaje del ente *emisor* al ente *receptor*, y sin entrar en mayores consideraciones sobre el *nomen iuris* que emplea la LPP de “contribución especial”, lo relevante es que estamos ante un *tributo*, ante una obligación de *naturaleza tributaria* y, con ésta, su inserción en el *sistema tributario*, lo que por vía de consecuencia supone, entre otras cosas, el necesario respeto de los principios constitucionales de la tributación en la configuración de la CE, cuyas implicaciones se precisarán a partir del desentrañamiento de sus elementos constitutivos, que en seguida se abordarán. Después de todo, solamente teniendo *claro* lo que se debe o no hacer, se podrá saber *a priori* qué se debe o no esperar como consecuencia de la realización en el *plano real* de una acción o conducta determinada (el *ideal de previsibilidad*), y con ello, lograr el *alcance axiológico* de la seguridad jurídica⁵, en el contexto del *derecho a la certeza* del contribuyente. Analicemos, entonces, los elementos esenciales de la CE.

1. ¿Cuál es el hecho imponible?

De entrada, no se identifica con particular claridad cuál es el hecho imponible de la CE y, dentro de éste, algunos de sus aspectos. Sin embargo, si se piensa en que la base imponible está relacionada con ciertos pagos por concepto de “salario” y otras categorías propias (o no) del Derecho laboral -como más adelante se abordará-, entonces alguien pudiera considerar, en un intento de esclarecer la opacidad del hecho imponible, que entonces la hipótesis de incidencia debería identificarse con la “realización de dichos pagos”. A fin de cuentas, la base de cálculo no es más que la expresión cuantitativa del hecho imponible.

No obstante, ese loable intento sería, entre otras cosas, metodológicamente revisable, habida cuenta que la base imponible no delimita al hecho, sino más bien es el hecho imponi-

⁴ Aun cuando la *cognoscibilidad* de la norma es en principio *subjetiva*, tal y como lo explica García Novoa, él mismo plantea la posibilidad de *definir positivamente la claridad normativa*, a partir de un *cambio del rol del jurista* de un mero intérprete a un técnico legislativo, de la manera que sigue: “la cognoscibilidad de la norma es una condición eminentemente subjetiva, y por tanto, directamente ligada a aptitudes puramente individuales del intérprete. A pesar de ello, sí es posible definir una acepción positiva de la claridad normativa. Acepción que estará directamente vinculada a las manifestaciones patológicas de la claridad y a las exigencias que impone la técnica legislativa como vía más adecuada para neutralizarlas. A partir de la existencia de normas que transgreden palmariamente la exigencia de claridad, podemos llegar a entender cómo *no debe ser* una norma para ser clara. O lo que es lo mismo, conocemos la cognoscibilidad a través de las manifestaciones de incognoscibilidad. El estudio de las exigencias de claridad de la norma fue consolidándose a medida que se afianzaba, sobre todo en la dogmática alemana, la técnica legislativa, dentro de las llamadas «Ciencias o doctrinas de la legislación» (*Gesetzgebungslehre*). Y ello a través de un cambio en la idea de lo que debe ser la función del jurista; cuando el jurista era un mero intérprete de la norma el tema de la claridad era una cuestión puramente subjetiva, y su valor era el de una opinión sobre la bondad formal de la norma. Por el contrario, cuando el jurista empieza a ser un técnico legislativo y, por tanto, se ve legitimado no sólo a criticar la falta de claridad sino a proponer mecanismos para la corrección formal de la norma, la claridad es el fin natural de todas sus propuestas, que se englobarían bajo la llamada *técnica legislativa*” (cursivas del autor). García Novoa, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 148-149.

⁵ Sobre la necesaria *claridad* del lenguaje del Derecho y el *alcance axiológico de la seguridad jurídica*, Barraca Mairal explica que: “la claridad es una meta fundamental, que debe perseguir el lenguaje jurídico, aunque con frecuencia se halla muy lejos de ella. Piénsese, por ejemplo, en lo oscuro y críptico de numerosas sentencias judiciales, leyes, contratos u otros documentos jurídicos, apenas descifrables. Esto, porque la claridad del lenguaje del Derecho proporciona seguridad jurídica, ya que nos ayuda a comprender qué debemos hacer y qué podemos esperar en este terreno. Así, una norma confusa produce inseguridad jurídica de inmediato. De ahí, la importancia de desarrollar un lenguaje jurídico claro, precioso, incluso estéticamente cuidado. Un lenguaje, en síntesis, que facilite la comprensión adecuada del Derecho, a fin de que la sociedad progrese en la participación en los valores de la seguridad y la equidad jurídica”. Barraca Mairal, Javier, *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005, p. 168.

ble el que condiciona o delimita a la base. Esto evidencia que el enfoque anterior más bien estaría planteado en clave inversa a lo conceptualmente viable. En efecto, como es sabido, y sin profundizar demasiado en el tema para no desviarnos de la precisión de cuál es el hecho imponible de la CE, lo cierto es que estos dos elementos esenciales o constitutivos del tributo están íntimamente *vinculados*, son virtualmente inseparables, en la medida que el primero (el hecho imponible) define *cuantitativamente* la hipótesis que será gravada por la ley tributaria, mientras que el segundo (la base imponible) disciplina *cuantitativamente* dicha hipótesis. A otro decir, la base imponible se identifica con el *cifrado o dimensión cuantitativa* del hecho imponible. Si se quiere, se trata de las mismas categorías apreciadas desde distintas perspectivas: en una dimensión cualitativa, encontramos al hecho imponible, mientras que, en una dimensión cuantitativa, se ubica la base.

Por ello, Ferreiro Lapatza, al abordar la noción de la base imponible a propósito de su vinculación con el hecho imponible, enseña lo siguiente: “Haciendo abstracción ahora de los casos concretos, podemos definir la base imponible como la dimensión o magnitud de un elemento del presupuesto objetivo del hecho imponible que se juzga como determinante de la capacidad contributiva relativa”⁶, cuestión que también expresa Barros Carvalho, al identificar “la hipótesis tributaria como *calificadora normativa de lo fáctico*”⁷, mientras que “la base de cálculo es la *cuantificadora normativa de lo fáctico*”⁸.

Por su parte Jarach, para quien la base imponible inclusive forma parte del hecho imponible a efectos de su valoración cuantitativa, explica que: “La base imponible representa uno de los elementos constitutivos del hecho imponible y responde a la necesidad de cuantificar dicho presupuesto de hecho a fin de aplicar sobre esa cantidad el porcentaje o la escala progresiva cuya utilización dará como resultado el importe del impuesto.// La adecuación del monto del impuesto a la magnitud de los hechos económicos que constituyen los presupuestos legales de las obligaciones tributarias, implica -necesariamente- una medición de los hechos imponibles, es decir la aplicación de una unidad de medida que permita transformar esos hechos en cantidades, a las que se aplicarán las alícuotas correspondientes”⁹.

⁶ Ferreiro Lapatza, José Juan, *Derecho financiero español*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 491.

⁷ Barros Carvalho, Paulo de, *Derecho tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 2004, p. 204.

⁸ *Idem*.

⁹ Jarach, Dino, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Editorial Cangallo, 1ª edición (2ª impresión), Buenos Aires, 1993, p. 388. Más ampliamente, el autor italo-argentino llegó a considerar lo que sigue: “La relación jurídica tributaria, en cuanto nace de la ley, exige como requisito fundamental para su nacimiento que se verifique en la realidad fáctica el hecho o los hechos definidos abstractamente por la ley como supuestos de la obligación.// Este presupuesto de hecho se compone, a su vez, de diferentes elementos: en primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto; en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto o de los sujetos que resulten obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de medición, llamada también base imponible, esto es, la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación; en cuarto término, la delimitación en el espacio y en el tiempo de esos hechos; en quinto término la cantidad expresada en una suma finita o bien en un porcentaje o alícuota aplicable a la base imponible, que representa o arroja como resultado el *quantum* de la obligación tributaria”. Jarach, Dino, *Curso superior de Derecho tributario*, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969, p. 174-175. También planteó la confusión que, en ciertos casos, puede tener lugar entre ambas categorías, como bien lo precisó: “Por las razones que he indicado anteriormente, es característica del impuesto esta adherencia entre la base de medición y el propio aspecto objetivo del hecho imponible; adherencia que, en ciertos casos, puede aparecer como confusión de los dos conceptos”. *Ibid.*, p. 229.

Con lo anterior, se hace necesario desentrañar cuál es el hecho imponible a partir del texto de la LPP, y no intentar “inferirlo” a partir de la -en lo absoluta clara, como veremos- referencia a la base imponible que trae la ley. En esta línea, debe tenerse en cuenta lo que señala el citado artículo 6 de la LPP, de acuerdo con el cual:

Artículo 6 LPP: “*Contribución especial*” Se crea una contribución especial aplicable a las personas jurídicas, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho, de carácter privado, domiciliadas o no en la República Bolivariana de Venezuela, que realicen actividades económicas en el territorio nacional, destinada a coadyuvar en la protección especial de las pensiones de seguridad social del pueblo venezolano frente a los perversos efectos de las medidas coercitivas unilaterales impuestas extraterritorialmente contra el país” (resaltado agregado).

De esta norma, la parte que pareciera identificarse con el hecho imponible o generador de la obligación tributaria de la CE, vendría a ser que las personas jurídicas (que luego atenderemos) “realicen actividades económicas en el territorio nacional”. Tal mención del enunciado, con la referencia directa a la realización de “actividades económicas” como eventual hipótesis de incidencia de la CE, permitiría entender que se está ante un *tributo de actividad*¹⁰, al igual que en el caso de las contribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación¹¹ (LOCTI), en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física¹² (LODAFEF) y en Ley de la Actividad Aseguradora¹³ (LAA), cuyas exacciones hemos tenido la oportunidad de analizar en el pasado¹⁴.

De manera sintética, los *tributos de actividad* -como su denominación permite apreciar- precisan sus hechos imponibles con base en la *realización de actividades económicas*, mientras que los de *resultado* identifican sus ámbitos de incidencia a partir de, precisamente, los *resultados* obtenidos por el contribuyente (al margen de la actividad que realice), cuyo ejemplo paradigmático es el ISLR¹⁵.

Hasta aquí, todo encuadra sin mayores esfuerzos conceptuales. El interrogante que se vislumbra necesario atender, vendría a ser, entonces, ¿y qué se debe entender, a fines de la CE, por “actividades económicas”? La respuesta a esta pregunta no sólo permitiría precisar qué actividad o actividades que lleven a cabo los contribuyentes encuadrarían en la hipótesis de incidencia de este tributo (su aspecto material u objetivo), sino que, además, y por vía de consecuencia, abonaría en la identificación de los propios sujetos pasivos de la CE, quienes, en definitiva, materializarían dicha actividad (su aspecto personal o subjetivo).

¹⁰ Los cuales delimitan sus hechos imponibles con base en la *realización de actividades económicas*, por oposición a los que lo hacen con fundamento en los *resultados* obtenidos por el contribuyente (e. g., el ISLR), *al margen* de la actividad económica de éste. Sobre esta diferencia básica en la conceptualización de los tributos, *vid.* Blumenstein, Ernst, “Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung”, *Archiv für schweizerisches*, vol. 8, Abgaberecht, p. 236; y Jarach, Dino, *El hecho imponible. Teoría general del Derecho tributario sustantivo*, Abeledo-Perrot, 3ª edición, Buenos Aires, 1982, p. 137. Por su parte, en la doctrina venezolana, *vid.* Romero-Muci, Humberto, “Aspectos tributarios en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación”, en de Valera, Irene (Coord.), *Comentarios sobre la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 26, Caracas, 2008, p. 49-53.

¹¹ Gaceta Oficial N° 6.693 Extraordinario, 1º de abril de 2022.

¹² Gaceta Oficial N° 39.741, 23 de agosto de 2011.

¹³ Gaceta Oficial N° 6.770 Extraordinario, 29 de noviembre de 2023.

¹⁴ Al respecto, *vid.* Abache Carvajal, Serviliano, *De la parafiscalidad venezolana del siglo XXI*, Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2022, p. 83-198.

¹⁵ Cf. Abache Carvajal, Serviliano, *Pedro Tinoco: trascendencia y vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 144, Caracas, 2022, p. 122-129.

Regresando a la categoría de la “actividad económica”, lo primero que debe tenerse a mano es que se trata de un *concepto jurídico indeterminado*, por lo que requiere de una concreta determinación de su dimensión en *cada supuesto* en particular¹⁶, esto es, una definición legal *especial* que, en el caso que nos ocupa, no trae consigo la LPP, por lo que debe acudir a las regulaciones del COT para solventar esta laguna normativa. Al respecto, tiene especial relevancia lo señalado en los artículos 6 y 7 del COT, que a tenor literal indican que:

Artículo 6 COT: “*La analogía es admisible para colmar los vacíos legales, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos, exenciones, exoneraciones ni otros beneficios, tampoco tipificar ilícitos ni establecer sanciones*” (resaltado agregado).

Artículo 7 COT: “*En las situaciones que no puedan resolverse por las disposiciones de este Código o de las leyes, se aplicarán supletoriamente y en orden de prelación, las normas tributarias análogas, los principios generales del derecho tributario y los de otras ramas jurídicas que más se avengan a su naturaleza y fines, salvo disposición especial de este Código*” (resaltado agregado).

De acuerdo con estos enunciados, y como es ampliamente conocido, el contribuyente puede acudir a la analogía para colmar las lagunas o vacíos normativos¹⁷ de las leyes fiscales y, a esos fines, debe aplicar supletoriamente y en orden de prelación “*las normas tributarias análogas*”. Sobre esta base, el interrogante sería entonces, ¿cuál es la norma tributaria análoga que deba aplicarse supletoriamente para dotar de contenido al concepto jurídico indeterminado “actividad económica”? La respuesta debe ser (aunque luzca evidente): aquélla que defina qué se entiende por “actividad económica” a fines de algún tributo.

Pues bien, dentro del ordenamiento tributario venezolano se encuentra una norma que disciplina las distintas *especies* o *tipologías* que integran el concepto de “actividad económica” y, a partir de ello, sus *propiedades definitorias*, cual es el artículo 209 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹⁸ (LOPPM). En efecto, este enunciado señala lo siguiente:

Artículo 209 LOPPM: “A los efectos de este tributo se considera:// 1. *Actividad Industrial: Toda actividad* dirigida a *producir, obtener, transformar, ensamblar o perfeccionar uno o varios productos* naturales o sometidos previamente a otro proceso industrial preparatorio.// 2. *Actividad Comercial: Toda actividad* que tenga por objeto la *circulación y distribución de productos y bienes, para la obtención de ganancia o lucro* y cualesquiera otras derivadas de actos de comercio, distintos a servicios.// 3. *Actividad de Servicios: Toda aquélla* que comporte, principalmente, *prestaciones de hacer*, sea que predomine la labor física o la intelectual. Quedan incluidos en este renglón los suministros de agua, electricidad, gas, telecomunicaciones y aseo urbano, entre otros, así como la distribución de billetes de lotería, los bingos, casinos y demás juegos de azar. A los fines del gravamen sobre actividades económicas no se considerarán servicios, los prestados bajo relación de dependencia” (resaltado agregado).

Esta norma, que es ampliamente conocida y sobre la cual ha sido copiosa la doctrina y jurisprudencia que la ha desarrollado¹⁹, no exige mayores explicaciones. Basta, a estos fines, con indicar que por mandato de los artículos 6 y 7 del COT, la misma resulta jurídicamente

¹⁶ Así lo enseña la mejor doctrina española: “la ley tributaria, por su carácter abstracto, se referirá normalmente a conceptos jurídicos indeterminados (...) que *precisan de una concreta determinación en cada supuesto singular* y que conllevan un componente de apreciación técnica que corresponderá efectuar a la Administración” (resaltado agregado). García Novoa, César, *El principio...* cit., p. 269.

¹⁷ Sobre la aplicación de la analogía en el Derecho tributario, por todos, *vid.* Siota Álvarez, Mónica, *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *in totum*.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario, 28 de diciembre de 2010.

¹⁹ Por todos, *vid.* Fraga-Pittaluga, Luis, Vilorio Méndez, Mónica y Sánchez González, Salvador, *El impuesto municipal a las actividades económicas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Fraga, Sánchez & Asociados, Colección Estudios 4, Caracas, 2005, *in totum*.

aplicable para colmar el vacío o laguna normativa de la que adolece la LPP en relación con la definición de “actividades económicas” y, por vía de consecuencia, tiene la entidad de dotar de contenido al hecho imponible de la CE. Esto, como lucirá evidente, no es poca cosa. Si se parte de las propiedades definitorias de las actividades económicas definidas por la LOPPM (actividades industriales, comerciales y de prestación de servicios comerciales), por un lado, en lo general se informa de seguridad jurídica y previsibilidad al presupuesto de incidencia de este tributo y, por el otro, en lo particular se precisan cuáles serían las actividades gravadas (el aspecto material u objetivo del hecho imponible), a la vez que se delimitan los sujetos incididos (el *aspecto personal o subjetivo* del hecho generador), habida cuenta que calificarían como contribuyentes las “personas jurídicas” -más adelante abordadas en el contexto del *sujeto pasivo* del tributo- que *realicen dichas actividades económicas*, a la postre, los contribuyentes que verifiquen el hecho imponible. Por argumento *a contrario*, las actividades económicas que no se identifiquen con las indicadas, más bien calificarían como *supuestos de no sujeción* y, por ello, fiscalmente irrelevantes de cara a la CE. Éste sería un enfoque -en lo absoluto el único, claro está²⁰- para intentar desentrañar el aspecto material u objetivo del hecho imponible de este tributo.

En cuanto al *aspecto espacial o territorial* del hecho imponible, que como es sabido se identifica con el *lugar* donde se verifica su aspecto material u objetivo -en este caso, la *realización de las actividades económicas*-, el propio artículo 6 de la LPP precisa que se trata de las actividades que se realicen “*en el territorio nacional*”. Con este enunciado se permite apreciar, así, que el *lugar de realización* de la actividad económica tiene alcance exclusivamente *territorial*. Ello deja ver, por argumento *a contrario*, que si la actividad económica se realiza en el *extranjero* o de manera *extraterritorial*, entonces la misma escapará del ámbito de aplicación espacial de la LPP, en lo general y, con ello, se situará fuera del aspecto espacial del hecho imponible de la CE, en lo particular, no teniendo incidencia fiscal (y aquí lo especialmente relevante) en el cifrado de la base imponible por esas actividades materializadas *extraterritorialmente*, a otro decir, se estaría ante otro supuesto de *no sujeción tributaria*. Sobre esto se volverá enseguida, a propósito de los (múltiples) interrogantes que genera la base imponible de este tributo.

Finalmente, el *aspecto temporal* está delimitado en el artículo 9 de la LPP, en el que se indica que “*La contribución especial prevista en esta Ley será declarada y pagada mensualmente*”, con lo cual se trata -de ello no puede haber duda alguna- de un *tributo periódico*, cuestión que reportará interés y especial utilidad más adelante.

2. ¿En qué consiste la base imponible?

Mucha controversia y debate ha generado este elemento constitutivo de la CE. La verdad es que no puede ser de otra manera, cuando de una simple lectura de artículo 7 de la LPP se aprecia -con paradójica claridad- la *opacidad* del enunciado, que da lugar, por ello, a cualquier cantidad de interrogantes (sin respuestas únicas ni, mucho menos, aplicables a todos los contribuyentes por igual) sobre su configuración técnica. Así se plantea la base de cálculo en la ley:

²⁰ A este respecto, hemos tenido noticia sobre otra “fórmula analógica” para dotar de significado al concepto jurídico indeterminado “actividad económica”, que consistiría en la aplicación del artículo 2.b de la Ley Antimonopolio (LA) (Gaceta Oficial N° 40.549, 26 de noviembre de 2014). Sin embargo, a nuestro modo de ver las cosas ese enunciado no resultaría aplicable a estos fines, precisamente por disposición expresa del citado artículo 7 del COT, el cual sólo *permite* que se colmen los vacíos legales en esta materia aplicando de *manera supletoria* y en *orden de prelación*: (i) las normas tributarias análogas (*e. g.*, el artículo 209 de la LOPPM); (ii) los principios generales del Derecho tributario; y (iii) los principios generales de otras ramas jurídicas que más se avengan a su naturaleza y fines; *no encuadrando* dentro de ninguno de los tres supuestos anteriores, el artículo 2.b de la señalada LA.

Artículo 7 LPP: “*Monto de la contribución*// El monto de la contribución especial prevista en esta Ley será de hasta el quince por ciento (15%) del *total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores por concepto de salario y bonificaciones de carácter no salarial*// En ningún caso la base del cálculo de los pagos realizados a cada trabajadora o trabajador será menor al ingreso mínimo integral indexado definido por el Ejecutivo Nacional// El Presidente o Presidenta de la República establecerá anualmente el porcentaje correspondiente de la contribución especial, dentro de los límites previstos en esta Ley, de acuerdo con el tipo o clase de actividad económica” (resaltado agregado).

Son tantas las cuestiones que pueden referirse sobre esa norma, que apenas se esbozarán algunas de las más notables. En primer lugar, es evidente el divorcio conceptual que se presenta entre la base de cálculo, así configurada, y el ya atendido hecho imponible de la CE. Recién se precisaba que la hipótesis de incidencia se identifica con la realización de actividades económicas. Pues bien, partiendo de ese supuesto de hecho, con lo cual se está ante un *tributo de actividad*, la pregunta ineludible sería: ¿por qué la base de cálculo es un “pago” -en lugar de un *ingreso*- si se trata de un tributo que grava las actividades económicas? O lo que es igual, y en palabras llanas, ¿qué justifica que se incidan fiscalmente las “salidas” -y no las *entradas*- dinerarias que experimenten los contribuyentes por “conceptos salariales” en la realización de sus “actividades económicas”?

Basta pensar en los variados tributos de actividad que integran el ordenamiento fiscal venezolano (*e.g.*, las contribuciones establecidas en la LOCTI, LODAFEF, LAA y, por supuesto, el ejemplo paradigmático de esa tipología tributaria, el impuesto municipal a las actividades económicas [IMAE]), para poder apreciar que su funcionamiento, mecánica y lógica es exactamente inversa a la planteada en la LPP. Y ello, precisamente, por la antes apuntada relación que existe entre el hecho y la base imponible de cualquier y todo tributo: la base de cálculo, como fuera precisado, no es más que la expresión cuantificada del hecho generador, de ahí que, ante la realización de alguna actividad económica gravada, su cuantificación se identificará con la base gravable. Lo propio ocurre con los tributos de resultado: ante la ocurrencia de la hipótesis de incidencia y generación del resultado gravado, se cifrará el mismo como su base imponible.

En el caso de la CE, no pareciera haber otra opción que considerar que se está ante un “replanteo” -por no decir, lisamente, *invento*- de la dinámica entre los hecho y base imponibles. De acuerdo con la LPP, e intentando articular con mayor precisión las preguntas anteriores, será que ¿las “*actividades económicas en el territorio nacional*” que realicen los contribuyentes (su hecho imponible), se “cuantificarán” mediante el “*total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores por concepto de salario y bonificaciones de carácter no salarial*” (su base imponible)?, ¿es así?

Y como si lo anterior no fuera suficiente, para evidenciar lo asistemático y abiertamente antinómico del tratamiento de las categorías técnicas de la esencia misma del Derecho tributario, no puede pasarse por alto el no menos inquietante contenido del artículo 7 sobre algunas categorías técnicas del Derecho laboral (junto con creatividades ajenas al mismo), particularmente las menciones que hace la norma sobre el “*salario*”, las “*bonificaciones de carácter no salarial*” y, por supuesto, el tan sonado “*ingreso mínimo integral indexado*”. Han sido tantas y tan variadas las *alternativas interpretativas* (unas más rigurosas, otras más creativas) que se vienen perfilando sobre el alcance que pueden tener los conceptos integrantes de la base imponible (¿salario normal, base o integral?, ¿cifrado de cualquier tributo a ser pagado por el patrono o el trabajador con base en el artículo 107²¹ de la Ley Orgánica del Trabajo,

²¹ Artículo 107 LOTTT: “*Pago de contribuciones o impuestos*// Cuando el patrono, patrona o el trabajador o trabajadora, estén obligados u obligadas a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará, considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó”.

los Trabajadores y las Trabajadoras²² [LOTTT]) ¿aplicación del “criterio vinculante” de la sentencia N° 301 de la Sala Constitucional?²³, ¿periodicidad [sólo mensual o, también, bimestral, trimestral, etc.], conmutatividad o ambos criterios?, ¿“bonificaciones no salariales”?, y ¿la legislación de la seguridad social?), que basta con dejar claro *que no hay nada claro* sobre la expresión cuantitativa del hecho imponible.

Teniendo en cuenta lo señalado, y en un intento de vinculación -de alguna manera- del hecho imponible de la CE, particularmente su aspecto espacial o territorial (“*realización de actividades económicas en el territorio nacional*”), con la pretendida base imponible (“*total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores por concepto de salario y bonificaciones de carácter no salarial*”), pudiera pensarse, en el contexto de los contribuyentes que ejecutan toda o parte de su actividad económica en el *extranjero* o de forma *extraterritorial* que, por la misma escapar del ámbito espacial del hecho imponible de la CE e identificarse con un supuesto de no sujeción, los pagos (por concepto de salario y bonificaciones no salariales) realizados a los trabajadores *asignados a la actividad extranjera* del contribuyente, no integrarían (no pudieran integrar) la base del cálculo del tributo. Después de todo, lo que no se identifica con el hecho imponible, tampoco puede cuantificarse como base imponible, ¿o sí?

En definitiva, son más las preguntas que las respuestas que pueden esbozarse sobre la base imponible de la CE, su “vinculación” con el hecho imponible, los conceptos que lo integran, así como su cifrado espacial, por razón de la pobre técnica legislativa y marcada inseguridad jurídica que impregna a esta categoría y, a decir verdad, a toda la ley, como se seguirá advirtiendo en los restantes elementos constitutivos del tributo y demás aspectos atendidos.

3. ¿Qué debe tenerse en cuenta sobre la alícuota?

Ya decíamos en la introducción, que lo que se suele comentar sobre la alícuota es que la misma se presenta particularmente alta (9%), a la vez que en el dictado de la misma no se tuvo en cuenta la cuestión de los distintos tipos de actividades económicas a que se hace referencia en el artículo 7 de la LPP, con lo cual se generaría un *trato discriminatorio* al establecerse una sola alícuota para todos los contribuyentes por igual, teniendo en cuenta, como es sabido, que *es tan desigual tratar que de manera desigual a los iguales, que igual a los desiguales*. Ello, sin duda, es así. Sin embargo, de lo que poco (o nada) se ha discutido, es sobre la regulación misma de la alícuota en la LPP, esto es, el tope máximo establecido para que, *vía decreto* del presidente, se fije anualmente el porcentaje definitivo de la misma. A esa cuestión, nos dedicaremos en seguida.

A. ¿Cómo fue regulada la alícuota?

De acuerdo con el citado artículo 7 de la LPP:

Artículo 7 LPP: “*Monto de la contribución// El monto de la contribución especial prevista en esta Ley será de hasta el quince por ciento (15%) del total (...)/ El Presidente o Presidenta de la República establecerá anualmente el porcentaje correspondiente de la contribución especial, dentro de los límites previstos en esta Ley, de acuerdo con el tipo o clase de actividad económica*”.

²² Gaceta Oficial N° 6.076, 7 de mayo de 2012.

²³ Nuestras consideraciones sobre esa sentencia, en: Abache Carvajal, Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de “la pesadilla y el noble sueño*”, Editorial Alvaro y Nora, Caracas, 2015, *in totum*, y particularmente en relación con su (falta de) “carácter vinculante”, p. 96-114.

Empezando por el *encabezado* del artículo 7 de la LPP, el mismo hace referencia al “monto de la contribución”. Aquí ya empiezan las imprecisiones. No se trata del “monto” de la contribución, el cual en todo caso se identificaría con la *cuota tributaria* resultante de la aplicación de la alícuota a la base imponible.

Más bien, al referirse al “monto” de la contribución, realmente el enunciado normativo está haciendo alusión a la alícuota o tarifa aplicable a la base de cálculo, en tanto elementos dirigidos a cuantificar la cuota a pagar y, con ello, a cifrar la obligación tributaria.

Luego, se señala el tope cuantitativo máximo al que puede llegar la alícuota de la CE, el cual será definitivamente fijado, de conformidad con el *tercer párrafo* del artículo 7 de la ley, de forma *anual* por el presidente de la República.

A estos fines, el 16 de mayo de 2024, mediante el Decreto N° 4.952²⁴, se fijó la alícuota de la CE en el conocido 9%, como a tenor literal se delimita en su cuerpo normativo:

Artículo 1 Decreto N° 4.952: “Se establece como *monto* de la contribución especial prevista en la Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista el *nueve por ciento (9%)* del total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores, de conformidad con la referida Ley” (resaltado y subrayado agregado).

Allende la insistencia sobre el “monto” de la CE, las preguntas que deben responderse a propósito de la *forma* en que se reguló la alícuota en la LPP y se terminó fijando, en cumplimiento de la misma ley, por el presidente, es si ¿es válida dicha regulación normativa de la alícuota?, por un lado y, por el otro, si ¿el presidente estaba legalmente facultado para dictarla? Las respuestas a estos interrogantes las encontraremos, como podrá pensarse, en la norma general tributaria del sistema venezolano, esto es, el COT. Veamos.

B. *¿Dónde se encuentran las reglas sobre las alícuotas? Y, ¿estaba facultado el presidente para dictarla en relación con la CE?*

Al margen de las sobradas y justificadas críticas que se han presentado en contra de las reformas de 2014²⁵ y 2020²⁶ de la norma general de tributación venezolana, así como las que en su momento también fueron planteadas a propósito de su (hoy, extrañada) versión de 2001²⁷, lo cierto es que la forma jurídica de adopción y fijación de la alícuota por parte de la LPP no se ajusta a ninguna de las reglas (y excepciones) que el COT ha introducido en cuanto a la reserva legal tributaria y la alícuota.

Por un lado, si bien el COT/2001 establecía una excepción para la fijación de las alícuotas cuando se tratase de impuestos generales o específicos al consumo, producción, ventas o al valor agregado, así como en casos de tasas y de *contribuciones especiales*, la misma consistía en que la ley creadora del tributo podía autorizar a que, *anualmente* mediante la *ley de presupuesto*, se fijase la tarifa dentro de los límites que aquella indicase. A tenor literal, se señalaba lo siguiente:

²⁴ Gaceta Oficial N° 42.880, 16 de mayo de 2024.

²⁵ Al respecto, *vid.* Iturbe Alarcón, Manuel (Coord.), *La reforma del Código Orgánico Tributario de 2014*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario - Legislación Económica, C.A., Caracas, 2015.

²⁶ Al respecto, *vid.* Fraga-Pittaluga, Luis, “Algunos comentarios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020”. Disponible en: <http://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/component/k2/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-organico-tributario-de-2020>.

²⁷ Al respecto, *vid.* Sol Gil, Jesús (Coord.), *Estudios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002.

Artículo 3, Parágrafo Segundo, COT/2001: “En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Tercero de este artículo. *No obstante, cuando se trate de impuestos generales o específicos al consumo, a la producción, a las ventas, o al valor agregado, así como cuando se trate de tasas o de contribuciones especiales*, la Ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar para que *anualmente* en la *Ley de Presupuesto* se proceda a *fijar la alícuota del impuesto* entre el límite inferior y el máximo que en ella se establezca” (resaltado y subrayado agregado).

Se observa que la norma citada, aun cuando terminaba haciendo alusión a la posibilidad de “*fijar la alícuota del impuesto*”, con lo cual pudiera pensarse que se refería sólo a esa tipología tributaria, desde la introducción de la excepción a la reserva legal en materia de tarifas expresamente listaba, con precisión, las categorías tributarias que la misma comprendía (nuevamente: *impuestos* generales o específicos al consumo, producción, ventas o al valor agregado, *tasas* y *contribuciones especiales*), con lo que se evidencia que la segunda y limitada mención a los impuestos, no era más que un error propio de una descuidada técnica legislativa.

Por su parte, las reformas del COT de 2014 y 2020, modificando sustancialmente la excepción anterior, establecieron que la ley creadora del tributo podrá autorizar -y aquí viene el cambio- al Ejecutivo Nacional para que modifique la alícuota dentro de los límites indicados por aquélla (sustituyendo a la ley de presupuesto como el *medio excepcional*), pero a su vez *limitando* tal posibilidad sólo para el caso de los *impuestos* (aunque ampliándola en relación con sus distintas tipologías: indirectos o directos, sin distinción), dejando fuera del alcance de la excepción a las *tasas* y *contribuciones especiales*, como es el caso que, precisamente, nos ocupa. Así lo establece la norma vigente del COT/2020, en idénticos términos a su predecesora de 2014:

Artículo 3. Parágrafo Segundo, COT/2020: “En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Tercero de este artículo. No obstante, la *ley creadora del tributo* correspondiente *podrá autorizar al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la alícuota del impuesto*, en los límites que ella establezca” (resaltado y subrayado agregado).

Como puede apreciarse, de entrada, se hace una referencia genérica a la “*ley creadora del tributo*”, con lo cual no sólo se omite toda precisión sobre a *cuáles* tributos se refiere la excepción en cuestión -a diferencia de la versión de 2001, que lo hacía con particular detalle-, sino que, además, en la segunda parte de la disposición se introduce la única puntualización de la norma a este respecto, refiriéndose exclusivamente a los *impuestos*. Siendo así, y tratándose de una delicada excepción al principio constitucional de reserva legal tributaria, la misma no puede sino entenderse restrictivamente, tal como está regulada en el enunciado en cuestión, esto es, limitando su alcance a la categoría de los *impuestos*, excluyendo, por vía de consecuencia, a las *tasas* y, con particular interés para el caso de estudio, a las *contribuciones especiales*.

C. ¿Cuál es, entonces, la situación jurídica de la alícuota de la CE?

De manera general se observa, en definitiva, que ante la modificación del COT/2014, y su regulación en los mismos términos en el COT/2020, en relación con la excepción *ampliada* al Poder Ejecutivo, y *paradójicamente reducida* a los impuestos en materia de fijación de alícuotas, la misma no se encuentra legalmente permitida para el caso de *contribuciones especiales* (ni *tasas*), en los términos y por las razones señaladas.

A otro decir: para el caso de las *contribuciones especiales* y las *tasas* se presenta evidente que a partir de la reforma del COT/2014 (hace ya una década) se volvió a una concepción *cerrada* del principio de reserva legal tributaria, por lo menos en relación con las alícuotas de esos tributos, debiendo *todos* sus elementos esenciales o constitutivos establecerse única y exclusivamente por ley, sin posibilidad alguna de delegación o permiso legislativo para la fijación de sus alícuotas de una manera distinta y excepcional, como lo disciplinó el artículo 7 de la LPP, en manifiesta desatención de la norma general de tributación venezolana y, por vía de consecuencia, de la propia Constitución, incurriéndose en una manifiesta (e inconstitucional) deslegalización de la tarifa de la CE.

4. ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo?

En cuanto al *sujeto activo*, bastante se ha comentado sobre lo “curioso” que resulta que sea la Administración tributaria nacional la que ocupe ese rol²⁸, precisamente por tratarse de una contribución a la *seguridad social*, en lugar de haberse designado al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales para desempeñar tal función. Quizás con ello, así como con la ya referida mención a la “independencia” de la CE frente a la tributación preexistente de la seguridad social, se quiso “desvirtuar” la eventual crítica sobre una posible situación de “doble tributación interna”, si bien paradójicamente al tratarse de sujetos activos *distintos* -aunque se justificase que se estaría ante “tributos diferentes”- más bien se abonaría en esa línea²⁹.

Este tema del sujeto activo también invita al análisis, con mayor profundidad a la dedicada en esta oportunidad, sobre la *naturaleza* misma del tributo en cuestión, en el contexto de su *tipología* y a propósito del fenómeno de la *parafiscalidad*. A modo de *abreboca*, basta recordar que en no pocas ocasiones se han caracterizado a las contribuciones “parafiscales” a partir de su *sectorización* (en este caso, ¿el sector privado?), de su gestión por órganos *típicamente no fiscales* del Estado (que en este caso, el sujeto activo más bien se identifica con el órgano fiscal *por antonomasia* en nuestro ordenamiento tributario: el SENIAT) y por su destinación al *financiamiento del ente* que las recauda (en este caso, se supone que eso “no debe” ocurrir), colocándose, por vía de consecuencia, al margen de los *principios del presupuesto público*, particularmente de los estándares de unidad del tesoro y no afectación³⁰ (en este caso, también, un tema “dudoso”).

²⁸ Artículo 9 LPP: “Recaudación// La contribución especial prevista en esta Ley será declarada y pagada mensualmente. *Corresponde al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria la recaudación de dicha contribución especial, así como velar por el cumplimiento de los deberes formales y materiales relacionados con ésta, a través de los procedimientos y facultades para el control fiscal establecidos en el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario.*// La declaración y pago de la contribución especial debe efectuarse en el lugar, forma y condiciones que establezca la Administración Tributaria Nacional, mediante Providencia Administrativa de carácter general” (resaltado agregado). Artículo 14 LPP: “Potestad sancionatoria// *El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria es el órgano competente para sustanciar los procedimientos de verificación, fiscalización y determinación de la contribución especial prevista en esta Ley, de conformidad con el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario*” (resaltado agregado).

²⁹ “La noción de doble imposición interna está referida a supuestos donde un mismo contribuyente es gravado atendiendo a un mismo objeto imponible, por dos (o más) impuestos idénticos o similares, exaccionados por dos (o más) entes públicos pertenecientes a un mismo Estado, en el mismo período de tiempo”. Evans Márquez, Ronald, *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1999, p. 17.

³⁰ Cf. Carmona Borjas, Juan Cristóbal, *Distopía parafiscal en la Venezuela del siglo XXI*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, p. 435.

Como bien lo enseña García Novoa, “la nota principal de la parafiscalidad, al margen de su escaso respeto a la reserva de ley, es que los ingresos parafiscales se recaudan por entes dotados de autonomía orgánica y se integran en su propio presupuesto, al margen de los Presupuestos Generales del Estado”³¹; o en los términos explicados por Ruan Santos³², al hablarse de “exacciones parafiscales” se está ante una categoría que evidencia su *parafiscalidad, para-administratividad y para-presupuestalidad*, que no pareciera ser el caso de la CE, ¿o sí? Como recién se advertía, apenas un abreboza sobre la cuestión.

Y en relación con el *sujeto pasivo* de la CE, del tenor literal del artículo 6 de la LPP se entendería que estaría incluido cualquier y todo tipo de “persona jurídica”, con el único condicionante que debe detentar “carácter privado”. Así lo disciplina la norma:

Artículo 6 LPP: “*Contribución especial*! Se crea una contribución especial aplicable a las *personas jurídicas, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho, de carácter privado, domiciliadas o no en la República Bolivariana de Venezuela*, que realicen actividades económicas en el territorio nacional, destinada a coadyuvar en la protección especial de las pensiones de seguridad social del pueblo venezolano frente a los perversos efectos de las medidas coercitivas unilaterales impuestas extraterritorialmente contra el país” (resaltado agregado).

La primera pregunta sería, entonces, si ¿están incluidas las *personas naturales* en la norma? Más allá de que las personas naturales también se encuentran dentro de la clasificación de “personas jurídicas” *lato sensu* o en “sentido amplio”, de la estructura sintáctica del enunciado se puede entender que el mismo sólo se referiría a las personas jurídicas “en sentido estricto” o *stricto sensu*, por el enlace oracional “*así como*” que precede a la expresión “*cualquiera otras sociedades de personas*” y, con ello, se estaría haciendo alusión a personas jurídicas de tipo societario (nuevamente: personas jurídicas en sentido estricto o morales). Adicionalmente, como la propia disposición lo señala, se incluye a las sociedades “irregulares” o “de hecho”, no así a las “comunidades” (precisamente porque *no son* “personas jurídicas”), con lo cual, por ejemplo, los condominios estarían *excluidos* del ámbito subjetivo de incidencia de este tributo.

Ahora bien, y sin entrar en mayores consideraciones sobre el *trato discriminatorio* que plantea el condicionante único que trae el enunciado en relación con las personas jurídicas incididas, esto es, los contribuyentes de la CE, las cuales sólo se identifican con las de “carácter privado”, con lo cual, por argumento *a contrario*, se excluyen las de “carácter público”, vale la pena apenas destacar la ironía que encierra que el Estado (y sus personas jurídicas públicas), en tanto el mayor patrono o empleador del país, no sea sujeto a este tributo y no contribuya con “*la protección de las pensiones de seguridad social*” perseguida por la LPP, de acuerdo con su artículo 1. Más fácil es, sin duda, ubicar el sostenimiento de esta nueva carga pública en el sector privado, que ya contribuye (ahora por partida doble) con la seguridad social.

La segunda pregunta que salta a la vista es ¿y realmente *todas* las personas jurídicas, en sentido estricto, calificarían como sujetos pasivos de la CE? La respuesta sería, del discurso a letra del enunciado, “positiva”. Sin embargo, luce importante recordar que la interpretación jurídica de la ley tributaria no se agota en la mera literalidad normativa, sino que más bien se permiten *todos* los medios admisibles en Derecho a tenor del artículo 5 del COT, según el cual:

³¹ García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 322.

³² Cf. Ruan Santos, Gabriel, “Las exacciones parafiscales. Especial referencia a reformas recientes”, *Las reformas tributarias en la Venezuela actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 7 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.avdt.org.ve/category/webinars/>

Artículo 5 COT: “*Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, atendiendo a su fin y a su significación económica, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en las normas tributarias.// Las exenciones, exoneraciones, rebajas, desgravámenes y demás beneficios o incentivos fiscales se interpretarán en forma restrictiva*” (resaltado agregado).

Lo recién precisado permite volver, así sea brevemente, sobre lo ya señalado en relación con el hecho imponible de la CE y, particularmente, lo relativo a sus aspectos material u objetivo y personal o subjetivo. Antes se indicaba que el aspecto material del hecho imponible de la CE se identifica con que se “*realicen actividades económicas*” y que, precisamente, el aspecto personal o subjetivo no es otro que esas “*personas jurídicas*” que lleven a cabo *tales actividades económicas*. Pues bien, si se tienen en cuenta ambos aspectos del hecho imponible de la CE, los cuales necesariamente se deben atender de manera conjunta o vinculada, en tanto aspectos integrantes de la *hipótesis de incidencia* del tributo, entonces no se presenta analíticamente viable identificar al contribuyente de la CE de manera aislada bajo el rótulo de “*personas jurídicas de carácter privado*”, sino más bien de manera sistemática e integrada bajo la fórmula de “*personas jurídicas de carácter privado, que realicen actividades económicas en el territorio nacional*”. Pensar lo contrario, supondría una conceptualmente reprochable escisión entre los aspectos material y personal del hecho imponible del tributo.

Pues bien, contextualizando lo señalado, se tendría que si los contribuyentes de la CE son aquellas *personas jurídicas de carácter privado que realicen actividades económicas en el territorio nacional*, y como fuera también abordado, tales actividades económicas son identificables, en tanto género, con las especies precisadas de la LOPPM, esto es, con actividades económicas industriales, comerciales y de servicios comerciales, entonces estaría dado concluir, bajo esa propuesta interpretativa, que sólo las *personas jurídicas de carácter privado que realicen actividades económicas industriales, comerciales y de servicios comerciales* son (pueden ser) contribuyentes de la CE.

Con lo anterior se excluirían, por demás en clave racional, las personas jurídicas que no realicen *actividades económicas industriales, comerciales y de servicios comerciales*, como por ejemplo sería el caso de las fundaciones, las asociaciones civiles sin fines de lucro, las sociedades que se dediquen a actividades civiles, por mencionar algunas. De nuevo, el panorama no se presenta claro.

III. ¿BUENA NOTICIA LA DEDUCIBILIDAD DE LA CE EN EL ISLR?

De acuerdo con el artículo 10 de la LPP:

Artículo 10 LPP: “*Deducibilidad// La contribución especial prevista en esta Ley será deducible como gasto para el cálculo de la declaración definitiva del Impuesto sobre la Renta*” (resaltado agregado).

La reacción inmediata, frente a esta norma, pudiera ser “positiva”. Y lo pudiera ser, entre otras razones, por la experiencia legislativa³³ y jurisprudencial³⁴ relativamente reciente.

³³ A modo de ejemplo, los artículos 68 de la LODAFEF (“Este aporte no constituirá un desgravamen al Impuesto Sobre la Renta”), 18 de la Ley del Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras (LIGTF) (Gaceta Oficial N° 6.687 Extraordinario, 25 de febrero de 2022) (“El impuesto previsto en esta Ley no será deducible del Impuesto Sobre la Renta”), la Disposición Final Tercera de la Ley de Impuestos a las Actividades de Juegos de Envite o Azar (LIAJEA) (Gaceta Oficial N° 38.670, 25 de abril de 2007) (“El impuesto previsto en esta Ley no será deducible, a los fines de la determinación del enriquecimiento neto global en materia de impuesto sobre la renta”) y la Disposición Transitoria y Final Primera de la Ley Constitucional que crea el Impuesto a los Grandes Patrimonios (LIGP) (Gaceta Oficial N° 41.696, 16 de agosto de 2019) (“El impuesto creado en esta Ley Constitucional no es deducible del impuesto sobre la renta”). Al respecto, *vid.* Romero-Muci,

Sin embargo, y como lo adelantamos en la introducción, también pudiera tener connotaciones algo “resbaladizas” esta disposición, siendo la pregunta a formularse, ¿por qué?, es decir, ¿por qué pudiera concebirse como “resbaladiza” esta aparente “buena noticia”?

Pues bien, como es ampliamente sabido, de conformidad con la Ley de Impuesto sobre la Renta³⁵ (LISLR), los únicos requisitos o condicionantes para la deducibilidad de los gastos, son los expresamente señalados en la *definición legal* de la categoría jurídica *deducción*, establecida en el encabezado del artículo 27 de la LISLR, sin que quepa la posibilidad de admitirse otros distintos a éstos por leyes diferentes (tributarias o no). A esto ya nos hemos referido en otras oportunidades³⁶. Por eso, sin necesidad de entrar en mayores análisis, se presenta suficiente recordar -aunque luzca elemental- que los hecho y base imponibles de la LISLR sólo pueden disciplinarse por esa misma ley. Precisar *qué es* (o que *no es*) deducible a efectos de la determinación del enriquecimiento neto gravable, es equivalente a definir los hecho y base imponibles del ISLR. De lo anterior que sea la LISLR -y sólo la LISLR- la llamada a establecer o delimitar los elementos constitutivos del tributo que regula, en lo general, y la *definición legal* de la categoría jurídica *deducción*, en particular.

Y es precisamente por lo anterior, que la noticia sobre el “permiso de deducibilidad” de la CE en el ISLR se torna “resbaladiza”. Si no hace falta tal “permiso”, ¿por qué darlo?, o ¿será que se está pensando que “sí hace falta”? Después de todo, y esto es particularmente delicado, la jurisprudencia ha avalado las “prohibiciones” de deducibilidad establecidas en otras leyes respecto del ISLR. En cualquier caso, no puede verse con buenos ojos -por aquello de “*piensa mal y acertarás*”- que una ley *distinta* a la LISLR “autorice” la deducibilidad de su tributo, a efectos de la cualificación del hecho y cuantificación de la base imponible del ISLR.

IV. ¿INTERESES MORATORIOS Y SANCIONES PARTICULARES PARA LA CE?

También se ha comentado, con cierta frecuencia, lo relativo a los *intereses moratorios* delimitados en el artículo 12 de la LPP, así como el tema *sancionatorio* disciplinado en el artículo 13. Estos enunciados señalan lo siguiente:

Artículo 12 LPP: “*Intereses moratorios// La falta de pago de la contribución especial prevista en esta Ley dentro del plazo establecido hace surgir, de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento previo de la Administración Tributaria, la obligación de pagar intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario*” (resaltado agregado).

Artículo 13 LPP: “*Sanciones// Las personas jurídicas, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho, de carácter privado, que no presenten la declaración de la contribución especial a la que hace referencia esta Ley o la presenten fuera del plazo establecido por la Administración Tributaria, serán sancionadas con multa de mil (1.000) veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicada por el Banco Central de Venezuela.*” La omisión o retraso en el pago de la contribución especial,

Humberto, “Desinstitucionalización del concepto deducción en el impuesto sobre la renta. «Un caso de manipulación semántica en el lenguaje jurídico»”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 142, Caracas, 2014, p. 31 y s.

³⁴ Entre otras, *vid.* Sentencia del 18 de marzo de 2014, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, caso Siderúrgica Venezolana, S.A. (SIVENSA) v. República de Venezuela. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/162080-00355-19314-2014-2013-0788.html>.

³⁵ Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015.

³⁶ Al respecto, *vid.* Abache Carvajal, Serviliano, *La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Serie Estudios de la Academia N° 113, Caracas, 2019, p. 230-233; y Abache Carvajal, Serviliano, *Pedro Tinoco... cit.*, p. 347-350.

así como la comisión de algún ilícito penal, serán sancionadas de conformidad con el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario” (resaltado agregado).

En clave resumida, dada la manifiesta *descodificación* pretendida, debe recordarse que la codificación “suele preceder a una regulación de los conceptos tributarios fundamentales de los distintos impuestos, esto es, de aquellos conceptos que inexcusablemente han de repetirse en cada figura tributaria concreta (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, liquidación, tipo impositivo y cuota, fundamentalmente), por ello se dice que la codificación en cuestión opera en el área de los principios”³⁷. Y es ésta, precisamente, la *razón de ser* de la codificación del régimen de corrección monetaria de la obligación tributaria mediante el expediente de los intereses moratorios, por un lado, y del régimen sancionatorio, por el otro, habida cuenta que se trata de *categorías comunes a todo tributo*: el primero, en caso de incurrir en *retardo culposo*³⁸ en el pago de la obligación tributaria; el segundo, en caso de cometer *infracciones* a las normas tributarias.

No hay, pues, justificación alguna de una regulación especial sobre intereses moratorios para este tributo (que, por cierto, en los términos que ya estamos acostumbrados, se pretende disciplinar sin tener en cuenta el fundamental elemento subjetivo de la *culpa*), como tampoco la hay para el establecimiento de sanciones esquivas del COT³⁹, menos aun cuando se repite la configuración del *tipo* de multas ya existentes, cuyo solapamiento en cuanto a los supuestos de hechos con disímiles consecuencias jurídicas, da lugar a manifiestas antinomias.

Se observa, así, que los artículos 103.1 y 103.3 del COT establecen las sanciones aplicables en caso de no presentarse la declaración o de presentarse con retraso *superior* a 1 año (clausura de 10 días y multa de 150 veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor [TCOMMV]) y en el caso de presentarse la declaración de forma incompleta o con retraso *inferior* a 1 año (multa de 100 veces el TCOMMV). De entrada, salta a la vista la *desproporción* de la sanción de la LPP (1000 veces el TCOMMV) frente a las multas del COT, a las que supera en 6,66 veces y 10 veces, respectivamente.

Pero, además, habría que preguntarse si, ¿puede la LPP regular sanciones al margen del COT? Para responder este interrogante, hay que atender la disposición introducida con el COT/2014 (y repetida en el COT/2020), sobre la posibilidad de que las *leyes especiales* (como la LPP) disciplinen ilícitos y sanciones adicionales a los del COT. A tenor literal, la norma lo regula así:

Artículo 81 COT: “(...) Las leyes especiales tributarias podrán establecer ilícitos y sanciones *adicionales* a los establecidos en este Código” (resaltado agregado).

La respuesta a la pregunta anterior, como se puede ver, sería un “sí relativo”. Sin entrar en consideraciones sobre lo revisable de la “validez” y “conveniencia” del artículo 81 del COT (por razón de la reserva legal penal tributaria que éste posee⁴⁰), y a estrictos fines de

³⁷ González García, Eusebio, “Los principios generales de la imposición y la codificación tributaria”, *Anais Das XX Jornadas Do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Tema II: La codificación en América Latina*, Instituto Associação Brasileira de Direito Financeiro, Salvador-Bahia, 2000, p. 1647.

³⁸ Al respecto, por todos, *vid.* Romero-Muci, Humberto, *Lo Racional y lo Irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004, *in totum*.

³⁹ Artículo 79 COT: “Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas” (resaltado agregado).

⁴⁰ Por todos, *vid.* Weffe H., Carlos E., *Garantismo y Derecho penal tributario en Venezuela*, Editorial Globe, Caracas, 2010, p. 584-586.

intentar una solución a la situación planteada por la LPP en cuanto a la regulación de un ilícito y sanción ya establecida en el COT -con el indicado problema sobre la antinomia o contradicción generada-, debe destacarse el *elemento condicionante* que disciplina el enunciado: las leyes especiales tributarias pueden establecer ilícitos y sanciones, siempre y cuando (aquí la clave) las mismas sean *adicionales* (“*Que se suma o añade a algo*”⁴¹) a las reguladas en el COT, con lo cual se torna evidente que regular los *mismos* ilícitos (“no presentación de la declaración” y “presentación de la declaración fuera del plazo”), además de no sumar o añadir algo, más bien -a contracorriente del elemento condicionante del COT- *repite lo ya existente*, con el agravante de generar una contradicción normativa que deberá resolverse mediante la aplicación de los conocidos criterios jerárquico (*lex superior derogat inferiori*), de especialidad (*lex specialis derogat generali*), o cronológico (*lex posterior derogat priori*).

V. ¿CUÁNDO ENTRA EN VIGENCIA LA LPP?

Para cerrar estas reflexiones, debe atenderse el controvertido tema sobre la vigencia o aplicación temporal de la LPP. De acuerdo con su disposición final única:

Disposición Final Única: “*Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los siete días del mes de mayo de dos mil veinticuatro. Años 214° de la Independencia, 165° de la Federación y 25° de la Revolución Bolivariana” (resaltado agregado).

De una simple lectura de la citada disposición, se permite entender que dicha norma pretende la “vigencia inmediata” de la LPP a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, como en el pasado ya ha ocurrido con otras leyes tributarias⁴². Este criterio, además, estaría “res-paldado” por la Providencia N° SNAT/2024/000042⁴³ de la Administración tributaria nacional, mediante la cual se establecieron las normas para la declaración y pago de la CE, de acuerdo con la cual el 4 de junio habría sido la primera fecha para declarar y pagar de los contribuyentes cuyos Registros de Información Fiscal (RIF) terminen con el número 7.

Por lo anterior, resulta necesario revisitar, en este nuevo contexto, las disposiciones del ordenamiento jurídico sobre la *aplicación temporal de las leyes tributarias*, particularmente los conocidos artículos 317 de la Constitución y 8 del COT. En efecto, de acuerdo con estos enunciados, toda ley tributaria *debe* fijar su “*lapso de entrada en vigencia*” (*primera regla*) y, en caso de no hacerlo, el mismo *se entenderá fijado*, a otro decir, serán efectivas dichas leyes, *vencidos los sesenta días de su publicación* en la Gaceta Oficial (*segunda regla*). Así lo establecen las normas en cuestión:

Artículo 317 de la Constitución: “(...) *Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo, se entenderá fijado en sesenta días continuos*” (resaltado agregado).

Artículo 8 COT: “(...) *Las leyes tributarias fijarán su lapso de entrada en vigencia. Si no lo establecieron, se aplicarán una vez vencidos los sesenta (60) días continuos a su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*” (resaltado agregado).

⁴¹ Voz “adicional”: “*Que se suma o añade a algo*”. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición del tricentenario, actualizado 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/adicional?m=form>.

⁴² En relación con la aplicabilidad temporal de las “reformas ejecutivas” de 2014 y 2015 de la LISLR, y de la LIGP, nuestras consideraciones en: Abache Carvajal, Serviliano, *La (des)institucionalización... cit.*, p. 77-85; y Abache Carvajal, Serviliano, “Invalidez y aplicación temporal de la ley «constitucional» que crea el impuesto a los grandes patrimonios”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 168, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2020, p. 25-32.

⁴³ Gaceta Oficial N° 42.881, 17 de mayo de 2024.

Se observa, entonces, que estos artículos a su vez contienen *dos reglas* distintas y perfectamente identificables: (i) el *mandato* que se dirige al legislador de establecer un *lapso* (“*tiempo entre dos límites*”⁴⁴) de entrada en vigencia; y en caso de no hacerlo (ii) que el mismo *se entenderá fijado* y, por ello, esas leyes se *aplicarán*, una vez *vencidos los sesenta días continuos* a su publicación en la Gaceta Oficial.

Como es sabido, la razón de ser de la *vacatio legis* para las leyes tributarias se encuentra en el principio constitucional de *seguridad jurídica* que debe imperar en el diseño de todo sistema jurídico, *ex artículo 299*⁴⁵ de la Constitución venezolana, con la finalidad *garantista*⁴⁶ de que se le otorgue al contribuyente un plazo mínimo para el conocimiento y adecuación de su conducta (y recursos económicos) a las exigencias de la *nueva ley tributaria* (el conocido “efecto anuncio”⁴⁷).

Allende las más creativas fórmulas temporales que se han “lanzado al ruedo”, en pureza conceptual y estricta aplicación normativa, la cuestión debería perfilarse como sigue: esta ley “entraría en vigencia” o “sería temporalmente aplicable” (sin adentrarnos en esta oportunidad en la distinción analítica entre las categorías de *vigencia y aplicabilidad*⁴⁸) *vencidos los sesenta días* desde su publicación en Gaceta Oficial, esto es, el 9 de julio de 2024 precisamente porque su pretendido “vigor inmediato” con su publicación en la Gaceta no equivaldría a un “lapso” (nuevamente: “*tiempo entre dos límites*”), como lo ordena la Constitución⁴⁹. Empero, también debe tenerse en cuenta que estamos ante un tributo de naturaleza

⁴⁴ Voz “lapso”: “*Tiempo entre dos límites*”. Real Academia Española, *Diccionario... cit.* Disponible en: <https://dle.rae.es/lapso?m=form>.

⁴⁵ Artículo 299 de la Constitución: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, 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 garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”.

⁴⁶ “De la lectura de los textos anteriores [refiriéndose a los artículos 317 de la Constitución y 8 del COT], es obvio el carácter garantista que deriva del mecanismo de la *vacatio legis*, hecho que se ve reforzado cuando hablamos de la materia tributaria.// (...) Asimismo, el respeto a esta *vacatio legis* se emparenta con el principio de libertad económica y seguridad jurídica, en tanto y en cuanto, la introducción subrepticia de un tributo, podría tener enormes consecuencias en el plan económico para los sujetos pasivos en general que se vean percutidos” (corchetes agregados). Urso Cedeño, Giuseppe, “Vigencia de las leyes tributarias”, en Sol Gil, Jesús *et al* (Coords.), *Manual de Derecho Tributario Venezolano*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 249-250.

⁴⁷ Careciendo a todas luces esta ley de lo que en la doctrina se ha denominado el “efecto anuncio”, el cual “podría referirse a cualquier situación de hecho o de derecho que coadyuvase a difundir o acercar al conocimiento del contribuyente la futura producción de una modificación normativa, sobre todo cuando la misma viene a agravar su posición jurídica”. García Novoa, César, *El principio... cit.*, p. 179.

⁴⁸ Al respecto, *vid.* Abache Carvajal, Serviliano, *La (des)institucionalización... cit.*, p. 77-85.

⁴⁹ Lo expuesto, sin entrar en las consideraciones que pudieran deslizarse en relación con el hecho de que, para el 8 de mayo de 2024, el tributo se encontraba *incompleto*, habida cuenta que la alícuota se (mal) dictó por el ejecutivo el 16 de mayo, pudiendo pensarse -como hemos tenido noticia- que hasta ese momento no se podía (¿o debía?) empezar el cómputo constitucional de la *vacatio legis* por inexistencia de uno de los elementos constitutivos de la CE. También debe precisarse, sin embargo, que por haberse dictado y publicado la alícuota durante el mismo mes de mayo, a efectos

periódica (mensual), razón por la cual resultaría necesario reparar en el hecho de que para el 9 de julio de 2024 (vencidos los sesenta días desde su publicación el 8 de mayo) “se encontraría en curso ese período mensual”, por lo que debe entonces aplicarse el cuarto aparte del artículo 8 del COT y, con ello, dicha ley sería aplicable “(...) desde el primer día del período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley (...)”, esto es, a partir del 1° de agosto de 2024, viniendo a materializarse su primera declaración en el mes de septiembre, con base en la información correspondiente al “total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores por concepto de salario y bonificaciones de carácter no salarial” durante el mes anterior, ¿o no?⁵⁰.

prácticos el tratamiento temporal sería igual y, por ello, no habría diferencia alguna sobre la fecha efectiva de vigor normativo de la LPP.

⁵⁰ Para no desilusionar, la Administración tributaria respondió -en los términos y tiempo esperados- una consulta presentada el 7 de junio, por la Asociación Civil Instituto Universitario de Tecnología de Administración Industrial (I.U.T.A.), sobre la vigencia de la LPP (Consulta N° DCR-5-93.324, 14 de junio de 2024, División de Doctrina Tributaria de la Gerencia de Doctrina y Asesoría de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT). En seguida atenderemos, a propósito de la contestación dada al contribuyente, lo que nos parece que *no dijo la consulta, lo que sí dijo* y, finalmente, *lo que se pretende (y no se entiende) en la misma*. Primero: “lo que no dijo la consulta”. Como resulta apreciable, se omite de forma olímpica toda mención al artículo 317 de la Constitución que, paradójicamente, es la norma clave para poder atender el planteamiento. Pareciera, así, que a efectos de la consulta ese enunciado simplemente no existe, de lo contrario, ¿por qué no se cita?, ¿por qué la omisión?, o ¿será que se olvidó su existencia? Esta última hipótesis, vale acotar, se presenta poco probable al tenerse en cuenta que la norma constitucional fue expresamente referida por el contribuyente en su escrito. Segundo: “lo que sí dijo la consulta”. En el desarrollo de la posición administrativa, se cita el artículo 8 del COT y, a renglón seguido, se tergiversa abiertamente el tenor literal del mismo. En la consulta se explica ese enunciado de la manera que sigue: “En la norma antes transcrita, encontramos establecido lo que en doctrina se conoce como la «vigencia de las leyes tributarias», las cuales, de no señalar su entrada en vigencia, se aplicarán culminados los sesenta días continuos posteriores a su publicación en la Gaceta Oficial” (resaltado agregado). Pues no es así. Lo que se “entiende” en la consulta, no se compagina con la letra de la ley. No es lo mismo que la norma *ordene* -al son del enunciado constitucional dejado de lado- que el legislador *fije el lapso* de entrada en vigencia de las leyes tributarias, a que apenas deba “señalar su entrada en vigencia”. Para nada. La norma es bastante clara: se debe fijar un “lapso”, no simplemente indicarse “cuándo” entrarán en vigencia las leyes tributarias. Esa distorsionada “lectura” que se pretende de la norma en la consulta, precisamente da pie -en fraude al COT y a la propia Constitución, de un lado, y al efecto anuncio y a la seguridad jurídica del contribuyente, del otro- a que se deje de lado el mandato legal -y constitucional- sobre la fijación del “lapso” (por tercera vez: un “*tiempo entre dos límites*”), generándose una “interpretación administrativa” *sin base legal*: la (tan deseada) “vigencia instantánea” de las leyes tributarias. En suma, una cosa es lo que dicen los enunciados legal y constitucional sobre el vigor de las leyes de contenido tributario y otra, muy distinta y distante, es la que se lee en el criterio administrativo. Tercero: “lo que se pretende (y no se entiende) en la consulta”. Para soportar la opinión, también se hace referencia al artículo 10 de la Ley de Publicaciones Oficiales (LPO) (Gaceta Oficial N° 6.688, 25 de febrero de 2022), el cual, como es sabido, no hace más que reproducir el artículo 1 del Código Civil (CC) (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982) en cuanto a la “regla” sobre la entrada en vigencia de las *leyes* (a secas). Lo que pareciera no entenderse en la consulta, es que se pretende justificar la “vigencia inmediata” de la LPP con dicha “regla”, sin tener en cuenta -nada más y nada menos que- la “excepción” (o *regla especial*) sobre la vigencia de las *leyes tributarias*, que viene disciplinada en los tantas veces mencionados artículos 8 del COT y 317 de la Constitución, por lo que habría que preguntarse: ¿será que la Administración tributaria considera que la LPO es una norma “jerárquicamente superior” a la Constitución?, o ¿será que entiende que la LPO es una “norma especial” -en materia *tributaria*- frente al COT? Nuevamente, como no podía ser de otra manera, son más las preguntas que las respuestas que se siguen generando alrededor de la LPP.

VI. ¿QUÉ SE PUEDE DESTACAR, A MODO DE CONCLUSIÓN, ¿SOBRE LA CE DE LA LPP?

Lo único que es seguro afirmar, luego de atender las preguntas formuladas, es que no pareciera haber nada “seguro” en relación con esta ley. Su *frankensteiniana* configuración (el hecho imponible de la *cabeza* de unos tributos, la base imponible del *cuerpo* de otros, la alícuota sin *piernas* legales, el sujeto activo con *manos* típicamente fiscales y los sujetos pasivos sin *pies* para sostenerse) se perfila como el *caldo de cultivo* perfecto para la arbitrariedad, la razón de la fuerza, con lo cual sólo resta observar cómo transcurrirán los acontecimientos y qué creatividades (que seguro excederán la capacidad de asombro [y *contributiva*] de más de uno) experimentarán los contribuyentes, en este nuevo capítulo de la *sinrazón tributaria venezolana*. Ante este escenario, sobran las conclusiones técnicas. “Amanecerá y veremos...”.

BIBLIOGRAFÍA

Abache Carvajal, Serviliano, *Pedro Tinoco: trascendencia y vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 144, Caracas, 2022.

_____, *De la paraafiscalidad venezolana del siglo XXI*, Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2022.

_____, “Invalidez y aplicación temporal de la ley «constitucional» que crea el impuesto a los grandes patrimonios”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 168, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2020.

_____, *La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Serie Estudios de la Academia N° 113, Caracas, 2019.

_____, *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de “la pesadilla y el noble sueño”*, Editorial Álvaro y Nora, Caracas, 2015.

Barraca Mairal, Javier, *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005.

Barros Carvalho, Paulo de, *Derecho tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 2004.

Blumenstein, Ernst, “Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung”, *Archiv für schweizerisches*, vol. 8, Abgaberecht.

Carmona Borjas, Juan Cristóbal, *Distopía parafiscal en la Venezuela del siglo XXI*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023.

Evans Márquez, Ronald, *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1999.

Ferreiro Lapatza, José Juan, *Derecho financiero español*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

Fraga-Pittaluga, Luis, “Algunos comentarios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020”. Disponible en: <http://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/component/k2/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-organico-tributario-de-2020>.

_____, Vilorio Méndez, Mónica y Sánchez González, Salvador, *El impuesto municipal a las actividades económicas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Fraga, Sánchez & Asociados, Colección Estudios 4, Caracas, 2005.

García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

_____, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

González García, Eusebio, “Los principios generales de la imposición y la codificación tributaria”, Anais Das XX Jornadas Do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Tema II: La codificación en América Latina, Instituto Associação Brasileira de Direito Financeiro, Salvador-Bahia, 2000.

Iturbe Alarcón, Manuel (Coord.), *La reforma del Código Orgánico Tributario de 2014*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario - Legislación Económica, C.A., Caracas, 2015.

Jarach, Dino, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Editorial Cangallo, 1ª edición (2ª impresión), Buenos Aires, 1993.

_____, El hecho imponible. *Teoría general del Derecho tributario sustantivo*, Abeledo-Perrot, 3ª edición, Buenos Aires, 1982.

_____, *Curso superior de Derecho tributario*, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, edición del tricentenario, actualizado 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/diccionario>.

Romero-Muci, Humberto, “Aspectos tributarios en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación”, en de Valera, Irene (Coord.), Comentarios sobre la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 26, Caracas, 2008.

_____, *Lo Racional y lo Irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004.

Ruan Santos, Gabriel, “Las exacciones parafiscales. Especial referencia a reformas recientes”, *Las reformas tributarias en la Venezuela actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 7 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.avdt.org.ve/category/webinars/>.

Siota Álvarez, Mónica, *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Sol Gil, Jesús (Coord.), *Estudios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002.

Urso Cedeño, Giuseppe, “Vigencia de las leyes tributarias”, en Sol Gil, Jesús *et al* (Coords.), *Manual de Derecho Tributario Venezolano*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

Weffe H., Carlos E., *Garantismo y Derecho penal tributario en Venezuela*, Editorial Globe, Caracas, 2010.

*El derecho a un recurso rápido y sencillo para la protección de los Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado de América Latina**

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela
Director de la Revista*

Resumen: *Este estudio se refiere, en particular, a la aceptación y desarrollo progresivo de la presentación de las acciones de amparo en forma oral ante los tribunales, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, para asegurar el acceso ciudadano a la justicia.*

Palabras Clave: *Acción de amparo; amparo oral; Acceso a la justicia.*

Abstract: *This study refers, in particular, to the acceptance and progressive development of the oral filling of amparo actions before the courts, in accordance with the American Convention on Human Rights, to ensure citizen access to justice.*

Key words: *Writ of amparo; oral filling; access to justice.*

SUMARIO

- I. EL RÉGIMEN DEL DERECHO DE AMPARO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
- II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL AMPARO
 1. *Las provisiones constitucionales.*
 2. *Algunos aspectos derivados de la apreciación comparada de las regulaciones constitucionales.*
- III. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE REGULAR EL AMPARO CONFORME A LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA APERTURA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
- IV. LOS PARÁMETROS FIJADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO

* Texto que sirvió de base para la exposición del autor en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Desafíos e institutos del derecho administrativo de cara al derecho internacional de los derechos humanos. Una mirada desde el federalismo. Con especial referencia a la jurisprudencia de la COIDH y de la CEDH.” En homenaje a los profesores Julio Rodolfo Comadira (†) y Mirta Sotelo de Andreau, organizado por la Procuraduría General de Buenos Aires y Facultad de derecho y ciencias sociales y políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina, realizado los días 09,10,11 de noviembre del 2022. Una versión inicial del texto fue publicada en el libro: *Derecho y Docencia como Vocación. Libro Homenaje Palomino Manchego*, (Coordinadores: Domingo García Belaúnde, Dante Paiva Goiburu), Arduus editores, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Lima Perú 2022, pp. 425-486.

- V. ALGUNOS CONTRASTES ENTRE LAS PREVISIONES DEL DERECHO INTERNO Y LO REGULADO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA
- VI. PARTICULAR REFERENCIA AL ALCANCE Y LÍMITES DE ALGUNAS DE LAS REGULACIONES ADJETIVAS SOBRE EL AMPARO EN EL DERECHO INTERNO
1. *Marco de la Convención Americana.* 2. *El alcance y límites específico de las regulaciones relativas a la admisibilidad de los recursos de amparo.* 3. *La exigencia general del carácter escrito de los recursos de amparo.* 4. *Las exigencias de garantía del derecho de acceso a la justicia en materia de amparo frente al requisito del recurso escrito, y la tendencia a admitir la oralidad del procedimiento.*
- VII. LAS PREVISIONES LEGALES SOBRE LA INTERPOSICIÓN VERBAL DE LAS ACCIONES DE AMPARO, EN GENERAL, Y EN PARTICULAR EN CASOS ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL (*HABEAS CORPUS*)

En el sistema constitucional de casi todos los países de América Latina se han regulado medios judiciales extraordinario de protección de los derechos humanos, configurados como un derecho de las personas a ser amparadas, protegidas o tuteladas judicialmente en el goce y ejercicio de los mismos, de tal importancia, que aparte al configurarse como una de las instituciones más “latinoamericanas” del constitucionalismo moderno, conforman una pieza fundamental del llamado *ius commune* latinoamericano¹ con influencias en otras latitudes.²

En esta forma, calificada indistintamente como acción, recurso o juicio,³ en nuestros países se han regulado como medios judiciales específicos de protección de los derechos constitucionales las instituciones de *Amparo* (Guatemala), *Juicio de amparo*, (México), *Proceso de amparo* (El Salvador, Perú), *Derecho de amparo* o *acción de amparo* (Venezuela), *Acción de amparo* (Argentina, República Dominicana, Honduras, Paraguay, Uruguay), *Recurso de amparo constitucional* (Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, y Panamá), *Acción de tutela* (Colombia), *Recurso de protección* (Chile), *Acción de protección* (Ecuador), *Mandado de segurança* y *mandado de injunção* (Brasil); medios judiciales que en todos los casos se

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “The Amparo as an Instrument of a *Ius Constitutionale Commune*,” en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariékla Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan and Ximena Soley (Editors), *Transformative Constitutionalism In Latin America. The Emergence Of A New Ius Commune*, Oxford University Press 2017, pp. 171-190.

² La institución latinoamericana, por ejemplo, influyó recientemente en Filipinas, con la creación del *Writ of amparo* a través de reglas dictadas por la Corte Suprema de ese país, en septiembre de 2007 (“The Rule of the Writ of Amparo”, Supreme Court of Philippines, 2007). Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, “The Latin American Amparo Proceeding and the Writ of Amparo in The Philippines,” en *City University of Hong Kong Law Review*, Volume 1:1 October 2009, pp 73–90.

³ Véase en general, desde el punto de vista comparado, Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, Edit. Porrúa, México 2006; Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp.; también publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Curso Interdisciplinario), San José, Costa Rica, 1993, (mimeo), 120 pp. y en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.740; Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2005; *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Law Study on the amparo proceeding*, Cambridge University Press, New York, 2008; y “Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 9 enero-junio 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pp. 311-321.

rigen por reglas procesales especiales y diferentes a las generales que se han establecido en los Códigos de Procedimiento Civil para los procesos destinadas a la protección general de los derechos o intereses de las personas y de sus bienes.

Adicionalmente, en la gran mayoría de los países latinoamericanos, además del amparo, las Constituciones han regulado el recurso de *habeas corpus* como medio judicial aparte para la específica protección de la libertad e integridad personales. Es el caso de Argentina, Bolivia (acción de libertad), Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay. Sólo en algunas Constituciones como la de Guatemala, México y Venezuela, el proceso de amparo está concebido como una acción para la protección de todos los derechos y libertades constitucionales, incluyendo la libertad personal, en cuyo caso el *habeas corpus* es considerado como un tipo de acción de amparo, denominado por ejemplo como acción de exhibición personal (Guatemala), amparo de la libertad (México) o amparo para la protección de la libertad personal (Venezuela).

Por otra parte, más recientemente, en algunos países como Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, además de la acción de amparo y de la de *habeas corpus*, en las Constituciones se ha establecido otra acción distinta específica, llamada de *habeas data* (o protección de privacidad), mediante la cual las personas pueden formular peticiones para obtener información sobre sí mismas que estén contenidas en archivos, registros y bancos de datos, públicos o privados, y en caso de información falsa, errada o discriminatoria, para solicitar su eliminación, confidencialidad o corrección.

En esta forma, el sistema constitucional latinoamericano la protección de los derechos fundamentales o constitucionales puede lograrse de dos maneras: por una parte, por supuesto, a través de las acciones o recursos ordinarios y extraordinarios que en general se han establecidos en los Códigos de Procedimiento Civil; y por la otra, además y específicamente, mediante las acciones y recursos antes mencionados, establecidos en forma separada para el específico propósito de proteger los derechos constitucionales, y que han dado origen al proceso constitucional de amparo.

Conforme al primer modelo, que es característico, por ejemplo, de sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América, la protección efectiva de los derechos humanos se asegura mediante los remedios judiciales ordinarios del proceso o a través de los remedios extraordinarios de equidad (como las *injunctiions*), las cuales también se utilizan para la protección de cualquier tipo de derechos o intereses de las personas (*civil rights injunctiions*).

En América Latina, en cambio, además de los medios judiciales ordinarios y en parte dada por la tradicional deficiencia de los mismos para asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales, es que se ha desarrollado el proceso de amparo como un medio judicial específico para asegurar su protección, que como es bien sabido, tuvo su origen en México en 1847,⁴ con el juicio de amparo el cual, en todo caso, ha sufrido poste-

⁴ Este medio específico de protección fue inicialmente introducido en México en 1847, con el nombre de juicio de amparo, el cual de acuerdo con la opinión unánime de los autores mexicanos tuvo su origen en el sistema de control judicial de constitucionalidad (*Judicial Review*) de los Estados Unidos de América, tal como había sido descrito por Alexis de Tocqueville en su obra *La democracia en América*, escrita sólo unos años después del caso *Malbury v. Madison* U.S. (1 Cranch), 137; 2 L. Ed. 60 (1803). Véase Francisco Fernández Segado, “Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del Voto particular de don mariano Otero”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México 2006, pp. 67 ss.

riormente una evolución única que lo ha convertido en la institución única y compleja como lo es en la actualidad, que sólo se encuentra en México.⁵

I. EL RÉGIMEN DEL DERECHO DE AMPARO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La institución latinoamericana del amparo, luego de haberse constitucionalizado, puede decirse que se internacionalizó, encontrado cabida en las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual fue firmada en 1969 y fue ratificada por todos los países latinoamericanos con excepción de Cuba, constituyéndose en un muy efectivo instrumento para la consolidación de un muy rico estándar mínimo sobre la regulación de los derechos civiles y políticos, común para todos los países.⁶ En sus normas, por tanto, la institución del amparo (tutela o protección de los derechos fundamentales) se reguló básicamente como un derecho fundamental en sí mismo que todas las personas tienen para obtener protección judicial respecto del ejercicio y goce de todos los otros derechos fundamentales, mediante la existencia y ejercicio de un recurso o acción específica, *sencilla, rápida y efectiva*, pero además, por supuesto, mediante todos los otros medios judiciales que se establezcan y que permitan la protección constitucional.

En efecto, en el artículo 25.1 de la Convención Americana se dispone: que

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Este recurso a que tiene toda persona fue identificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeras Opiniones Consultivas, precisamente con la institución latinoamericana del amparo, prevista y regulada en casi todos los países, habiendo ex-

⁵ Mediante la cual, además de asegurarse la protección de las garantías individuales (*amparo libertad*), comprende un variado y amplio grupo de otras medidas de protección judicial que se pueden ejercer contra el Estado y sus agentes, y que en los otros países latinoamericanos son siempre acciones o procesos separados. En ellos se incluyen, acciones para el control de la constitucionalidad de las leyes (*amparo contra leyes*), acciones para el control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos (*amparo administrativo*), acciones para el control judicial de las sentencias (*amparo casación*), y acciones para la protección de los derechos campesinos (*amparo colectivo*). Véase una sistematización del nuevo juicio y las acciones de amparo mexicano en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, “*El nuevo juicio de amparo*”, coedición de Porrúa, UNAM, México, 2013. Este carácter comprehensivo y único del juicio de amparo no se encuentra en ningún otro país de América Latina, lo que no ha impedido a que sea precisamente el amparo mexicano el que más se conozca fuera de América Latina.

⁶ Lamentablemente, en 2013, Venezuela denunció la Convención Americana para escaparse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase la comunicación N° 125 de 6 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Canciller de Venezuela, Nicolás Maduro, dirigida al Secretario General de la OEA, en <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf>. Véase sobre ello, Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, N° 20/2° semestre 2012; en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, N° 2, Chile, 2012; en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, N° 18, Julio-Diciembre, 2012; en la *Revista de Derecho Público*, N° 131, Caracas, julio-septiembre 2012; en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013, *Anuario 2013*, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013.

presado en su Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 (*El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), que el artículo 25.1 de la Convención era:

“una disposición de carácter general que recoge la institución del amparo, entendido como el procedimiento judicial *sencillo y breve* que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados partes y por la Convención.”⁷

Ahora bien, siendo el amparo un derecho fundamental, debe interpretarse conforme a los principios de progresividad, interdependencia y *pro homine*, que caracteriza la interpretación de todos los otros derechos fundamentales conforme a los parámetros establecidos en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de manera de garantizarle a las persona el debido el acceso a la justicia y a la protección, tutela o amparo judicial contra toda acción u omisión que vulnere, lesione o amenace lesionar los derechos fundamentales.

Entre esos principios, en materia de amparo el principio *pro homine* adquiere particular relevancia, el cual, como lo resumió Osvaldo Alfredo Gozaini:

“implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.”⁸

Esta concepción del amparo en el Continente americano como derecho fundamental, es consecuencia tanto de la expansión de las declaraciones constitucionales sobre derechos humanos en las Constituciones de los diversos países, como del afianzamiento de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que garantizan el derecho al amparo o protección judicial de los derechos fundamentales, considerándose en general a la acción de amparo como el género de los medios de protección constitucional, siendo las acciones específicas que tradicionalmente se han regulado en forma separada, como la de *habeas corpus*, como especies de la protección constitucional judicial.⁹ Así ocurre por supuesto en los países donde la acción de amparo protege igualmente a la libertad personal como es el caso de Venezuela, y en general en los otros países que establecen dos acciones separadas e incluso tres, con la acción de *habeas data*.

Como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su antes mencionada Opinión Consultiva No. OC-8/87 del 30 de enero de 1987 *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), al estudiar las acciones de amparo y *habeas corpus*:

“34. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el *hábeas corpus* uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el *hábeas corpus* se regula de manera autónoma con la finalidad de prote-

⁷ Véase Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

⁸ Véase Osvaldo Alfredo Gozaini, Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional. Art. 4 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, Cevallos editora jurídica, Quito, 2015, p. 36

⁹ Esta elación de género / especie ha sido rechazada por algunos autores respecto de la acción de *habeas data*. Véase, por ejemplo, Víctor Bazán, “El *hábeas data*, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa,” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, Bogotá, 2012, pp. 37-76.

ger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el *habeas corpus* es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.”¹⁰

Ahora bien, lo importante a destacar de la norma del artículo 25 de la Convención, es que el derecho de amparo que encuentra su fundamento en la misma no sólo es un derecho aplicable en todos los Estados miembros, sino que del mismo resulta la obligación internacional que les ha sido impuesta a los mismos con el objeto de asegurarle a todas las personas, no sólo la existencia sino la efectividad de ese recurso *efectivo, sencillo y rápido* para la protección de sus derechos. Para ello, la propia Convención dispuso que los Estados Parte se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (artículo 25.2.a). Ello lo ha puntualizado la Corte Interamericana en innumerables sentencias al recordar:

“El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.”¹¹

Pero como igualmente lo destacó la Corte Interamericana es su Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, (*Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*), la Corte precisó que:

“para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.”

En esta forma, el derecho de amparo así previsto no solo es un derecho que debe garantizarse en todos los Estados miembros, sino que de la norma de la Convención resulta la obligación internacional impuesta a los Estados de asegurarle a todas las personas, no sólo la existencia, sino la efectividad de ese recurso, el cual debe ser sencillo y rápido para la protección de sus derechos. Para ello, la propia Convención dispuso que los Estados Parte se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (artículo 25.2.a), debiendo los Estados adecuar las normas de derecho interno para garantizar la existencia de tal recurso sencillo, rápido y efectivo.

Esta obligación la ha recordado la Corte Interamericana en innumerables sentencias, al enfatizar que:

“El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención.

¹⁰ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

¹¹ Véase sentencia en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* de 23 de Junio de 2005, (Párr. 170), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.¹²

La previsión de la Convención en esta materia es de tal importancia que su falta de consagración en el derecho interno, es decir:

“la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.”¹³

La Corte Interamericana, en sus decisiones posteriores siguiendo una larga evolución interpretativa, ha destacado del artículo 25.1, que, al consagrar el derecho al recurso efectivo como derecho de amparo, lo ha hecho en el sentido más amplio de consagrar un derecho humano a la “protección judicial” efectiva, que a su vez exige que se garantice el derecho de acceso a la justicia.

Sobre este derecho, la Corte siguió la orientación que inicialmente le dio el juez Antonio Cançado Trindade en su Voto al caso *Genie Lacayo Vs. Nicaragua* de 29 de enero de 1997, en el cual consideró que el mismo no sólo era uno de los pilares básicos de la Convención, sino “de todo el Estado de derecho en una sociedad democrática según el sentido de la Convención;”¹⁴ concepto que se reiteró con posterioridad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú* de 3 de noviembre de mismo año 1997.¹⁵

En este contexto, el derecho de amparo o el derecho humano a la protección judicial viene a constituirse, entonces, en uno de los pilares de la democracia, subsumiéndose la acción de amparo en el marco de los recursos judiciales rápidos, sencillos y eficaces (con el signo, en este caso, de la inmediatez de la protección, por tratarse de derechos humanos) a los cuales las personas tienen derecho de acceder (como manifestación del derecho de acceso a la justicia), con las garantías del debido proceso que derivan del artículo 25.1 en conexión con el artículo 8 sobre garantías judiciales, los cuales en conjunto son los que constituyen ese pilar de la democracia.¹⁶

Como lo dijo la Corte Interamericana en la sentencia del caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009:

¹² *Idem*.

¹³ Véase Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Párr. 24), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

¹⁴ Voto Disidente de Antonio Augusto Cançado Trindade en la sentencia del *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas)* de 13 de septiembre de 1997 (Párr. 18), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_21_esp.pdf

¹⁵ Véase sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú* de 3 de noviembre de 1997 (Párr. 82), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf.

¹⁶ Por ello, Anamari Garro Vargas considera que “no es lo mismo afirmar que el sistema de recursos judiciales eficaces es uno de los pilares de la Convención y del Estado de Derecho en un sistema democrático, que sostener que uno de esos pilares es un recurso sencillo y eficaz para proteger los derechos fundamentales.” Véase Anamari Garro Vargas, *La improcedencia del recurso de amparo contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial a la luz de la Constitución costarricense y del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago de Chile 2012 (Versión mimeografiada), p. 213.

“el recurso de amparo, por su naturaleza, es el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención;”

Agregando, además, que:

“tal recurso *entra* en el ámbito del art. 25 de la Convención Americana, por lo cual tiene que cumplir con varias exigencias, entre las cuales se encuentra la idoneidad y la efectividad.”¹⁷

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL AMPARO

Todo lo anterior implica, que, establecidas las líneas básicas de la internacionalización del amparo en la Convención Americana, hay que volver a analizar el proceso de constitucionalización del amparo, para determinar el grado de ajuste de los derechos internos a las previsiones internacionales.

Después de la introducción de la figura del amparo en México y durante el resto del Siglo XIX, el amparo comenzó a extenderse por todos los países de América Latina, dando origen en todos ellos, a una diferente y específica acción o recurso de proceso constitucional, establecido exclusivamente para la protección de los derechos y libertades constitucionales, llegando en algunos casos a convertirse, incluso, en una institución procesal que en muchos casos resultó ser más protectora que el propio amparo mexicano,¹⁸ particularmente antes de las reformas de la Ley de Amparo de México de 2013. Pero dejando aparte el caso de México, o cierto fue que durante el siglo XIX, además del recurso de *habeas corpus* que también se generalizó en casi todos los países, el amparo, la institución del amparo fue introducida en las Constituciones de Guatemala (1879), El Salvador (1886) y Honduras (1894); y durante el siglo XX, en las Constituciones de Nicaragua (1911), Brasil (*mandado de segurança* 1934), Panamá (1941), Costa Rica (1946), Venezuela (1961), Bolivia, Paraguay, Ecuador (1967), Perú (1979), Chile (*recurso de protección*, 1980, reforma 2001) Colombia (*acción de tutela*, 1991). En la República Dominicana se constitucionalizó en el siglo XXI (2010).

En todas esas Constituciones el amparo constitucional se regula como un derecho constitucional de las personas a ser amparadas por los tribunales en sus derechos y garantías constitucionales, previéndose en general para ello, además de todos los medios judiciales existentes, una o diversas acciones judiciales específicas para tal fin.

En la gran mayoría de las Constituciones de los países latinoamericanos, como se dijo, además de la acción de amparo, se ha regulado el recurso de *habeas corpus* como medio judicial aparte para la protección de la libertad e integridad personales. Es el caso de Argentina, Bolivia (acción de libertad), Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay

Sólo en algunas Constituciones como la de Guatemala, México y Venezuela, el proceso de amparo está concebido como una acción para la protección de todos los derechos y libertades constitucionales, incluyendo la libertad personal, en cuyo caso el *habeas corpus* es considerado como un tipo de acción de amparo, denominado por ejemplo como acción de exhibición personal (Guatemala), amparo de la libertad (México) o amparo para la protección de la libertad personal (Venezuela).

¹⁷ Véase la sentencia del caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (Párr. 107) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_211_esp.pdf

¹⁸ Véase Joaquín Brague Camazano, *La Jurisdicción constitucional de la libertad. Teoría general*, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 156 ss.

Por otra parte, más recientemente, en algunos países como Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, además de la acción de amparo y de la de *habeas corpus*, en las Constituciones se ha establecido otra acción distinta específica, llamada de *habeas data* (o protección de privacidad), mediante la cual las personas pueden formular peticiones para obtener información sobre sí mismas que estén contenidas en archivos, registros y bancos de datos, públicos o privados, y en caso de información falsa, errada o discriminatoria, para solicitar su eliminación, confidencialidad o corrección.

1. *Las previsiones constitucionales*

Conforme a lo anterior, el panorama de las previsiones constitucionales sobre el amparo en los países de América Latina es el siguiente:

En la Constitución de *Argentina* (1994) se establece el derecho de toda persona “a interponer acción *expedita y rápida* de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva” (art. 43). Y el mismo artículo establece las acciones de amparo colectivo, el *habeas data* y el *habeas corpus*.

En *Bolivia*, la Constitución (2008), en el Título IV sobre las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa establece el derecho de todas las personas a ser “protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos,” a cuyo efecto, “garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones” (art. 115), regulándose las acciones de garantía, y entre ellas la “acción de amparo constitucional,” indicando que “tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” (arts. 128; 129). La Constitución regula igualmente la acción de libertad (*habeas corpus*) (Art. 125).

En la Constitución de *Brasil* (1988; reforma 2017) se regulan como medios judiciales de protección de los derechos constitucionales, al mandato de seguridad (Art. LXIX), incluso con la modalidad de mandato de seguridad colectivo (art. LXX); y, además, el recurso de *habeas corpus* (Art. LXVIII) y el de *habeas data* (LXXII).

En la Constitución de *Colombia* (1991; última reforma 2012) se dispone en general que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública,” (art. 86). La Constitución regula, además, la acción de *habeas corpus* (Art. 30).

La Constitución de *Costa Rica* (1949; última reforma 2003) dispone que “a toda persona le asiste el recurso de amparo [...] para mantener o restablecer el goce de los otros derechos (diferentes a la libertad) consagrados en esta Constitución [...], “del que conocerán los tribunales que fije la ley” (art. 48). Además, en la misma norma, la Constitución regula la acción de *habeas*.

En *Chile*, la Constitución de 1980 (última reforma 2019) establece la institución del amparo, aún cuando con el nombre de *recurso de protección*, y limitado a la protección de unos derechos que se enumeran expresamente, disponiendo en su artículo 20 que “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el Artículo 19, Números 1, 2,

3 Inciso cuarto, 4, 5, 6, 9 Inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el Inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.” Agrega la norma que “procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del Artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Adicionalmente, la Constitución también regula el recuso de *habeas corpus*, pero calificándolo como recurso de amparo (art. 21).

En *Ecuador*, la Constitución (2008) regula, dentro de las garantías jurisdiccionales, a la “acción de protección,” que tiene “por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución,” el cual puede “interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” (art. 88). Adicionalmente la Constitución regula la acción de *habeas corpus* (Art. 89), y la acción de *hábeas data* (art. 92).

En *El Salvador*, la Constitución (1983, última reforma, 2003), dispone que “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los, derechos que otorga la presente Constitución” (art. 247). La misma norma, regula, además, la acción de *habeas corpus*.

En *Guatemala*, la Constitución (1989; última reforma 1993), dispone en su artículo 265 que “instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido,” precisando que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan” (art. 265). Además, la Constitución regula el derecho a la exhibición personal (art. 263).

En el caso de *Honduras*, la Constitución (1982; última reforma, 2005) prescribe que “el Estado reconoce la garantía de amparo,” y “en consecuencia toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta, tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución” (art. 183). Además, la Constitución garantiza el *hábeas corpus* o exhibición personal, y de *hábeas data* (art. 182).

En *México*, la Constitución (última reforma 2021) le atribuye a los Tribunales de la Federación la competencia para resolver “toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal” (art. 103)

Dichas controversias referidas en el artículo 103, con excepción de aquellas en materia electoral, se deben sujetar a los procedimientos que determine la ley reglamentaria del “juicio de amparo” el cual se debe seguir “siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa” (art. 104).

En *Nicaragua*, la Constitución (1987; última reforma 2005) “establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de cada acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política” (art. 188). Además, la Constitución establece el Recurso de Exhibición Personal (art. 189)

En *Panamá*, la Constitución (1972; última reforma, 1994) dispone que “toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquiera persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales” (art. 50). Adicionalmente la Constitución regula el recurso de *habeas corpus* (art. 23).

Por su parte en *Paraguay*, la Constitución (1992) dispone que “toda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley...”. (Art. 134). Además, la Constitución garantiza el *habeas corpus* (art. 133), y el *habeas data* (art. 135)

En *Perú*, la Constitución (1993; última reforma, 2005) regula entre las garantías constitucionales “la Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular” (art. 200). La misma, garantiza adicionalmente la *Acción de Hábeas Corpus*, y la que *Acción de Hábeas Data*.

En la *República Dominicana* la Constitución (2010), regula las garantías a los derechos fundamentales disponiendo, en general, que la misma “garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley” (Art. 168). Adicionalmente, la Constitución prevé que:

“toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el *habeas corpus*, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos.”

Agrega la norma que “de conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades” (art. 72).

Además, la Constitución regula el hábeas data (Art. 70), y la *acción de hábeas corpus*, (art. 71).

En *Uruguay*, la Constitución (1967; última reforma, 2004) dispone que “los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general” (art. 7). Además, la Constitución regula el recurso de “*habeas corpus*” (art. 17).

Y, por último, en *Venezuela*, la Constitución (1999), dispone que “toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,” agregando que:

“El procedimiento de la acción de amparo constitucional será *oral*, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.” (art. 27)

La Constitución además se refiere en la misma norma a la acción de *amparo a la libertad o seguridad*, equivalente al denominado *habeas corpus* en otras Constituciones,” y regula la *acción de habeas data* (art. 28).

2. Algunos aspectos derivados de la apreciación comparada de las regulaciones constitucionales

Ahora bien, de todas las previsiones constitucionales anteriores, se pueden hacer las siguientes apreciaciones generales:

En todos los países latinoamericanos, con la excepción de Cuba, están reguladas las acciones de *habeas corpus* y amparo como medios judiciales específicos diseñados exclusivamente para la protección de los derechos y garantías constitucionales; previendo, en nuestro criterio, sin la menor duda, un derecho fundamental de todas las personas a ser amparados o protegidos judicialmente en sus derechos constitucionales, para lo cual los textos constitucionales han establecido además de los procedimientos judiciales generales, una específica acción de amparo, de protección o de tutela, sujeta a normas específicas de manera de asegurar la inmediatez de la protección.

Estas regulaciones constitucionales en materia en América Latina, en la actualidad, puede decirse que se han configurado en tres formas diferentes:

Primero, unas Constituciones han previsto tres recursos o acciones diferentes, el *amparo*, *el habeas corpus* y *el habeas data*, como sucede en Argentina, Brasil, Bolivia (acción de protección de privacidad), Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana;

Segundo, otras Constituciones han establecido dos recursos diferentes, por una parte, el *amparo* y *el habeas corpus*, como es el caso en Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Uruguay; y por la otra, el *amparo* y *el habeas data*, como es el caso de Venezuela; y

Tercero, en otras Constituciones se ha regulado un solo recurso o acción de *amparo*, comprendiendo en el mismo la protección de la libertad personal, como es el caso de Guatemala, México y Venezuela.

A todo ello deben agregarse otras acciones de garantías de derechos como las acciones de incumplimiento o de acceso a la información que se han regulado en muchos países.

El proceso constitucional de amparo en América Latina, por otra parte, se ha configurado como una pieza más del sistema general de protección de la Constitución que desde el siglo XIX se fue desarrollando en nuestros países, es decir, dentro de los diversos sistemas nacionales de control de constitucionalidad de los actos estatales, en particular de las leyes.

Siguiendo los criterios más tradicionales derivados del órgano llamado a ejercer el control de constitucionalidad, estos pueden clasificarse en tres grandes grupos:

En primer lugar, están los países que han adoptado única y exclusivamente el método difuso de control de constitucionalidad, que en América Latina sólo es Argentina, donde además se regula el recurso de amparo.

En segundo lugar están los países que han adoptado, también única y exclusivamente, el método de control concentrado de la constitucionalidad, atribuyéndolo a un Tribunal o Corte Constitucional o a la Corte Suprema de Justicia, los cuales a la vez se pueden clasificar en dos grupos, según que la acción de amparo también esté concentrada en la Jurisdicción Constitucional, como es el caso de Costa Rica y El Salvador (Sala Constitucional de la Corte Suprema); o que se pueda ejercer ante una universalidad de tribunales, como es el caso de Bolivia, Chile, Ecuador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay; y

En tercer lugar, están los países que han adoptado un sistema mixto de control de constitucionalidad que combinan el método difuso con el método concentrado, como es el caso de Brasil, Colombia, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela.

En términos generales, los derechos constitucionales que pueden ser objeto de protección mediante el proceso constitucional de amparo son todos aquellos declarados en la Constitución o que se considere que tienen rango constitucional. En algunos países, incluso, se establece expresamente que mediante la acción de amparo también pueden protegerse los derechos declarados en los convenios internacionales (Argentina, Costa Rica, Ecuador y Venezuela) y en otros, los establecidos en leyes (Argentina, Bolivia, Guatemala y Paraguay).

Solo excepcionalmente algunas Constituciones reducen el ámbito de protección del amparo respecto de algunos derechos o garantías individuales o “derechos fundamentales” declarados en la Constitución, como es el caso de Colombia y Chile. Esta es la tendencia que por lo demás se ha seguido en Alemania y España con el recurso de protección individual o recurso de amparo, establecidos para la sola protección de los “derechos fundamentales”, y que más recientemente se ha seguido en la regulación del *writ of amparo* en Filipinas, para la protección sólo del derecho a la vida, la libertad y la seguridad.

III. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE REGULAR EL AMPARO CONFORME A LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA APERTURA DEL CONTROL DE CONVENIONALIDAD

El artículo 25.1 de la Convención, antes citado, al establecer el “derecho de amparo” como derecho humano, ha fijado los parámetros mínimos conforme a los cuales los Estados miembros deben cumplir la obligación de asegurarle a todas las personas, no sólo la existencia, sino su efectividad como recursos sencillos y rápidos para la protección de sus derechos, lo que debe asegurarse, en particular, cuando regulen y establezcan en las Constituciones y en las leyes, la “acción de amparo” para la protección de los derechos previstos en las mismas y en la propia Convención.

Ese artículo 25.1 de la Convención, por tanto, en nuestro criterio, es el marco que establece las reglas básicas de la regulación del derecho de amparo para la protección de los

derechos humanos, que pueden permitir tanto la Corte Interamericana como a los jueces y tribunales nacionales, poder ejercer el control de convencionalidad¹⁹ respecto de los actos y decisiones de los Estados que puedan tornarse en restricciones nacionales respecto de la institución del amparo.

Así se deriva, por ejemplo, de lo que la Corte Interamericana consideró como “el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención” consistente en:

“la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.”²⁰

En otras palabras, como lo expresa por ejemplo el artículo 4.7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, entre los principios procesales entre los que se sustenta la justicia constitucional está el de la “formalidad condicionada” que significa que:

“El juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.”²¹

Por ello hemos sostenido que la norma de la Convención, al consagrar el “derecho de amparo,” no permite que se puedan establecer restricciones al mismo, lo que es particularmente importante cuando se trata de regular, en el ámbito interno, una “acción de amparo” para precisamente asegurar la protección de los derechos humanos, de cuyo ámbito, por tanto:

- (i) no pueden quedar excluidos de protección mediante el recurso sencillo rápido y eficaz, determinados derechos;
- (ii) ni pueden quedar excluidos de control determinados actos estatales;
- (iii) ni pueden quedar personas que no estén protegidas; y
- (iv) ni pueden quedar personas o entidades agraviantes que no puedan ser juzgados por sus violaciones.

¹⁹ Véase sobre el control de convencionalidad: Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano,” en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 339-429; Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 123 ss.. Véase igualmente, Jaime Orlando Santofimio y Allan R. Brewer-Carías, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

²⁰ Véase la sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 100) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

²¹ Véase los comentarios a esta norma sobre formalidad condicionada en Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional. Art. 4 de la ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad*, Cevallos editora jurídica, Quito 2015, pp. 106-111.

Otra cosa, por supuesto, es que la regulación que exista en el derecho interno sobre el proceso de amparo, cuando se establece con una amplitud inusitada, convierta a la institución llamada a proteger los derechos humanos en una técnica procesal que en la práctica impida asegurar la protección efectiva, sencilla y rápida de los derechos.

En este último aspecto, debe destacarse que la Corte Interamericana ha ejercido un importante control de convencionalidad en la sentencia del caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009, en la cual, a pesar de que estimó que en Guatemala el recurso de amparo era “adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos,”²² observó sin embargo, que su “uso indebido,” su “estructura actual” y las “disposiciones que lo regulaban,” aunado a “la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, han permitido el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso,”²³ de manera que “su uso indebido ha impedido su verdadera efectividad, al no haber permitido que produzca el resultado para el cual fue concebido.”²⁴ La Corte, en dicho caso, constató además, que si bien al momento de dictar la sentencia el Estado había informado que estaba en curso de discusión una reforma a la Ley de Amparo, consideró que “aún no han sido removidos los obstáculos para que el amparo cumpla con los objetivos para los cuales ha sido creado.”²⁵ De lo anterior, la Corte Interamericana concluyó su control de convencionalidad indicando que:

“De acuerdo a lo expuesto la Corte considera que, en el marco de la legislación vigente en Guatemala, en el presente caso el recurso de amparo se ha transformado en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente caso el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que configuran el acceso a la justicia de las víctimas, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, e incumplió con las disposiciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma” (Párr. 124).²⁶

En consecuencia, no sólo la deficiente regulación del amparo cuando es restrictiva, sino también cuando es excesivamente permisiva, pueden hacer inefectiva, complicada y lenta la protección judicial, de lo cual en este caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, la Corte consideró que en Guatemala el Estado también tenía el deber general de “adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana para garantizar los derechos en ella consagrados,” considerando que precisamente en materia del recurso de amparo, “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”²⁷ de manera que en el caso, incluso, las partes habían “coincido en considerar abusivo el uso del recurso de amparo como práctica dilatoria.”²⁸

Pero regular adjetivamente la acción de amparo para hacerla real y efectivamente un medio rápido y sencillo de protección judicial de los derechos humanos, tarea que corresponde a los Estados en el marco de la regulación del artículo 25.1 de la Convención Americana, no puede conducir a restringir o limitar los aspectos sustantivos del instrumento de protección. Por ello no compartimos la expresión utilizada por la Corte Interamericana en otra sentencia dictada en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, al

²² Véase la sentencia del caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (Párr. 121) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_211_esp.pdf

²³ *Ídem*. Párr. 120

²⁴ *Ídem*, Párr. 121

²⁵ *Ídem*. Párr. 123

²⁶ *Ídem*. Párr. 124

²⁷ *Ídem*. Párr. 122

²⁸ *Ídem*. Párr. 122

aceptar que los Estados pueden establecer límites a la admisibilidad del “recurso de amparo,” y estimar “que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias.”²⁹

Ante todo, debe observarse que excluir del recurso de amparo en “algunas materias” no es un tema de “admisibilidad,” pues no es un tema de orden adjetivo. Excluir el derecho de amparo, por ejemplo, respecto de determinados actos estatales, es un tema sustantivo, totalmente incompatible con el marco definido por el artículo 25.1 de la Convención Americana, que no admite actos excluidos de control.

Eso es distinto a la legitimidad que puedan tener los Estados para establecer condiciones adjetivas de admisibilidad de las acciones judiciales. Como lo ha dicho la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006, en el orden interno de los Estados, “pueden y deben establecerse presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole.”³⁰

Sin embargo, ello no puede nunca significar la negación del propio derecho a la protección judicial o específicamente al amparo respecto de determinados derechos humanos o respecto de determinados actos estatales que los violen.

En todo caso, la afirmación de la Corte Interamericana, aún cuando se refiera a límites a un “recurso de amparo,” por ser formulada en relación con una norma de la Convención que lo que regula es el “derecho de amparo,” la consideramos esencialmente contraria a la Convención; lo que por otro lado se confirma con la “aclaratoria” que la misma Corte hizo en la misma sentencia, a renglón seguido de esa frase, indicando que la restricción que se pudiera establecer por los Estados no sería incompatible con la Convención “siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.”³¹

Ello, lo que confirma es que no es posible restringir el derecho de amparo, pues si no está garantizado en las normas procesales que regulan una específica “acción de amparo” debe estar garantizado en otras normas adjetivas relativas a otros recursos, los cuales, si son “de similar naturaleza e igual alcance,” son medios judiciales de amparo.

La aclaratoria de la Corte, en todo caso, a lo que obliga, al realizar el control de convencionalidad, al igual que obliga a los jueces y tribunales nacionales, es a que tienen que hacer el escrutinio de todo el orden procesal para determinar si restringida en la ley nacional la admisibilidad de una específica “acción de amparo,” en el ordenamiento procesal del Estado se establece “otro recurso de similar naturaleza e igual alcance” para la protección del derecho, es decir, otro medio judicial de amparo.

Por ello, precisamente, en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, la Corte interamericana concluyó que para la protección del derecho político a ser electo, “dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral,” no habiendo en México otro recurso efectivo para la protección, consideró que el Estado no

²⁹ Véase sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 92) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

³⁰ Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, (Párr. 126), en http://www.corte-idh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

³¹ Véase sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 92) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

ofreció a la víctima “un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por tanto violó el artículo 25 de la CADH, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.”³²

Le faltó a la Corte Interamericana en esta sentencia, sin embargo, completar el control de convencionalidad y ordenarle al Estado mexicano la reforma de la Ley de Amparo para que en ausencia de ese inexistente “otro recurso idóneo de protección” de los derechos electorales, procediera a eliminar la restricción de admisibilidad de la acción de amparo contra decisiones de autoridades en materia electoral. En esta materia la Corte Interamericana, en realidad, se limitó a recordar que “La obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.”³³ Pero, sin embargo, se abstuvo en realidad de ejercer el control de convencionalidad.

IV. LOS PARÁMETROS FIJADOS EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO

Ahora bien, considerando entonces que el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya redacción y lenguaje sigue los del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,³⁴ establece un derecho de amparo de los derechos humanos, sea mediante una acción de amparo o mediante otro recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los mismos, es posible derivar de dicho artículo los contornos fundamentales que debe tener la institución de la acción de amparo, de tutela o de protección de los derechos fundamentales en los derechos internos, cuyo sentido³⁵ se puede conformar por los siguientes elementos:

En *primer* lugar, la Convención Americana concibe al amparo como un derecho fundamental³⁶ en sí mismo y no sólo como una garantía adjetiva, en una concepción que, sin embargo, no se ha seguido generalmente en América Latina. En realidad, sólo en Venezuela el amparo ha sido concebido explícitamente en la Constitución como un derecho humano, más que como una sola garantía adjetiva.³⁷

³² *Ídem*, Par 131

³³ *Ídem.*, Párr. 132

³⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho al debido proceso y el derecho de amparo en el proyecto de Constitución Europea”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 2151-2162.

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Costa Rica, San José 2005; Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings, Cambridge University Press, New York, 2008; “El amparo en América Latina: La universalización del régimen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales”, en *Ética y Jurisprudencia*, 1/2003, Enero-Diciembre, Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos “Cristóbal Mendoza”, Valera, Estado Trujillo, 2004, pp. 9-34.

³⁶ Véase en general, Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México 2003; y Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México 2006.

³⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de amparo y la acción de amparo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1985, pp. 51-61; e

Se indica en la Convención, en efecto, que toda persona “tiene derecho” a un recurso, lo que no significa que solamente tenga derecho a una específica garantía adjetiva que se concretiza en un solo recurso o en una acción de amparo, de tutela o de protección específica. El derecho se ha concebido más amplio, como derecho a la protección constitucional de los derechos o al amparo de los mismos. Por eso, en realidad, estamos en presencia de un derecho fundamental de rango internacional y constitucional de las personas, a tener a su disposición medios judiciales efectivos, rápidos y eficaces de protección. Y uno de ellos, es precisamente la acción de amparo, de tutela o de protección.

Por ello, en *segundo* lugar, los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos a los que se refiere la Convención Americana pueden ser variados, y deben ser efectivos, rápidos y sencillos, calificativos que como lo observó Cecilia Medina Quiroga, “deben existir de manera copulativa.”³⁸ Pueden ser de cualquier clase, a través de cualquier medio judicial y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo. Es decir, la Convención no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección, lo que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios cuando sean efectivos como recursos rápidos y sencillos de protección.

En *tercer* lugar, debe destacarse que la Convención regula un derecho que se le debe garantizar a “toda persona” sin distinción de ningún tipo, por lo que en el derecho interno corresponde a las personas naturales y jurídicas o morales; nacionales y extranjeras; hábiles y no hábiles; de derecho público y derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *cuarto* lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección o amparo puede interponerse ante los tribunales competentes, de manera que no se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente corresponde al Poder Judicial o a los órganos que ejercen la Jurisdicción Constitucional aún ubicados fuera del Poder Judicial.

En *quinto* lugar, conforme a la Convención, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos humanos que estén en la Constitución, en la ley, en la propia Convención Americana o que sin estar en texto expreso, sean inherentes a la persona humana, por lo que también son protegibles aquellos establecidos en los instrumentos internacionales. Por ello, aquí adquieren todo su valor las cláusulas enunciativas de los derechos, que los protegen aun cuando no estén enumerados en los textos, pero que, siendo inherentes a la persona humana y a su dignidad, deban ser objeto de protección constitucional. La garantía del artículo 25.1, en todo caso, en el derecho interno, se refiere a la protección de los derechos constitucionales sin que quepa distinguir en estos, unos que sean “fundamentales” y otros que no lo son. La expresión “derechos fundamentales” en el artículo 25.1 de la Convención, en el ámbito interno, equivale a derechos constitucionales, o que integran el bloque de constitucionalidad.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Vol. V, Derecho y Acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal 1998. Véase, además, Héctor Fix Zamudio, “La teoría de Allan R. Brewer-Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano,” en *El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Universidad Central de Venezuela, Madrid 2003, Tomo I, pp. 1125-1163.

³⁸ Véase Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, Libertad personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Centro de Derecho Humanos, Universidad de Chile, Santiago 2005, pp. 369-370. En igual sentido véase Juana María Ibañez Ribas, “Artículo 25. Protección Judicial”, en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (ed), *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario*, Segunda edición, Fundación Konrad Adenauer Bogotá, 2019, p. 750.

En *sexto* lugar, la protección que regula la Convención es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de cualquier autoridad que viole los derechos y, por supuesto, también, que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación que provenga del Estado y de sus autoridades. Es decir, no puede ni debe haber acto ni actuación pública alguna excluida del amparo, en cualquier forma, sea una ley, un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión.

Y en *séptimo* lugar, la protección que consagra la Convención es también contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de los entes públicos y sus funcionarios o de los particulares, individuos o empresas de cualquier naturaleza, que violen o amenacen violar los derechos fundamentales.

Estos son, en realidad, en nuestro criterio, los parámetros que establece la Convención Americana sobre el derecho de amparo, y son esos los que deberían prevalecer en los derechos internos cuando se establece la acción o recurso de amparo, donde hay que realizar un importante esfuerzo de adaptación para superar el cuadro de restricciones constitucionales o legislativas que en algunos aspectos ha sufrido la institución del amparo; que teniendo una concepción tan amplia en el texto de la Convención Americana, en muchos casos ha sido restringido.

Por lo demás, no hay que olvidar que en la mayoría de los países latinoamericanos la Convención tiene rango constitucional o rango supra legal, e incluso, en algunos tiene rango supra constitucional,³⁹ lo que implica la necesidad jurídica de que la legislación interna se adapte a la misma.

Además, la amplitud de la regulación de la Convención Americana sobre Derechos humanos, así como el proceso de constitucionalización de sus regulaciones que ha ocurrido en América Latina, plantean tanto a la propia Corte Interamericana como a los jueces y tribunales nacionales, en ejercicio del control de convencionalidad y en ausencia de reformas legales, el reto de procurar adaptar las previsiones de la legislación interna a las exigencias de la Convención, cuyo contenido constituye, en definitiva, un estándar mínimo común para todos los Estados.

Ello implica, si nos adentramos en las regulaciones de derecho interno de muchos de nuestros países, la necesidad, por ejemplo, de que se amplíe la protección constitucional de manera que la pueda acordar cualquier juez o tribunal y no sólo un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional del Tribunal Supremo; mediante el ejercicio de todas las vías judiciales y no sólo a través de un sólo recurso o acción de amparo como sucede en la gran mayoría de

³⁹ En relación a la clasificación de los sistemas constitucionales de acuerdo con el rango de los tratados internacionales, véase Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; Carlos Ayala Corao, "La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas, 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, Cámara de Diputados, México 2004, pp. 26 ss.; y Humberto Henderson, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 39, San José 2004, pp. 71 y ss. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 ss.

los países; en relación con todas las personas y para la protección de absolutamente todos los derechos constitucionales, y no sólo algunos; y contra todo acto u omisión provenga de quién provenga, incluyendo de particulares, superando las restricciones que en este aspecto existen en muchos de nuestros países.

V. ALGUNOS CONTRASTES ENTRE LAS PREVISIONES DEL DERECHO INTERNO Y LO REGULADO EN LA CONVENCION AMERICANA

En todos los países latinoamericanos, la acción de amparo está concebida como una vía judicial extraordinaria, para cuyo ejercicio se establecen diversas regulaciones particularmente referidas a su relación con las vías ordinarias de protección:

En primer lugar, en algunos países se establece que la acción de amparo sólo se puede ejercer cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional, como es el caso de Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, , El Salvador, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En segundo lugar, en otros países se establece que la acción de amparo sólo puede ejercerse cuando se hayan agotado los otros medios judiciales idóneos existentes para proteger los derechos constitucionales, como es el caso de Brasil, Colombia, Guatemala, México y Perú.

En tercer lugar, en otros grupos de países lo que se establece es la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando ya se hayan intentado otros recursos protectivos como es el caso de Argentina, Chile, Ecuador, México y Perú.

En todo caso, en cuanto al procedimiento del proceso de amparo, en todos los países de América Latina, con excepción de Chile, se ha garantizado el carácter bilateral del proceso, debiendo en general iniciarse a instancia de parte. En Honduras y Guatemala, sin embargo, la legislación permite que en materia de *habeas corpus* los tribunales puedan iniciar el procedimiento de oficio.

En general, dado el carácter personal de la acción de amparo, es por tanto la parte injuriada o agraviada la que puede intentar la acción de amparo, aun cuando en algunas legislaciones se admite que otras personas distintas puedan intentar en nombre de la persona agraviada, tanto la acción de *habeas corpus* (Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela) como la acción de amparo (Guatemala, Colombia y Perú), al igual que las acciones colectivas (Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia -acción popular-, y Perú).

Por otra parte, muchas legislaciones otorgan legitimación para intentar la acción de amparo en nombre de los agraviados o de la colectividad, al Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo, como es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Nicaragua, Paraguay, Venezuela y México.

La acción o recurso de amparo se ha establecido en América Latina para la protección de los derechos constitucionales, de manera que ha sido su objeto el que realmente ha dado origen a este proceso constitucional extraordinario, independientemente de la persona o entidad que haya causado el agravio o violación del derecho. Por ello, la lógica del sistema protectorio es que el amparo debe proceder en cualquier caso de violación o amenaza, cualquiera haya sido el origen de la misma, sea un acto u omisión de una autoridad pública o de un individuo.

Sin embargo, si bien todos los países de América Latina admiten la acción de amparo contra funcionarios y autoridades públicas -incluso, el amparo, en su origen, fue concebido como un medio de protección frente al Estado-, no todos los países admiten la posibilidad de ejercer la acción contra particulares agraviantes.

En cuanto a la acción de amparo contra acciones u omisiones lesivas provenientes de autoridades y funcionarios, si bien en la mayoría de los países se establece como un medio general de protección sin ningún tipo de distinciones como sucede en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela; en México, en cambio, se limita la posibilidad de intentarla sólo contra una “autoridad responsable,” que es la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas (art. II.5, Ley de Amparo).

En otros países se excluye la acción de amparo sólo respecto de ciertas autoridades como son los cuerpos electorales, tal como sucede en Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, y Uruguay; o el Consejo de la Magistratura, como es el caso de Perú.

Excepto en los países en los cuales la acción de amparo sólo se admite contra autoridades, que son la minoría (Brasil, El Salvador, y Panamá), en el resto de los países latinoamericanos la acción de amparo se admite contra particulares, en algunos casos sin distinción de ningún tipo como sucede en Argentina, Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; y en otros casos, en forma restrictiva sólo respecto de ciertos individuos o empresas privadas concesionarias de servicios públicos, con poderes públicos delegados o que estén en ciertas situaciones de poder en relación con la colectividad, como es el caso de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras.

En el caso de México, con la reforma de la Ley de Amparo de 2013 se estableció también la posibilidad de amparo contra particulares (art. I,III, único) pero sólo cuando éstos “tengan la calidad de *autoridad responsable*,” la cual en los términos del artículo 5.II de la Ley es “la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas,” considerando la misma norma que los particulares tienen tal calidad, cuando “realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general” (art. 5.II).

En cuanto a la acción de amparo ejercida contra autoridades y funcionarios, el tratamiento de los actos estatales que pueden ser objeto de la acción de amparo tampoco es uniforme, en el sentido de que en muchos casos se establecen exclusiones puntuales.

Por ejemplo, en cuanto a actos ejecutivos, en México se excluyen de la acción de amparo ciertos actos presidenciales, y en Uruguay se excluyen los reglamentos ejecutivos; en Argentina y Perú se excluyen de la acción de amparo los actos estatales en los cuales se decidan cuestiones políticas, y en Argentina, además, los actos relativos a la defensa nacional. Igualmente, en Argentina y en Paraguay se excluyen de la acción de amparo los actos que afecten el funcionamiento de los servicios públicos.

En cuanto a los actos legislativos, en México se excluyen de la acción de amparo ciertos actos del Congreso; y en cuanto al amparo contra leyes, la mayoría de los países lo excluyen, como sucede en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Perú, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En realidad, el amparo contra leyes sólo se admite en Honduras, donde sólo se aplica el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes; y en Guatemala y México, que han adoptado el sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes, en especial contra las leyes autoaplicativas.

En cuanto a los actos judiciales, también en la mayoría de los países de América Latina se excluye la acción de amparo contra los mismos, como es el caso de Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, y Uruguay. En Bolivia se

excluye contra resoluciones judiciales, pero sólo si pudiesen ser modificadas o suprimidas por cualquier otro recurso del cual no se haya hecho uso (art. 53.3). En otros países, sin embargo, se admite la acción de amparo contra sentencias, como sucede en Colombia, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela; aun cuando en algunos de ellos se excluye expresamente respecto de decisiones de las Cortes Supremas (México, Panamá, Venezuela) o de las decisiones dictadas en los juicios de amparo (Honduras, México). En Ecuador, sin embargo, se prevé una acción de protección extraordinaria contra sentencias que sólo se puede intentar ante la Corte Constitucional (art. 437, Constitución).

Por último, en esta síntesis comparativa del amparo en América Latina, debe hacerse mención al tratamiento que la legislación le da al tema de la revisión de las sentencias dictadas en los procesos de amparo, pues tratándose de procesos constitucionales, las leyes tienden a asegurar la uniformidad de la aplicación e interpretación de la Constitución, particularmente en aquellos casos, que son la mayoría, en los cuales la competencia judicial para conocer de la acción de amparo se ejerce por una universalidad de tribunales y no sólo por la Jurisdicción Constitucional, como sólo ocurre en Costa Rica, El Salvador y Nicaragua.

En todos los otros países, en todo caso, para la búsqueda de la uniformidad de la interpretación constitucional se han establecido mecanismos judiciales de revisión de manera que en una forma u otra las decisiones dictadas en los procesos de amparo puedan llegar a ser revisadas por las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales.

En tal sentido, en Argentina, que sólo aplica el método difuso de control de constitucionalidad, las sentencias dictadas en los juicios de amparo y en materias constitucionales, pueden ser objeto de un recurso extraordinario de revisión ante el la Corte Suprema.

En los países que sólo aplican el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, pero donde los juicios de amparo se desarrollan ante tribunales inferiores, se han establecido mecanismos de revisión obligatoria (Bolivia) o discrecional (Ecuador, Honduras) por la Corte Constitucional o por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente.

En los países que aplican el sistema mixto de control de constitucionalidad, en unos casos se han establecido mecanismos de revisión automáticos por los Tribunales Constitucionales discrecional (Colombia); y en otros, se han previsto mecanismos de revisión, mediante recursos o apelaciones, por las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales, también de carácter obligatorio (Brasil, Guatemala, Perú) o discrecional (México, Venezuela).

VI. PARTICULAR REFERENCIA AL ALCANCE Y LÍMITES DE ALGUNAS DE LAS REGULACIONES ADJETIVAS SOBRE EL AMPARO EN EL DERECHO INTERNO

1. *Marco de la Convención Americana*

En todo caso, conforme lo tiene decidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples sentencias, entre ellas la dictada en el caso *Cantos vs. Argentina* de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas) (C87/02),⁴⁰ conforme al artículo 25 de la Convención, los Estados tienen la obligación general:

⁴⁰ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Véanse los comentarios al caso *Cantos* y a la sentencia de la Corte Interamericana en Osvaldo Alfredo Gozáni, *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional. Art. 4 de la ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad*, Cevallos Editora Jurídica, Quito 2015, pp. 99-104.

“de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales [...] que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”⁴¹ (par. 52, caso *Cantos*).

Ahora, estando esencialmente vinculados las previsiones de los artículos 8 (acceso a la justicia, debido proceso) y 25 (protección judicial) de la Convención Interamericana, la Corte Interamericana ha considerado que impedir el acceso a los recursos para el ejercicio del derecho de amparo mediante regulaciones adjetivas, es decir, el acceso a la justicia, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención que obliga a los Estados “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”

Ello lo argumentó la Corte, recordando previamente su jurisprudencia sobre la “eficacia e idoneidad de los recursos” en la sentencia dictada en el antes mencionado caso *Cantos vs. Argentina* indicando lo siguiente:

“49. La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone:

“tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención”⁴²

Y en párrafo siguiente, luego de hacer referencia al artículo 8.1 de la Convención que garantiza a toda persona el “derecho a ser oída, con las debidas garantías” “para la determinación de sus derechos,” la Corte constató que dicha disposición “consagra el derecho de acceso a la justicia,” de lo que se desprende:

“que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” (par. 50, Sentencia *Cantos*).

Y haciendo referencia a reiterada jurisprudencia, la Corte recordó que había señalado, en reiteradas oportunidades que la garantía de un recurso efectivo:

Primero, “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁴³ (par 52, Sentencia *Cantos*).

⁴¹ Nota 96 de la sentencia caso *Cantos*: Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; *Caso del Tribunal Constitucional*, supra nota 8, párr. 89; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

⁴² Nota 95 de la sentencia caso *Cantos*: *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 151; Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34.

⁴³ Nota: 97 de la sentencia caso *Cantos*: *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163. Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin*, supra nota 5, párr. 163; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101; y *Caso*

Segundo, que,”

“para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad”⁴⁴ (par 52, Sentencia *Cantos*).

Tercero, que:

“debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido”⁴⁵ (par 52, Sentencia *Cantos*).

Y cuarto, concluyendo la Corte afirmando que:

“Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana” (par 52, Caso *Cantos*).

En la misma sentencia del caso *Cantos*, refiriéndose al caso concreto debatido de tasas judiciales a pagar por los recurrentes, la Corte fue precisa indicando “que el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia de normas o procedimientos de derecho interno”⁴⁶ dejando establecido “que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen, a criterio de este Tribunal, una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda”(par. 54, Caso *Cantos*)

Concluyendo en el mismo párrafo 54 de la sentencia en el caso *Cantos* con la afirmación de que:

“Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho”⁴⁷ (par. 53, Caso *Cantos*).

De lo anterior se deduce la doctrina fundamental, como lo resolvió la Corte Interamericana en la sentencia del Caso *Cesti Hurtado vs. Perú* de 29 de septiembre de 1999 (Fondo), de que si bien “el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recuso eficaz [y] también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de

de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 234.

⁴⁴ Nota: 98 de la sentencia caso *Canto*, Cfr., Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 186; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*, supra nota 96, párrs. 111-113; y Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 90.

⁴⁵ Nota: 99 de la sentencia caso *Canto*: Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*, supra nota 96, párr. 112; Caso *Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 134; y Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90. En igual sentido vid. *Eur. Court H.R., Keenan v. the United Kingdom*, Judgment of 3 April 2001, para. 122, 131.

⁴⁶ Nota 100 de la sentencia caso *Cantos*: Cfr. Caso del *Caracazo, Reparaciones*, supra nota 5, párr. 77; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 203 y Caso *Trujillo Oroza, Reparaciones*, supra nota 6, párr. 61. En igual sentido, vid. Caso de las *Comunidades Greco-Búlgaras (1930)*, Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de *Nacionales Polacos de Danzig (1931)*, Series A/B, No. 44, p. 24; Caso de las *Zonas Libres (1932)*, Series A/B, No. 46, p. 167 y *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988)* 12, a 31-2, párr. 47 100.

⁴⁷ Nota 101 de la sentencia: Vid. en igual sentido, *Eur. Court H.R., Osman v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, para. 147, 148, 152.

sus autoridades judiciales,” (par. 168)⁴⁸ cuando se regulen los requisitos adjetivos, por ejemplo, de admisibilidad de los recursos de amparo, los mismos en todo caso, conforme a lo indicado por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Cantos*, deben ser “razonables,” es decir, deben pasar el test de la razonabilidad, de manera de estar “justificados por las razonables necesidades de la propia administración de justicia” (par. 50, caso *Cantos*), pues el principio general, conforme a la propia doctrina de la Corte Interamericana sentada en la sentencia dictada en el caso *Tibi vs. Ecuador* fecha 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), que “toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida” (par. 131).⁴⁹

Para ello, como lo expresó en la misma Corte en dicha sentencia del caso *Cantos*, los Estados deben “adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta,” exigiendo que “las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas, [l]o que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”⁵⁰ (par. 59).

Los recursos que se regulen en el derecho interno por tanto, deben ser además de rápido y efectivo, sea sencillo, es decir, de acuerdo con lo que expresó el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Concurrente Razonado a la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Tibi Vs. Ecuador*, como el artículo 25 de la Convención Americana “instituye una garantía preciosa, que es, en rigor, la “garantía de las garantías”, el “derecho que sirve a todos los derechos,” en materialmente todos los casos “es preciso preguntarse por la “efectividad del recurso efectivo”, por la sencillez y la rapidez que lo caracterizan en los términos estrictos y suficientes de la Convención, que no va mucho más lejos del punto al que llegan muchas constituciones nacionales, (par. 45), argumentando que para que un recurso sea “de veras, “efectivo” debe permitir “la defensa real de los derechos fundamentales, en todo tiempo y circunstancia; para que se “sencillo,” debe “poder “ser conocido, entendido, empleado por cualquier ciudadano -pues se instituye para proteger a cualquier ciudadano- que necesita esa protección,” y para que sea “rápido”, debe asegurar “en brevísimo tiempo, no sólo al cabo de los meses o los años, la preservación de un derecho cuya tutela no admite demora, so pena de causar al titular daños severos e irreparables.”

Por ello en las regulaciones del derecho interno el Juez García Ramírez planteó la necesidad de indagar si “se ha construido un sistema de recursos eficaz, remontando complejidades innecesarias, tecnicismos inútiles, obstáculos improcedentes.” (par 46).⁵¹

2. *El alcance y límites específico de las regulaciones relativas a la admisibilidad de los recursos de amparo*

Como sucede respecto de toda acción o recurso judicial, entre las potestades de los Estados está la de establecer las condiciones de admisibilidad de los recursos o acciones de amparo, los cuales en todo caso deben ser razonables, acordes con las necesidades del funcionamiento del sistema judicial, para asegurar el carácter “sencillo” de los mismos conforme

⁴⁸ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf

⁴⁹ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

⁵⁰ Nota:105 de la sentencia caso *Cantos*: Cfr. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 112; y Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*), supra nota 104, párr. 87.

⁵¹ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

al propósito fundamental de servir de mecanismos de protección efectivo de los derechos fundamentales. Ello implica, de entrada, que las condiciones de admisibilidad de las acciones de amparo no pueden ser siempre y necesariamente las mismas reguladas en general para todas las acciones ante la justicia, pues en este caso, las exigencias de la sencillez del recurso para la protección y garantía de los derechos humanos, puede plantear la necesidad de definir otros parámetros distintos a las formalidades establecidas para la generalidad de los recursos.

Es decir, como lo argumentó la Corte Interamericana de derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, vs *Perú* de 24 de noviembre de 2006:

“La Corte considera que en todo procedimiento o proceso existente en el orden interno de los estados deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también las formalidades que deben observarse para garantizar el acceso a las mismas. Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole” (par. 126).⁵²

En dichos requisitos de admisibilidad, sin embargo, como también lo dijo la Corte Interamericana:

“deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también las formalidades que deben observarse para garantizar el acceso a las mismas” (par. 126).⁵³

En el caso de las acciones de amparo, dada la indisoluble vinculación entre los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana tienen que garantizar el derecho de acceso a la justicia,⁵⁴ la regulación en el ámbito interno de las condiciones de admisibilidad de los recursos o acciones de amparo, deben establecerse acordes con el carácter “sencillo” que deben tener, de manera que puedan ser efectivamente conocidos, entendidos y empleados por cualquier ciudadano que necesite de la protección judicial de sus derechos fundamentales, garantizándose así el debido acceso a la justicia. No puede haber amparo de derechos si no se garantiza efectivamente el derecho de acceso a la justicia de las personas afectadas en los mismos.

Por ello, como en el marco de la Convención, los Estados están obligados ante todo a “respetar los derechos y libertades reconocidos” en la misma, y a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (art. 1.1), la garantía del derecho de acceso a la justicia (art. 8) está indisolublemente vinculado con el derecho a la protección judicial (art. 25), lo que implica la obligación del Estado de no obstruir el ejercicio adecuado de las acciones de protección, o de asegurar las condiciones necesarias para su ejercicio efectivo.

Como lo precisó la Corte Interamericana en su sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* de 29 de julio de 1988, dicha obligación de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio

⁵² Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

⁵³ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

⁵⁴ Véase en general, el estudio de Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Temas de derecho público, No. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

de los derechos humanos (par. 166),⁵⁵ lo que implica en concreto la obligación de regular los procedimientos de acceso y admisibilidad de los procesos judiciales, de manera de garantizar el sencillo acceso ante los tribunales para la protección de los derechos.

En resumen, como lo resumió Paola Andrea Acosta Alvarado de su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de acceso a la justicia, “los Estados no pueden emplear su legislación interna para obstruir el acceso a la justicia por parte de los individuos.”⁵⁶

3. *La exigencia general del carácter escrito de los recursos de amparo*

La exigencia fundamental de admisibilidad de los recursos judiciales, de cualquiera naturaleza, es la necesidad de que se presenten por escrito ante la autoridad judicial competente. Este requisito general, también se aplica en la mayoría de los países a las acciones de amparo, con algunas excepciones que han establecido la posibilidad de interposición del amparo en forma oral, a los efectos de garantizar a todos el acceso a la justicia.

En cuanto a la exigencia por interponer la acción de amparo por escrito, en las leyes en general se exige que en el mismo se exprese en forma clara y precisa todos los elementos necesarios en relación con el derecho del cual se pide protección y los argumentos que fundamenten la violación o amenaza de violación que se denuncian. Por eso las leyes de amparo en América Latina establecen en términos generales que dicho escrito de demanda, como mínimo debe hacer referencia a los siguientes aspectos:

Primero, la identificación completa del agraviado demandante (Leyes de Argentina, Art. 6.a; Bolivia, Art. 97,I; Colombia, Art. 14; El Salvador, Art. 14; México, Arts. 116.1 y 166, 1; Nicaragua, Art. 27,1; Perú, Art. 42.2; Paraguay, Art. 569,a; Venezuela, Art. 18.1 y 18.2; República Dominicana), y si alguien está actuando en su representación, su identificación personal. Y si el agraviado es una persona jurídica, debe identificarse la misma con referencia a su documento de constitución y el carácter con que actúa el representante (Leyes de El Salvador, Art. 14,1; Guatemala Arts. 21.b y 21.c; Honduras, Art. 49,2; República Dominicana).

Segundo, la identificación de la parte agravante (Leyes de Argentina, Art 6.b; Bolivia, Art. 97, II; Honduras, Art. 49, 2; Paraguay, Art. 569.b; Venezuela, Art. 18.2; República Dominicana), y si la acción se intenta contra una entidad pública, debe identificarse la autoridad pública agravante, y de ser posible, el órgano que provoca la violación o la amenaza de violación (Leyes de Colombia, Art. 14; Costa Rica, Art. 38; El Salvador, Art. 14; Guatemala, Art. 21,d; Panamá, Art. 2619.2; México, Arts. 116.III y 166.III; Nicaragua, Arts. 27.2 y 55).

Tercero, la narración detallada de las circunstancias en las cuales la violación o amenaza de violación ha ocurrido,⁵⁷ debiendo identificarse en la petición el acto, acción, omisión o hecho causante de la violación o de la amenaza de violación.⁵⁸

⁵⁵ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

⁵⁶ Véase Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Temas de derecho público, No. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 27

⁵⁷ Véase Argentina, Artículo 6,c; Bolivia, Artículo 97,III; Colombia, Artículo 14; Costa Rica, Artículo 38; El Salvador, Artículo 14,5; Guatemala, Artículo 21,e; Panamá, Artículo 2619,3; Paraguay, Artículo 569,d; Honduras, Artículo 49,5; Nicaragua, Artículo 55; Perú, Artículo 42,4; Venezuela, Artículo 18,5; República Dominicana.

⁵⁸ Véase El Salvador, Artículo 14,3; Honduras, Artículo 49,3; Nicaragua, Artículo 27,3; Paraguay, Artículo 569,d; Perú, Artículo 42,5; México Arts. 116, IV and 166,IV18,5; República Dominicana.

Cuarto, la indicación del derecho o garantía constitucional violado, afectado o amenazado,⁵⁹ con la precisa referencia a los artículos de la Constitución o de los Tratados internacionales que contienen la declaración de los derechos y garantías que se denuncien como violados o amenazados.⁶⁰ Sin embargo, por ejemplo, la Ley colombiana sobre la Tutela exonera de la necesidad de identificar el artículo de la Constitución siempre que el derecho lesionado o amenazado esté identificado con precisión (art. 14). Una previsión similar se establece en la ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (art. 38).

Quinto, el agraviado demandante debe indicar con precisión cuál es la protección que requiere de la autoridad judicial, así como la orden judicial que en su criterio la autoridad judicial debe emitir para la protección de su derecho.⁶¹

Y finalmente, sexto, el demandante agraviado debe cumplir con todas las condiciones de admisibilidad de la acción, en particular, las relativas a la inexistencia de otras vías judiciales para la protección constitucional y el carácter irreparable del daño que sufriría sin el amparo requerido.⁶²

Con el objeto de flexibilizar las consecuencias que pudieran resultar de la falta de mención de todos los elementos y condiciones antes mencionados que deben indicarse en el escrito del recurso o acción, casi todas Leyes de Amparo de los países de América Latina, en protección del derecho de la parte agraviada para accionar y acceder a la justicia, establecen que la autoridad judicial está obligada a advertir y devolver el escrito de la acción al demandante cuando no esté conforme con los requerimientos antes indicados, con el objeto de que haga las necesarias correcciones.

En consecuencia, en estos casos, la petición de amparo no se considera inadmisibile por imprecisiones formales relativas al no cumplimiento de los requerimientos adjetivos establecidos en las Leyes de Amparo, de manera que a los efectos de que sean corregidos o enmendados, el tribunal debe devolver el escrito al accionante para que corrija el escrito en un plazo breve. En estos casos, solo si el accionante no hace las correcciones requeridas entonces la acción puede ser declarada inadmisibile (Leyes de Colombia, Art. 17; Costa Rica, Art. 42; El Salvador, Art. 18; Guatemala, Art. 22; Honduras, Art. 50; México, Art. 146; Nicaragua, Art. 28; Perú, Art. 48; Paraguay, Art. 7; Venezuela, Art. 19).

4. *Las exigencias de garantía del derecho de acceso a la justicia en materia de amparo frente al requisito del recurso escrito, y la tendencia a admitir la oralidad del procedimiento*

La exigencia general de que el recurso de amparo, tutela o protección que se establezca para garantizarle a las personas la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales, de que además de efectivos y rápidos deben ser “sencillos,” ha conducido a introducir reformas en el procedimiento de amparo a los efectos de que efectivamente se asegure el derecho de todos de acceder a la justicia, especialmente a las personas de los grupos menos privilegiados de la

⁵⁹ Véase Bolivia, Artículo 97,IV; Colombia, Artículo 14; El Salvador, Artículo 14,4; Panamá, Artículo 2619,V; Honduras, Artículo 49,6; Venezuela, Artículo 18,418,5; República Dominicana.

⁶⁰ Véase Guatemala, Artículo 21,f; México, Arts. 116, V and 166,VI; Nicaragua, Artículo 27,4.

⁶¹ Véase Argentina, Artículo 6,d; Bolivia, Artículo 97,VI; Honduras, Artículo 49,7; Perú, Artículo 42,6; Paraguay, Art. 569,d.

⁶² En sentido similar a las peticiones de injunction en los Estados Unidos. Véase en John Bourdeau et al, “Injunctions” en Kevin Schroder, John Glenn y Maureen Placilla, Corpus Juris Secundum, Volume 43A, Thomson West, 2004, pp. 346, 352.

sociedad,⁶³ consagrándose por ejemplo, la oralidad del procedimiento y en aras de la sencillez y de garantizar el acceso a la justicia, que el propio recurso de amparo pueda formularse oralmente ante el tribunal competente, aún cuando siendo necesario que la demanda luego quede plasmada por escrito.

Debe recordarse que el tema de la oralidad de los procedimientos judiciales en general, para asegurar el acceso a la justicia, se ha planteado desde hace décadas, como una de las piezas claves para asegurar el acceso de todos a la justicia, incluso a los más pobres, como se evidencia de los estudios que motorizó el profesor Mauro Cappelletti, desde cuando presentó su Ponencia General al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado de Pescara, en 1971, sobre *Procédure orale et procédure écrite*,⁶⁴ y que luego siguió desarrollando desde el “Proyecto Florencia sobre acceso a la justicia,” explorando siempre mediante la oralidad, entre otras, la forma de “derribar las barreras de acceso que encontramos en los países occidentales.”⁶⁵

Entre otros factores, Cappelletti y Garth destacaron como la oralidad en las primeras décadas del siglo pasado, en muchos países contribuyó “a la “inmediatez del contacto entre los jueces, las partes y los testigos, así como el empleo – relacionado con lo anterior – de jueces activos que busquen la verdad y ayuden a igualar a las partes;”⁶⁶ y Franz Klein, en relación con la oralidad en Austria destacó cómo hace casi cien años, se logró hacer que los procedimientos civiles fueran “sencillos, económicos, rápidos y accesibles a los pobres.”⁶⁷ A lo que se puede agregar, también, para permitir el acceso a los más vulnerable y por ejemplo, a los representantes de comunidades indígenas.⁶⁸

Sin embargo, por más avanzadas que hayan sido las propuestas de oralidad en el procedimiento, el mismo cappelletti advirtió al analizar lo que consideró como el “correcto significado del principio de la oralidad en relación con la proposición de la demanda judicial, lo siguiente:

“respecto de la formulación-proposición de la demanda judicial, y por consiguiente también respecto de la formulación de los elementos esenciales-constitutivo de la misma (*petitum* y por consiguiente conclusiones; *causa petendi* y por consiguiente alegaciones de los hechos constitutivos del derecho o del contra derecho hecho valer en juicio), no parece dudoso que,

⁶³ Véase sobre esto, en general, José Thompson, *Access to Justice and Equity. A Study in Seven Countries of Latin America*, Inter-American Institute of Human Rights, Inter-American Development Bank, 2000; André Rials, *L'Accès a la Justice*, Presses Universitaires de France, 1993.

⁶⁴ Véase M. Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Dobbs Ferry, NY./ Milan: Oceana/Giuffrè, 1971; y Mauro Cappelletti (directeur), *Accès a la Justice et État-Providence* (Préface de René David), Publications de l'Institut Universitaire Européen, Economica, Paris 1984.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, p. 53. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*, Colegio de Abogados del departamento Judicial de La Plata, 1983, pp. 86.

⁶⁶ Idem, p. 51

⁶⁷ Véase J.F. Klein, Reden, *Vortäge, Aufstätze, Briefe 87*, Viena: Manzsche Verlagsund Universitätsbuchhandlung, 1927). Citado por Cappelletti y Garth, op cit, p. 51. Véase sobre el acceso a la justicia de los más pobres, Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Acceso a la justicia y constitucionalismo social,” en su libro: Eduardo Ferrer Mac Gregor *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons 2013, pp. 531 ss.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Cesar Landa, “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons 2013, pp. 899 ss.

en la normalidad de los casos, la norma escrita no pueda dejar de contribuir a la precisión, a la seriedad, a la “puntualización” de la demanda misma. Esta tesis es confirmada por casi todos los ordenamientos procesales modernos, los cuales, aun habiendo adoptado el principio de la oralidad, han prescrito, sin embargo, como regla general, la forma escrita de la demanda judicial, salvo, no obstante, la posibilidad de que las partes modifiquen, integren, precisen la demanda misma al llevarse a cabo la sustanciación oral, cuando esto no tenga lugar con fines dilatorios o de molestias, o en general por grave negligencia de la parte.”⁶⁹

En materia de amparo, en todo caso, la exigencia de la sencillez del recurso de protección judicial o amparo para hacerlo realmente accesible a todos se ha planteado con más premura, primero, cuando se trata de la protección de la libertad e integridad personales. Sobre los mismos Jorge Ulises Carmona Tinoco, al estudiar los estándares del acceso la justicia en materia de protección a los derechos humanos, conforme a los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia, por ejemplo, de migrantes, ha considerado que el principio general es que “el Estado debe asegurar en su ordenamiento jurídico interno que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a dicho recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.”⁷⁰

Para destacar la exigencia de “sencillez e inmediatez” necesarios en estos casos, Carmona analiza en su trabajo, en especial, casos como el derecho de toda persona condenada a muerte garantizado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, “a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena” precisándose que “no se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.” Para ello debe establecerse un procedimiento “adecuado,” a los efectos de “garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a muerte de manera efectiva,”⁷¹ resultando en mi criterio indispensable que la sencillez y rapidez sea lo que prevalezca. Para ello, por ejemplo, ante la formalidad escrita con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercer los recursos de protección, la solución sería la admisión al contrario de la posibilidad de que la solicitud del condenado a muerte se pueda formular en forma oral, en cualquier momento.

Lo mismo se plantea, por ejemplo, en los casos de afectación de la libertad personal que se regula en el artículo 7.6 de la Convención Americana, que garantiza a “toda persona privada de libertad” el derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales.” Teniendo en esos casos el Estado “el deber de hacer esto posible”⁷² en su derecho interno debe regular la forma de ejercer el recurso de protección de manera que sean “sobre todo eficaces a efecto de que la persona arrestada o detenida ilegalmente obtenga su libertad con la mayor prontitud.”⁷³ Como la propia Corte Interamericana lo ha resuelto en el caso *Suárez Romero* en sentencia de 12 de noviembre de 1997, coincidiendo con el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

⁶⁹ Véase Mauro Cappelletti, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, Ed. Olejnik, Buenos Aires, Madrid 2019 p. 105-106.

⁷⁰ Véase Jorge Ulises Carmona Tinoco, “Los estándares del acceso a la justicia y el debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos,” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*,” IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, Consejo Permanente de Procuradores de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 2005, pp. 25-261.

⁷¹ *Idem*, pp. 19, 20

⁷² *Idem*, pp. 21

⁷³ *Idem*, pp. 23

“en el sentido de que el derecho establecido en el artículo 7.6 de la Convención Americana no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta “sobre la legalidad [del] arresto o [la] detención” y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la obtención, también sin demora, de una orden de libertad. Asimismo, la Corte ha declarado que:

[e] *hábeas corpus*, para cumplir con su objeto de verificación ju[e]l *hábeas corpus*, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el *hábeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 35). (par. 64, caso Suárez

En estos casos, como ya se ha indicado, en mi criterio es indispensable que la sencillez y rapidez sean las que prevalezcan, lo que llevaría, por ejemplo, también ante la formalidad escrita del recurso de protección o amparo con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercer presentarlos, que la solución sería la admisión, al contrario, de la posibilidad de que la solicitud del arrestado o detenido que alega la ilegalidad de su situación se pueda formular en forma oral, en cualquier momento.

Otros casos de la misma naturaleza de los antes mencionados se pueden encontrar también en las previsiones de otros instrumentos internacionales, como en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 9 de diciembre de 1985,⁷⁴ que también contiene “disposiciones implícitas sobre el acceso a la justicia en dicha materia, en especial a favor de la víctima de tal violación de los derechos humanos”⁷⁵ a cuyo efecto dispone en su artículo 8 que “los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.” Como lo destaca Jorge Ulises Carmona Tinoco, este párrafo presupone “la existencia de condiciones a cargo del Estado para hacer posible de manera real y efectiva la denuncia de actos de tortura,”⁷⁶ lo que también, en mi criterio, ante el principio general de la formalidad escrita del recurso de protección o amparo de los derechos fundamentales con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercer presentarlos, la solución en estos casos de denuncias de tortura, para su admisión y sustanciación con la celeridad necesaria, imponen la necesidad que la que formule el torturado se pueda plantear en forma oral, en cualquier momento.

En igual forma se puede decir, por ejemplo, de las previsiones de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 9 de junio de 1994,⁷⁷ en la cual como lo advirtió el mismo Carmona Tinoco, “una primera manifestación de acceso a la justicia ante la desaparición forzada de personas es la posibilidad de denunciar la incidencia de dicha conducta [...], lo cual implica necesariamente el deber del Estado de investigar de manera pronta

⁷⁴ Véase el texto en: Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicable a la administración de justicia*. Estudio constitucional comparado, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, México 2004, pp. 403 ss.

⁷⁵ *Idem*, pp. 36

⁷⁶ *Idem*, pp. 36

⁷⁷ Véase el texto en: Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicable a la administración de justicia*. Estudio constitucional comparado, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, México 2004, pp. 409 ss.

y eficaz y, en su caso, someter a los responsables a proceso penal para efectos de su sanción (art. I.b).⁷⁸ Incluso, aún en casos de circunstancias excepcionales, como lo precisa el artículo X de la Convención, “el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud y para individualizar la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.” Todo ello también, implica en mi criterio, que ante el principio general de la formalidad escrita del recurso de protección o amparo de los derechos fundamentales con todos los requisitos que en general imponen las leyes de amparo para ejercerlos, la solución en estos casos de denuncias de desaparición forzada de personas, para su admisión y sustanciación con la celeridad necesaria, imponen la necesidad que la que se formule se pueda plantear en forma oral, en cualquier momento.

En fin, como lo ha destacado Héctor Faúndez Ledezma citando amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana, para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre el derecho a la protección judicial, “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido,”⁷⁹ lo que en muchos casos, por la gravedad e inmediatez de las violaciones, puede exigir que la interposición de los recursos de protección sea verbal, obviándose las formalidades de interposición por escrito, lo que en muchos casos simplemente tomaría el recurso en ineficaz, lento y complicado.

En todo caso, la exigencia de presentación de la acción de amparo por escrito, siguiendo la regla general aplicable a las demandas en los juicios en general, debe analizarse confrontándola con el derecho de acceso a la justicia para determinar si tal exigencia de demanda escrita, para muchos accionantes se torna efectivamente en una barrera de acceso, por la onerosidad que puede implicar para personas por ejemplo de pocos recursos o que no dominan la lengua castellana, como pueden ser los integrantes de comunidades indígenas. El tema general, lo argumentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su *Opinión Consultiva OC-11/90* del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), al indicar que:

“Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley” (par. 22).

Indicando la Corte en la misma Opinión Consultiva, en consecuencia, que es obligación de los Estados:

“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175) (par. 23).⁸⁰

⁷⁸ Idem, pp. 39.

⁷⁹ Véase Héctor Faúndez Ledezma, “El acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en Juan José Caldera (Editor), *Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Libro Homenaje a Alirio Abreu Burelli*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Monteávila, Fundación Konrad Adenauer, Caracas 2011, pp. 84-85.

⁸⁰ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf

Habiendo además argumentado la Corte en su sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), que, si bien es “consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico,” sin embargo:

“cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a *velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin*, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (par. 124).⁸¹

En consecuencia, como lo ha planteado Humberto Nogueira Alcalá, como consecuencia del “derecho a exigir la tutela judicial efectiva de los derechos ante los órganos competentes, consistente en la posibilidad efectiva de que toda persona pueda requerir irrestrictamente y obtener la tutela de sus derechos” puede sostenerse, por ejemplo:

“que cuando el ordenamiento jurídico contempla una tasa judicial previa al inicio de un procedimiento, dicho pago puede constituir una vulneración del derecho a la jurisdicción si su monto es desproporcionado con la capacidad económica del demandante o querellante, como cuando se cierra el acceso a la justicia por cualquier otro medio, todo ello constituye una situación de denegación de justicia, de las cuales responsable, en última instancia, es el Estado...”⁸²

El tema también es válido que se plantee en general respecto las formalidades generales del proceso, que deben ser interpretados como dice el mismo Nogueira Alcalá “en clave de derechos humanos, debiendo ser interpretados antiformalistamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción de las personas en la protección de sus derechos;” todo lo cual:

“impide una perspectiva excesivamente formalista del legislador, la cual no es admisible a la luz del derecho en análisis [acceso a la jurisdicción], el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia, las formalidades deben ser solo aquellas que aparezcan justificadas, legitimadas y proporcionadas conforme a sus finalidades. Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben regir y aplicarse en esta materia.”⁸³

Todo esto ha hecho que el tema de la obligación de presentar la demanda de amparo por escrito y su incidencia en el derecho de acceso a la justicia, haya conducido a plantear la necesidad de permitir la introducción de la demanda de amparo en forma verbal, lo que puede

⁸¹ Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie>, como cuando se cierra el acceso a la justicia por cualquier otro medio, *te_154_esp.pdf*

⁸² Véase Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque de constitucionalidad de derechos en Chile,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, Homenaje de Bolivia*, UNAM, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2010, p. 196; igualmente publicado en Humberto Nogueira Alcalá (Coordinador), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, UNAM, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnica, Santiago 2009, pp. 229 ss.

⁸³ *Idem*. p. 199.

decirse que se ha discutido desde la sanción de las primeras leyes de amparo, como fue el caso de Argentina, hasta la inclusión del amparo verbal en muchas otras leyes posteriores, en casos especiales, o para todas las acciones de amparo.

En relación con el caso argentino, el tema de la interposición oral o verbal de la acción de amparo, se planteó cuando la Ley No 16.986 de Argentina estaba en su proceso de discusión, como por ejemplo lo destacó Néstor Pedro Sagüés, cómo “el proyecto Pastor planteaba la deducción de la acción “verbalmente, por escrito o por telegrama,” exigiéndose que si “se dedujese verbalmente, el juez debía levantar un acta recabando del accionante los demás datos para tramitar el amparo;” y cómo el Proyecto Weidmann adoptada la “posición ecléctica de que r circunstancias especiales el tribunal podía admitir la iniciación del amparo en forma verbal, dejándose constancia de ello.”⁸⁴

La Ley argentina, sin embargo, finalmente optó por la exigencia de la interposición de la acción de amparo por escrito (art. 6: “La demanda deberá interponerse por escrito...”).

VII. LAS PREVISIONES LEGALES SOBRE LA INTERPOSICIÓN VERBAL DE LAS ACCIONES DE AMPARO, EN GENERAL, Y EN PARTICULAR EN CASOS ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL (*HABEAS CORPUS*)

En otros casos, como se dijo, en varias leyes latinoamericanas se ha establecido en forma expresa la previsión de la posibilidad de intentar el recurso de amparo en forma verbal, en algunos casos en general, y en otros en situaciones excepcionales o cuando se trata del amparo a la libertad personal (*habeas corpus*), y ello en líneas generales, debido a que como Domingo García Belaúnde lo ha indicado, se trata de un proceso constitucional caracterizado por “su inmediatez, la premura que se busca en resolverlo y el carácter fulminante de lo que dicho proceso decida para conjurar la irregularidad denunciada.”⁸⁵

En **Argentina**, por ejemplo, a diferencia de la demanda de amparo que debe presentarse siempre por escrito, la Ley 23.098 de 19 de octubre de 1984⁸⁶ que regula el procedimiento de *habeas corpus*, al precisar que procede cuando se denuncia “un acto u omisión de autoridad pública que implique limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; o agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere” (art. 3), prescribe que la demanda respectiva puede formularse “a cualquier hora del día por escrito u *oralmente* en acta ante el secretario del tribunal” (art. 9).⁸⁷

Por su parte, en **Bolivia** la Constitución, al regular la *Acción de libertad* prevé la posibilidad de que la demanda se puedan formular oralmente, así:

Artículo 125. Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera *oral* o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad.

⁸⁴ Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, p. 367.

⁸⁵ Véase Domingo García Belaúnde, *Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Sección Peruana), Universidad Cesar Vallejo, Marsol editores, Lima, p. 142.

⁸⁶ Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48612/norma.htm>

⁸⁷ Véase el comentario de Osvaldo Alfredo Gozaini, *Tratado de derecho procesal constitucional*, Editorial Porrúa, México 2011, Tomo I, pp. 643 y 727.

Esta previsión constitucional establece, por tanto, una excepción al carácter escrito de la demanda en materia de amparo, lo cual se precisa en forma expresa en el Código Procesal Constitucional (Ley 254 DE 05/07/2012), cuando al regular las *Normas Comunes de Procedimiento de Acciones de Defensa*, en el Artículo 29 (Reglas generales), dispone que en los procedimientos ante los jueces y tribunales en acciones de defensa “la interposición de la acción deberá realizarse en forma escrita, con excepción de la acción de libertad que podrá presentarse de forma *oral*,” y “de ser así, el secretario del juzgado o tribunal levantará un acta que contenga la relación de los hechos que justifiquen la interposición de la acción (art. 29.1)”;

debiendo constar “por escrito [...] el memorial o documento en el que se halle transcrita la pretensión *oral*, en caso de la Acción de Libertad”(art. 24.4)

En el caso de **Colombia**, en el Decreto No. 2591 de 9 de noviembre de 1991 sobre la acción de tutela se establece el principio de la informalidad en cuanto a la solicitud de tutela, que debe formularse por escrito, reviviéndose sin embargo que

“en caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida *verbalmente*,” en cuyo caso “el juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno” (art. 14). El artículo 17 dispone, además, que en los casos de solicitud verbal de la tutela “el juez procederá a corregirla en el acto, con la información adicional que le proporcione el solicitante.

Por otra parte, en el decreto No. 306 de 19 de febrero de 1992 el cual se reglamentó el Decreto 2591 de 1991, en materia de reparto de expedientes se dispuso igualmente que “En aquellos eventos en que la solicitud de tutela se presente *verbalmente*, el juez remitirá la declaración presentada, el acta levantada, o en defecto ambas, un informe sobre la solicitud, al funcionario de reparto con el fin de que se proceda a efectuar el mismo” (art. 8). En igual sentido se reguló también en el decreto No. 1382 del 12 de julio de 2000,”(art. 2).

En el **Ecuador**, la Constitución dispone que en relación con todas las garantías constitucionales “el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz,” y “será *oral* en todas sus fases e instancias,” pudiendo además ser “propuestas *oralmente* o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida” (art. 81)

Estos principios se repite en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009 Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009) al disponer dentro de las *normas comunes a todo procedimiento*, que el procedimiento “será sencillo, rápido y eficaz,” y que “será *oral* en todas sus fases e instancias (art. 8). Se precisa además, que “en caso de que se presente la demanda *oralmente*, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal” (art. 7). La posibilidad de petición oral se garantiza también respecto de las medidas preventivas (art. 32).

En el Ecuador, adicionalmente, al regularla Ley la Acción Extraordinaria De Protección Contra Decisiones De La Justicia Indígena, entre los principios del procedimiento, se establece, por una parte “la oralidad,”(art. 65) disponiéndose que “En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará **la oralidad** y se contará con traductores de ser necesario” (art. 66.5); y por la otra, en cuanto a la acción, que “La persona o grupo planteará su acción *verbalmente* o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días”(art. 66.7)

En **Guatemala**, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al precisar en el Artículo 85, la “*legitimación para pedir la exhibición personal*,” dispone expre-

samente que “la *exhibición personal* puede pedirse por escrito, por teléfono o *verbalmente*, por el agraviado o por cualquiera otra persona, sin necesidad de acreditar representación alguna y sin sujeción a formalidades de ninguna clase.”

Además, en Guatemala, también se regula expresamente, en general, en el artículo 26 (Solicitud verbal) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, la procedencia de la solicitud verbal de las acciones de amparo y exhibición personal en los casos específicos de “persona notoriamente pobre o ignorante, el menor y el incapacitado, que no pudieren actuar con auxilio profesional,” en cuyo caso, establece la norma que:

“podrán comparecer ante los tribunales en *solicitud verbal de amparo*, en cuyo caso se procederá a levantar acta acerca de los agravios denunciados, de la que de inmediato se remitirá copia al Procurador de los Derechos Humanos para que aconseje o, en su caso, patrocine al interesado. La negativa infundada a levantar el acta y remitir la copia a donde corresponda, otorga al reclamante la facultad de ocurrir *verbalmente* ante la Corte de Constitucionalidad, la que resolverá de inmediato lo pertinente.”

En materia de *habeas corpus*, el artículo 85, al referirse a la legitimación para pedir la exhibición personal *indica además, que* “pedirse por escrito, por teléfono o *verbalmente*, por el agraviado o por cualquiera otra persona, sin necesidad de acreditar representación alguna y sin sujeción a formalidades de ninguna clase.

En relación con estas regulaciones en Guatemala, Mario Aguirre Godoy, después de considerar que en general, la Ley de Amparo” al exigir entre otros factores el requisito de que la petición sea escrita, indicando que la ley “es bastante formalista, lo que no se compagina con el carácter cautelar y protector del proceso,” agrega que “en la exhibición personal ocurre todo lo contrario, el auxilio profesional no es obligatorio y su procedimiento es totalmente antiformalista” lo que “se comprende porque su objeto es proteger la libertad y seguridad de las personas.”⁸⁸

En **Honduras**, la Constitución, específicamente respecto de la garantía de *Habeas corpus* o de Exhibición Personal, precisa que “La acción de *Habeas corpus* se ejercerá sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, *verbalmente* o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles o inhábiles y libre de costas” (art. 182).

Esta orientación fue aliada en la Ley sobre Justicia Constitucional (2004), al disponer entre las Reglas especiales de la jurisdicción constitucional en canto a la que “en la tramitación de las acciones de exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad,” que debe “prevaler el fondo sobre la forma, por lo que los defectos procesales no impedirán la expedita sustanciación de los asuntos” (art. 4), disponiéndose además, que las acciones “se ejercerán sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, *verbalmente* o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles e inhábiles y libres de costas.”⁸⁹ (art. 16)

Además, la misma Ley de Honduras dispone en general respecto de las acciones de exhibición personal lo siguiente:

⁸⁸ Véase Mario Aguirre Godoy, Proceso constitucional de amparo en Guatemala,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Derecho procesal constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la nación, A.C., Ed. Porrú, México 2005, Tomo III, pp. 1957-1958.

⁸⁹ La regulación tiene larga tradición en Honduras, habiéndose previsto en la Ley de Amparo de 1936 al regularse el recuso de exhibición personal (art. 11). Véase Edmundo Orellana, *La Justicia Constitucional en Honduras*, Cuadernos Jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa 1993, pp. 23 y; 272

“Artículo 22. De la interposición oral de la acción. Si la acción de exhibición personal no se solicitare por escrito, el órgano jurisdiccional levantará acta en la que dejará constancia del lugar y de la fecha, del nombre y apellidos del solicitante, del medio empleado para su formulación, así como de la fecha y hora de la solicitud, del nombre y apellidos de la persona detenida o agraviada, lugar en que se encuentra real o presuntamente, los hechos que motivaron la detención o prisión y, en general, los demás datos que sobre el hecho haya suministrado el interesado, y si fuere necesario en el mismo acto se hará consignar el nombramiento del juez ejecutor. Si el actor no puede o no sabe escribir, se dejará constancia de ello en el acta.”

Debe mencionarse igualmente el caso de **México**, donde también se puede identificar una tendencia general hacia la oralidad,⁹⁰ y donde la Ley de Amparo⁹¹ si bien exige que en el juicio de amparo se promocióne por escrito (art. 3) en el artículo 20 establece la posibilidad de que el de amparo también pueda promoverse por **“comparecencia o medios electrónicos** en cualquier día y hora,” cuando se trate de “actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales.”

Aparte de ello, en México se dispone en general que indicándose que “podrán ser orales las que se hagan en las audiencias, notificaciones y comparecencias autorizadas por la ley, dejándose constancia de lo esencial. Es optativo para el promovente presentar su escrito en forma impresa o electrónicamente” (art. 3), pudiendo el quejoso en las audiencias que son públicas, conforme al artículo 124, “alegar **verbalmente** cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, asentándose en autos extracto de sus alegaciones, si lo solicitare.”

En el caso de **Nicaragua**, la Ley n° 49 de 16 de noviembre de 1988, de Amparo (publicada en la *Gaceta* n° 241 de 20 de diciembre de 1988) y modificada por la ley n° 205 de 29 de noviembre de 1995, de reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo, si bien exige que “el Recurso de Amparo se interpondrá por escrito en papel común,” (art. 27); en cuanto al Recurso de Exhibición Personal dispone que “podrá interponerlo a favor del agraviado cualquier habitante de la República, por escrito, carta, telegrama o **verbalmente**” (art. 52), y en general, que “La petición podrá hacerse en Papel común por telegrama, carta y aun verbalmente levantándose en este último caso el acta correspondiente. (art. 55; 74)

En **Panamá**, en el Código Judicial (1987), y específicamente respecto del *habeas corpus*, se establece en el Artículo 2578, que “el procedimiento a que dé lugar la demanda de Hábeas Corpus será *oral*, con excepción del informe y del fallo definitivo que deberán formularse por escrito;” agregando el artículo 2582 que “la demanda de *Hábeas Corpus* puede interponerla la persona agraviada o cualquier otra en su beneficio, sin necesidad de poder.,” pudiendo “ser formulada **verbalmente** por telégrafo o por escrito....” Ello significa, como lo observó Rigoberto González Montenegro,

⁹⁰ Véase sobre “la tendencia hacia la oralidad” en México, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, Secretaría técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, México 2011, pp. 22 ss. y 112 ss.

⁹¹ Última reforma 2021; Disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/conoce_la_corte/marco_normativo/documento/pdf/2021-06/Ley-de-Amparo-Reglamentaria-Reglamentatia-Arts-103-y-107-Constitucionales-20210607.pdf

“que no está sometido a mayores formalidades, y por tanto, el artículo 2584 del Código Judicial señala que la demanda de *habeas corpus* no podrá ser rechazada por razones meramente formales, siempre que sea entendible el motivo o propósito de la misma, particularidad ésta del proceso de *habeas corpus* que se explica por la importancia del derecho cuya restricción se debate.”⁹²

En el caso del **Perú**, específicamente respecto de la acción de *habeas corpus* que conforme al artículo 200 de la Constitución es una de las garantías constitucionales “que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos,” en el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) en su artículo 25 se enumera una larga lista de tales derechos, precisándose en su artículo 27 que “la demanda puede presentarse por escrito o **verbalmente**, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo,” agregando que “cuando se trata de una **demand verbal**, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.”⁹³ Todos estos elementos, incluyendo que la acción puede ser intentada por cualquier persona distinta del agraviado, los consideró Víctor J. Ortecho Villena, que son explicables:

“en razón de que el detenido está impedido materialmente de hacerlo, y quienes lo hagan en su nombre también tendrían dificultades, si es que a esta acción no se le rodeara de las exigencias que se les impone a todas las acciones judiciales comunes.”⁹⁴

Las previsiones del Código han sido consideradas como previsiones que responden “al principio de antiformalismo en la presentación de la demanda” en materia de *habeas corpus*,⁹⁵ los cuales han sido resumidos por Jorge M. Meléndez Sáenz, indicando que en el Código:

“Se establece un procedimiento exento de formalidades y costos, por lo tanto, no se requiere poder, firma de letrado, papel sellado, y ningún tipo de pago, brindándose al accionante toda clase de facilidades eliminando los formalismos que suelen exigir las leyes para otro tipo de procesos.

La acción puede ser ejercida por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo (fax, correo electrónico). Cuando se trata de demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.”⁹⁶

⁹² Véase Rigoberto González Montenegro, *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, tercera edición revisada, Cultural Portobello, Panamá 2009, p. 188. En igual sentido véase Boris Barrios González, *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición actualizada, Editorial Portobello, Panamá 2002, p. 180; Jaime Javier Jovane Burgos, *Instituciones procesales para la protección de los derechos constitucionales*, Editorial Portobello, Panamá 2014, pp 199, 211.

⁹³ La posibilidad de presentarse la acción de *habeas corpus* en forma verbal ya estaba establecida en la Ley 23.506 de *habeas corpus* y amaro, en cuyo artículo 14, en la misma forma que se recogió en el Código de 2004.

⁹⁴ Véase Víctor J. Ortecho Villena, Jurisdicción y procesos constitucionales. *Habeas corpus* y Amparo, *Habeas data*, Acción Popular, Acción de Cumplimiento. Inconstitucionalidad, Editorial Rodas 2002, pp. 125, 321

⁹⁵ Véase, por ejemplo, Susana Ynes Castañeda Otsu, *El proceso de hábeas corpus. Un estudio comparativo entre España y Perú*, Jurista Editores, Lima 2016, p. 464; y en su estudio, “El proceso de *habeas corpus* en el Código Procesal Constitucional,” en Susana Castañeda O et al, *Introducción los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Jurista editores, 2005, p. 113.

⁹⁶ Véase Jorge M. Meléndez Sáenz, “Análisis del modelo de *hábeas corpus* desarrollado en el Código Procesal Constitucional,” en José Palomino Manchego (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Editorial jurídica

En la **República Dominicana**, en materia de acción de amparo, el artículo 72 de la Constitución dispone que “De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, *oral*, público, gratuito y no sujeto a formalidades.” Sin embargo, **cuando** al *procedimiento en acción de amparo*, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (Nº 137-11. (2011), G.O. Nº 10622 del 15 de junio de 2011, modificada por la Ley Nº 145-11 del 4 de julio de 2011), dispuso expresamente que “La acción de amparo se intentará mediante escrito dirigido por el (art. 76).

En el caso de **Venezuela**, el artículo 27 de la Constitución de 1999 dispuso en forma general que “el procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad;” pero antes, la ley Orgánica de Amparo a los derechos y garantías constitucionales de 1988 (*Gaceta Oficial* Nº 34.060 de 27-9-88), ya había dispuesto que:

Artículo 16. Carácter gratuito del procedimiento y forma de interposición de la acción. La acción de amparo es gratuita por excelencia, para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y, en caso de urgencia, podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio *en forma verbal* y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta.”

El principio de la oralidad de la interposición del amparo se recogió también en el artículo 18 de la Ley, ratificándose específicamente en materia de Amparo de la libertad y seguridad personales, al disponer el artículo 41, que “la solicitud podrá ser hecha por el agraviado o por cualquier persona que gestione en favor de aquel, por escrito, *verbalmente* o por vía telegráfica, sin necesidad de asistencia de abogado.”

En cuanto a la oralidad del procedimiento en materia de amparo, rebe mencionarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una de sus primeras sentencias de 2000, mediante un ejercicio de “interpretación” en ejercicio de lo que se ha denominado “jurisdicción normativa” estableció las reglas del procedimiento de amparo, modificando totalmente las previsiones de la Ley Orgánica de Amparo.⁹⁷

Grijlet, Lima 2005, Tomo I., p. 494. Véase en sentido similar, Christian Donayre Montesinos, “En torno al hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional peruano: Antecedentes, derechos protegidos, procedimiento y tipos de *hábeas corpus*, en José Palomino Manchego (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, cit. Tomo I, p. 525; y el libro Samuel B. Abad Yupanqui et al, *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2008, pp. 64-65.

⁹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, (Homenaje Venezolano)*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana (EJV), Caracas 2012, pp. 261-279.

Comentarios Monográficos

EL SISTEMA VENEZOLANO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN: ¿LIBERTAD VS SEGURIDAD?

Julie T. González de Kancev*

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

“Soberano es aquel que decide el Estado de Excepción”.

Carl Schmitt

Resumen: *Los derechos fundamentales, se constituyen especialmente para limitar al poder, en particular en situaciones de excepcionalidad cuando está en riesgo la seguridad de la nación. Ciertamente siempre se ha planteado que la seguridad es la base para el ejercicio de los derechos fundamentales, pero también pudiera verse en sentido inverso, esto es, el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relacionados con la libertad, como base de la seguridad, pues la libertad es la piedra angular de la Democracia y del Estado de Derecho. Sabemos que los sistemas de seguridad y las políticas de seguridad deben estar diseñados para garantizar los intereses vitales o estratégicos del Estado, y que el Estado está habilitado constitucionalmente para limitar los derechos en situaciones de excepcionalidad, por ello se hace necesario establecer con claridad meridiana cuales son los límites reales que implica la seguridad de la nación para evitar restricciones arbitrarias a los derechos, en virtud que precisamente ellos, los derechos fundamentales, son el límite, y la garantía del cumplimiento de esos límites son los mecanismos de control establecidos constitucional y legalmente.*

Palabras Clave: *Estado, Derecho, Libertad, Democracia, Seguridad, Excepción.*

Abstract: *Fundamental rights are established, especially to limit power, particularly in exceptional situations when the national security is at risk. It has always been argued that security is the foundation for the exercise of fundamental rights, but it can also be seen in reverse: the effective exercise of fundamental rights, especially those related to freedom, serves as the basis for security. Freedom is the cornerstone of democracy and the Rule of Law. We know that security systems and security policies must be designed to safeguard the vital or strategic interests of the State. The State is constitutionally empowered to limit rights in exceptional situations. Therefore, it is necessary to clearly define the real limits implied by national security to prevent arbitrary restrictions on rights. Fundamental rights serve as the boundary, and mechanisms of control established constitutionally and legally ensure compliance with these limits.*

Key words: *State, Law, Freedom, Democracy, Security, Exception.*

* Abogado Magna Cum Laude USM, Especialista en Derecho Administrativo UCV; Especialista en Derecho Constitucional USAL; Doctora en Ciencias mención Derecho UCV. Profesora en la UCV de Derecho Administrativo II y del Seminario de Estado, Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Investigadora del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo AVEDA. Juliekancev@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

La seguridad es un bien individual que se alcanza colectivamente, al que todos aspiramos y al que nadie quiere renunciar, que tiene un costo muy alto y a su vez es muy frágil y, por tanto, difícil de mantener por lo que no es conveniente darlo por sentado.

Los seres humanos deseamos sentirnos libres de peligros y de daños hacia nosotros, hacia nuestras familias y hacia nuestros bienes, es decir, hacia nuestros intereses vitales, y entendemos por seguridad las condiciones que posibilitan y garantizan la realización de ese deseo tan preciado. Este principio también se aplica a los Estados y es allí cuando estamos frente a la seguridad del Estado o seguridad nacional.

Es así como los Estados, a través de sus políticas de seguridad nacional buscan garantizar sus intereses vitales o estratégicos, que podemos dividir en dos grupos, el primero de ellos relacionado con los derechos fundamentales de su población, esto es, vida, libertad, propiedad, democracia, bienestar, desarrollo, calidad de vida; y el segundo de ellos relacionado con los elementos constitutivos del Estado, a saber, soberanía, independencia e integridad territorial.

Lo que nos lleva a afirmar que la seguridad es un bien al que ni las personas ni los Estados están dispuestos a renunciar y por el que están dispuestos a hacer inmensos sacrificios, y la primera sacrificada es la libertad. Esto ha llevado a la búsqueda incesante de un equilibrio entre seguridad y libertad sobre todo en situaciones de excepcionalidad, al extremo de transformarse en una necesidad a nivel mundial, sobre todo ante las amenazas, tanto clásicas como nuevas o emergentes que se ciernen sobre todos, que provocan que las exigencias de seguridad desborden los límites que protegen los derechos fundamentales.

Esta limitación de derechos se presenta como razonable, y cuando sobrepasa la razonabilidad, se presenta entonces como necesaria para justificarla. No podemos negar que solo con adecuados niveles de seguridad se puede verificar el efectivo ejercicio de los derechos, pero, ¿hasta dónde se pueden limitar derechos sin desnaturalizarnos y sin que se atente contra el Estado de Derecho y contra la Democracia?

El tratamiento de los temas de seguridad ha ido evolucionando, transformándose en el tiempo, cambiando de objeto referente, ya no es el Estado el centro de la misma, sino la persona humana, derivando en que la idea de seguridad nacional debe estar subordinada a la dignidad de la persona y a sus derechos fundamentales, como consecuencia lógica de esa evolución y de los tiempos que vivimos.

Este cambio del objeto referente en materia de seguridad nacional, o en el caso venezolano de seguridad de la nación, ha generado una simbiosis entre ésta y los derechos humanos, reforzando de esta manera la concepción humanista sobre la que está montado el sistema de protección de derechos, pues gravita sobre la persona humana, sobre su vida, su dignidad y su libertad.

De modo que, el respeto, promoción y protección de los derechos humanos, no queda a discreción de ningún Estado, ni aún en los casos extremos de declaratorias de Estados de excepción. Sabemos que la declaratoria de un Estado de excepción, en un determinado momento pudiera ser la única manera de enfrentar una crisis que ponga en riesgo la seguridad de la nación, pero no se puede dejar de advertir el riesgo que ello implica para la vigencia del Estado de derecho, particularmente para los derechos y libertades ciudadanas.

Es por lo que se hace necesario dar estricto cumplimiento de la normativa nacional e internacional que los regula, y acabar de alguna manera, con su utilización indiscriminada, pues ello constituye un atentado contra los derechos humanos y un desconocimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en esta materia.

II. ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL SISTEMA VENEZOLANO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dedica el Título VII, a la seguridad de la nación, estableciendo en los artículos 322 al 332, los principios que la rigen, dibujando además en este conjunto de artículos la arquitectura institucional del sistema venezolano de seguridad de la nación, entendido como la configuración o interrelación orgánico-funcional de todas las instituciones y organismos estatales con responsabilidad y competencias en la materia.

Así, en el artículo 322 encontramos que la seguridad de la nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral; que su defensa es responsabilidad además de todos los venezolanos bajo el principio de corresponsabilidad que se ejerce en los ámbitos político, económico, social, ambiental, geográfico, cultural y militar.

Seguidamente el artículo 323, establece al Consejo de Defensa de la Nación es el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico. A tales efectos, le corresponde también establecer el concepto estratégico de la Nación.

En el artículo 325, el texto constitucional reserva al Ejecutivo Nacional la clasificación y divulgación de aquellos asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la nación.

Por su parte, en el artículo 328, se empieza a dibujar el sistema cuando establece que la Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada 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.

Siguiendo en el artículo 332 al ordenar que, para mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, se organizará un cuerpo uniformado de policía nacional; un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas; un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias; y una organización de protección civil y administración de desastres; todos de carácter civil.

Como complemento, en los artículos 337 al 339, se establece que los estados de excepción son mecanismos de protección constitucional, y se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

Esta visión de arquitectura institucional ha sido objeto de desarrollo en varios textos legales, el primero de ellos la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación,¹ cuyo objeto de conformidad con el artículo 1, es regular la actividad del Estado y la sociedad, en materia de seguridad y defensa integral, en concordancia a los lineamientos, principios y fines constitucionales.

¹ Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica, Gaceta Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6156. Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, Caracas 2014.

Con relación al sistema de seguridad de la nación, el diseño del mismo comienza en el artículo 35 de este texto legal, al establecer que el Consejo de Defensa de la Nación contará con miembros permanentes y miembros no permanentes; que son miembros permanentes el Presidente de la República quien ejercerá la Presidencia del Consejo; el Vicepresidente Ejecutivo, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Consejo Moral Republicano, y los Ministros de los sectores de defensa, seguridad interior, relaciones exteriores, planificación y ambiente; y que los miembros no permanentes son de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente del Consejo, y su participación se considerará pertinente, cada vez que la problemática a consultar lo amerite.

Continuamos el diseño del sistema, con lo establecido en los artículos 20 al 26 de este texto legal, con la Fuerza Armada Nacional encargada de la defensa militar en corresponsabilidad con la sociedad, a los efectos de garantizar la independencia y soberanía de la Nación, asegurar la integridad del territorio y demás espacios geográficos de la República, así como la cooperación en el mantenimiento del orden interno.

Seguida de los órganos de seguridad ciudadana, a saber, un cuerpo uniformado de Policía Nacional, un Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, un Cuerpo de Bomberos y una organización de Protección Civil que atenderá las emergencias y desastres, los cuales, sin menoscabo de las funciones específicas que se les asignen, deben trabajar coordinadamente a los fines de garantizar la preservación del orden interno.

Además de un Sistema de Protección Civil que se entenderá como una gestión social de riesgo en la cual actúan los distintos órganos del Poder Público a nivel nacional, estatal y municipal, con la participación de la sociedad, y se extiende desde la planificación del Estado hasta procesos específicos, con miras a la reducción de la vulnerabilidad ante los eventos de orden natural, técnico y social.

Esta gestión social de riesgo comprende los objetivos, programas y acciones que, dentro del proceso de planificación y desarrollo de la nación, estando orientadas a garantizar la calidad de vida de los ciudadanos y las ciudadanas, promoviendo el desenvolvimiento de los aspectos de prevención, preparación, mitigación, respuesta y recuperación ante eventos de orden natural, técnico y social que puedan afectar a la población, sus bienes y entorno, a nivel nacional, estatal y municipal.

Continuando con un Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, entendido como el procesamiento del conjunto de actividades, informaciones y documentos que se produzcan en los sectores públicos y privados, en los ámbitos nacional e internacional, los cuales, por su carácter y repercusión, son de vital importancia a los fines de determinar las vulnerabilidades o fortalezas, tanto internas como externas, que afecten la seguridad de la nación.

Finalmente, el artículo 59 cierra este diseño con la creación de un Sistema de Protección para la Paz, en el cual se integren todos los Poderes Públicos del Estado, en todos los niveles político territoriales, con el pueblo organizado y las instancias de gobierno comunal, a fin de promover y ejecutar un nuevo modo de planificación de política criminal y la consecución de los planes en materia de seguridad ciudadana contra amenazas externas e internas a la seguridad de la nación.

En el caso de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana,² se puede rescatar del artículo 1, que tiene como objeto establecer los principios y las disposiciones que rigen la organización, funcionamiento, integración y administración de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad, como fundamento de la seguridad de la Nación.

Sin embargo, en este punto debemos mencionar que en fecha 30-01-2020, se publicó Gaceta Oficial, un instrumento, por calificarlo de alguna manera, denominado Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana,³ emanada de la Asamblea Nacional Constituyente, que deroga la Ley Orgánica antes mencionada, y la misma establece en el artículo 1, que su objeto es establecer los principios y las disposiciones que rigen la organización, funcionamiento, integración y administración de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y el pueblo, como fundamento de la seguridad de la nación con los fines supremos de preservar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la República; y que la Fuerza Armada es la institución que en forma permanente garantiza la defensa militar el Estado.

Por su lado, el Decreto con Fuerza de Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres,⁴ establece en artículo 1 que La Organización de Protección Civil y Administración de Desastres formará parte del Sistema Nacional de Gestión de Riesgo y de la Coordinación Nacional de Seguridad Ciudadana; y en el artículo 5, que se crea la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres como un componente de la seguridad de la nación, con el objeto de planificar, coordinar, y supervisar el cumplimiento de políticas orientadas a la preparación del Estado para actuar ante desastres.

En el caso de la Ley Orgánica de las Comunas,⁵ encontramos que en su artículo 31 se establece que, los comités de gestión son los encargados de articular con las organizaciones sociales de la Comunas de su respectiva área de trabajo, proyectos y propuestas a ser presentados a través del Consejo Ejecutivo ante el Parlamento Comunal, y entre las áreas a ser atendidas se encuentra la defensa y seguridad integral.

Ahora bien, el Decreto N.º 1471, de creación del Sistema Popular de Protección para la Paz,⁶ establece en el artículo 4.4, que el subsistema operacional se conformará por los organismos que participan en la seguridad y defensa integral del país, y que se organizará en las diferentes instituciones militares y policiales que se incorporen al sistema.

Finalmente, encontramos el Decreto N.º 458, de creación del Centro Estratégico de Seguridad y Protección de la Patria CESPPA⁷, que en el artículo 4, define este Centro como el ente rector y articulador de las políticas de trabajo de las instituciones responsables de la seguridad, inteligencia, orden interno, relaciones exteriores y otras que tengan impacto en la seguridad de la patria, a fin de suministrar información oportuna y de calidad que facilite al Presidente de la República la toma de decisiones estratégicas y neutralizar potenciales amenazas a los intereses nacionales a fin de facilitar la ejecución de las políticas públicas y el cumplimiento de los cometidos esenciales del Estado.

² Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6.156, de fecha 19-11-2014.

³ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6.508 Extraordinario, de fecha 30-01-2020.

⁴ Publicada en Gaceta Oficial N.º 5557 Extraordinario de fecha 13-11-2001.

⁵ Publicada en Gaceta Oficial N.º 6011 Extraordinario de fecha 21-21-2010.

⁶ Publicado en Gaceta Oficial N.º 40582 de fecha 16-01-2015.

⁷ Publicado en Gaceta Oficial N.º 40279 de fecha 24-10-2013.

De modo que, así queda diseñado en nuestro ordenamiento jurídico el sistema venezolano de seguridad de la nación, cuya arquitectura institucional está integrada entonces, por el Consejo de Defensa de la Nación CODENA, como máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público Nacional en los asuntos relacionados con la seguridad, defensa y desarrollo integral de la nación; por la Fuerza Armada Nacional, 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.

Por los órganos de seguridad ciudadana, a saber, Policía Nacional, Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas CICPC, Bomberos, y Protección Civil, que además de cumplir con sus funciones propias con miras a la reducción de la vulnerabilidad ante los eventos de orden natural, técnico y social, deben trabajar coordinadamente a los fines de garantizar la preservación del orden interno.

Por el Sistema de Protección Civil, como gestión social de riesgo, para la prevención, preparación, mitigación, respuesta y recuperación ante eventos de orden natural, técnico y social que puedan afectar a la población, sus bienes y entorno, a nivel nacional, estatal y municipal.

Por el Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, para determinar vulnerabilidades y fortalezas internas y externas que afecten la seguridad de la nación; y finalmente, por el Sistema de Protección para la Paz, a fin de promover y ejecutar un nuevo modo de planificación de política criminal y la consecución de los planes en materia de seguridad ciudadana contra amenazas externas e internas a la seguridad de la nación.

Entonces, el sistema venezolano de seguridad de la nación hasta los momentos, es un conjunto estructurado de organizaciones que deberían actuar de manera integrada en todos los ámbitos de la vida del país para garantizar la seguridad.

El problema es que, un sistema de seguridad de la nación debe abarcar aparte de la arquitectura institucional, los respectivos procedimientos que permitan el cumplimiento de los objetivos trazados en la agenda de seguridad, amén de las estrategias diseñadas con objetivos y líneas de actuación a los fines de prevenir y gestionar los riesgos y las amenazas, la continua comunicación e intercambio de información entre los organismos involucrados, formación y educación continua en materia de seguridad nacional, existencia y disponibilidad de publicaciones e investigaciones en el área, y lo más importante, el uso de un lenguaje común.

Pero, esto solo es posible desarrollando adecuadamente la doctrina de seguridad, que no es otra cosa que la visión de los líderes de un país, basada en principios, valores y procedimientos contenidos en el ordenamiento jurídico, que va a permitir establecer los riesgos y amenazas y las estrategias para minimizar su impacto o en el mejor de los casos neutralizarlos.

De modo que, el sistema venezolano de seguridad de la nación debería ser un conjunto estructurado de organizaciones y procedimientos, que en el marco del Estado Democrático y de Derecho, garanticen adecuados niveles de seguridad que permitan el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, el normal funcionamiento del Estado y el respeto al ordenamiento jurídico.

III. EL SISTEMA VENEZOLANO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Consideramos fundamental dejar asentado de manera indubitable, que a nuestro criterio debe existir una vinculación inseparable entre la seguridad de la nación y los estados de excepción, pues consideramos que la declaratoria de estados de excepción son la muralla que

construye la legislación para garantizar la seguridad de la nación en casos extremos, es decir, ante amenazas de tal magnitud, tan graves, tan severas y tan extraordinarias, que no pueden ser enfrentadas por los medios ordinarios que dispone el Estado.

Cuando esto sucede, debe activarse el sistema de seguridad de la nación para garantizar que todo el potencial existente en el país sea puesto a disposición del mismo, esto es, que ese potencial se transforme en poder para enfrentar la amenaza gravísima, inusual, severa y extraordinaria, de que se trate; entendiéndose que potencial es con lo que se puede contar y poder con lo que efectivamente se cuenta.

Así, la activación del sistema de seguridad de la nación le va a proporcionar al país la capacidad de transitar de una situación ordinaria a una extraordinaria, y no solo eso, sino también la capacidad de hacerlo con razonables niveles de éxito, de allí la importancia del mismo.

Ahora bien, de conformidad con nuestro texto constitucional los estados de excepción son las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

Existen entonces tres tipos de estados de excepción, el primero de ellos es el estado de alarma que podrá decretarse cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la nación o de sus ciudadanos o ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.

El segundo, es el estado de emergencia económica el cual podrá decretarse cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual.

El tercer tipo de estado de excepción, es el estado de conmoción interior o exterior que podrá decretarse en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. Su duración podrá ser de noventa días, pudiendo ser prorrogado hasta por noventa días más.

Todo lo anterior es la idea central sobre la que gravita la tesis de los estados de excepción en Venezuela. Sin embargo, nosotros planteamos observaciones al concepto constitucional y legal de estados de excepción, pues consideramos que esta definición presenta serias deficiencias en virtud que los estados de excepción mal podrían ser circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico que afecten gravemente la seguridad de la nación.

Por el contrario, estas circunstancias son las que originan la declaratoria de uno de los tres tipos de estado de excepción contemplados en los textos constitucional y legal, lo que nos lleva a afirmar que los estados de excepción son la consecuencia jurídica de esas circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, a las que agregaríamos de orden tecnológico y científico, tan inusuales, extraordinarias y gravísimas que no pueden ser enfrentadas por los medios ordinarios de que dispone el Estado.

Ello así, los estados de excepción son la irrupción, la intrusión, la intromisión legítima del Estado en el orden jurídico por razones de seguridad de la nación. Ahora bien, esa legitimidad en ningún caso se convierte en una carta blanca para la actuación estatal, porque ¿hasta dónde puede irrumpir en el orden jurídico sin destruir el Estado de derecho?, sin dejar de lado que, la seguridad absoluta no existe ni podrá existir, eso es una utopía.

Consideramos redundante, además que tanto la Constitución como la ley orgánica respectiva, condicionan la gravedad de las circunstancias a que las mismas afecten gravemente la seguridad de la nación, de las instituciones y de los ciudadanos, y nos preguntamos entonces ¿cuándo se afecta gravemente la seguridad de las instituciones de un Estado y la seguridad de sus ciudadanos sin afectar la seguridad de la nación? ¿es eso posible?

También nos surge otra gran inquietud; ¿por qué la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación no hace referencia directa a los estados de excepción? Debería hacerlo pues Ley Orgánica de Seguridad de la Nación desarrolla la doctrina de seguridad contenida en el texto constitucional, y los estados de excepción son el mecanismo legal diseñado para asegurar y garantizar la seguridad de la nación frente a circunstancias particularmente inusuales, extremas, extraordinarias y gravísimas, ello así, podemos afirmar entonces que ambas leyes son especies del mismo género.

IV. DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN. ¿LIBERTAD VS SEGURIDAD?

- Si bien como dijo Carl Schmitt, soberano es aquel que decide el estado de excepción⁸, también es cierto que es precisamente en situaciones graves cuando se demuestra el poder del soberano. El poder del Estado no es ilimitado, y por tanto el Estado no puede recurrir a cualquier medio para lograr sus fines, como ciudadanos es prudente y necesario que nunca perdamos de vista eso, sobre todo porque, en relación con los poderes constituidos como pieza de la seguridad del Estado están los estados de excepción o de emergencia que se establecen en las Constituciones precisamente cuando la seguridad del Estado se encuentra amenazada, y que implican, en general, la posibilidad de restricción o suspensión de determinadas garantías constitucionales, pero no de los derechos mismos, los cuales no pueden ni deben restringirse (Brewer Carías, 2003, p. 28-29)⁹.

Muchas teorías sitúan el origen del estado de excepción en la Francia revolucionaria, que reguló la Ley Marcial¹⁰, y el Estado de Sitio¹¹. La teoría de un estado de excepción se basa en que ante una declaratoria de excepción, los individuos “ceden” parte de sus libertades en aras del bien común o del interés general, pero el asunto es que, en estos tiempos de relativización que estamos viviendo, todo es relativo hasta la libertad, y las declaratorias de estados de excepción han significado un alarmante detrimento de derechos y garantías, con el consecuente riesgo que para garantizar seguridad, los individuos cedan, no solo su libertad sino que además renuncien a la Democracia y al Estado de Derecho, que también son derechos.

⁸ Schmitt, C. *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. Trotta. 2009. p. 17

⁹ Brewer Carías, A. (2003). Papel de la Fuerza Pública en un Estado de Derecho. Concepto y Alcance de la Seguridad Democrática. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/923.-869.-Seguridad-del-Estado-democr%C3%A1tico.pdf>

¹⁰ Ley publicada en el año 1789, que establecía las formalidades para proceder contra los reos de conspiración, rebelión o sedición, que obligaban a desplegar las fuerzas militares.

¹¹ Fue en la Segunda República cuando la legalidad de la excepción se formalizó en Francia, con la ley de 9 de agosto de 1849 sobre el estado de sitio, cuyo principio estaba consagrado en la Constitución de 4 de noviembre de 1848.

No olvidemos que, este mundo globalizado, multipolar y profundamente asimétrico, está colmado de riesgos y amenazas a la seguridad de los Estados y ello implica, entre otros males, Estados fallidos, agujeros de soberanía, terrorismo, pobreza extrema, entornos anómicos, crimen organizado transnacional, corrupción, conflictos internos y externos, tensiones étnicas y religiosas, ideologías extremistas y antidemocráticas, degradación medioambiental, epidemias, pandemias y flujos migratorios sin control, que nos afectan a todos, por lo que debemos tener claro que por razones de seguridad de la nación se pueden establecer limitaciones a ciertos derechos, y que estas restricciones pueden venir por dos vías, la primera por el propio texto constitucional, y la segunda por el legislador orgánico, y en todo caso el legislador válidamente habilitado.

En nuestro país, se hace muy necesario establecer de manera indubitante cuáles son los límites reales que implica la seguridad de la nación para evitar restricciones arbitrarias a los derechos, porque precisamente ellos, los derechos fundamentales, son el límite, y la garantía del cumplimiento de esos límites son los mecanismos de control establecidos tanto en el texto constitucional como en Ley Orgánica sobre Estados de Excepción¹², en el entendido que esos mecanismos de control deben constituirse en una cerca infranqueable para el ejercicio del poder.

La razón que el Decreto de Estado de Excepción responda solo a circunstancias excepcionales que afecten gravemente la seguridad de la nación, es porque en cualquiera de sus tipos, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, con la salvedad que no podrán restringirse de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución; 4, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 27, 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tampoco, las garantías referidas a los derechos a la vida; la prohibición de incomunicación o tortura; el derecho al debido proceso; el derecho a la información; el reconocimiento a la personalidad jurídica; la protección de la familia; la igualdad ante la ley; la nacionalidad; la libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas; la integridad personal, física, psíquica y moral; el no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales; el amparo constitucional; la participación, el sufragio y el acceso a la función pública.¹³

Nos queda claro entonces que, cuando se decreta un estado de excepción se sacrifican ciertas libertades de los ciudadanos para garantizar la seguridad; es decir se sacrifica libertad por seguridad, por lo que tal declaratoria debe estar sometida a ciertos límites, que en ningún caso pueden ser rebasados, nos estamos refiriendo a los principios de supremacía constitucional, racionalidad, proporcionalidad, temporalidad y carácter extraordinario o excepcional.

En el caso del principio de supremacía constitucional, podemos afirmar que la declaratoria de estado de excepción, en cualquiera de sus formas, es de conformidad con el texto constitucional, un mecanismo de protección propio, es decir, la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico¹⁴ los establece como una de las formas de garantizar su

¹² Publicada en Gaceta Oficial N° 37.261 de fecha 15-08-2001

¹³ Artículos 337 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 7 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción.

¹⁴ Artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

vigencia,¹⁵ y en virtud que este Decreto regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, es imperativo que el mismo esté sometido a estrictos controles establecidos constitucionalmente.

El primero de estos controles, es el control parlamentario, pues el Decreto debe ser presentado dentro de los ocho (8) días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado ante la Asamblea Nacional para su consideración y aprobación, y ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad.¹⁶ Estos mismos controles tendrán los decretos donde se solicite la prórroga de los estados de excepción o donde se aumenten el número de garantías restringidas.

La razón de estos controles es que el Presidente de la República en Consejo de Ministros es quien califica las circunstancias que esté viviendo el país como situaciones objetivas de suma gravedad que, a su criterio, hacen insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para enfrentarlas, es decir, es el Poder Ejecutivo el que decide la declaratoria de estado de excepción.

Ello así, en un estado de derecho, que funcione de manera normal, es decir, donde exista una separación de poderes, se respeten el principio de supremacía constitucional y el principio de legalidad y se propenda a la garantía y protección de los derechos fundamentales¹⁷, esta decisión del Poder Ejecutivo ante la gravedad de sus implicaciones, debe ser analizada y aprobada por la Asamblea Nacional, y en virtud que implica la restricción de garantías constitucionales también se requiere que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncie sobre su constitucionalidad.

Y es que cuando se habla de revisión judicial de constitucionalidad, de interpretación constitucional, debemos tener claro que la misma tiene sus peculiaridades porque la Constitución es texto jurídico peculiar por su valor normativo y por su aplicación directa y preferente. Así, la interpretación constitucional tiene entonces como objetivo fundamental la aplicación de una norma constitucional para la solución de un problema político-jurídico que afecte la realidad social, y como es el caso de la declaratoria de un estado de excepción, la existencia misma del Estado.

Pero vamos aún más allá, cuando se habla de interpretación constitucional de los derechos humanos, y esto es fundamental en caso de una declaratoria de estado de excepción, no podemos perder de vista que éstos son garantía de libertad del individuo y que su constitucionalización es una técnica de garantía de la libertad con una evidente intención de corrección sobre el ejercicio del poder.

Asimismo, que los derechos fundamentales constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, que garantizan la existencia del Estado al racionalizar el ejercicio del poder con un efecto democratizador, y es que la democracia es fundamental para el ejercicio de los derechos al implicar, entre otras cosas, respeto hacia los mismos. De allí la necesidad de los controles legislativo y judicial derivados del principio de supremacía constitucional.

¹⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; Título VIII “De la protección de esta Constitución”, Capítulo I “De la garantía de esta Constitución”; Artículos 337, 338 y 339 “De los estados de excepción”.

¹⁶ Artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 26 al 40 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción.

¹⁷ A. J. Kancev G.: El Pecado Original... *op.cit.*, pp. 106-107.

Ahora bien, con relación al resto de los principios mencionados, tenemos que, en el caso del principio de racionalidad, contenido en el artículo 2 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, estos mecanismos de protección constitucional solo pueden decretarse frente a situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para enfrentarlas.

Asimismo, el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 4 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, conlleva a que toda medida acordada en el Decreto de estado de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a la gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación.

Por su parte, el principio de temporalidad, contenido en el artículo 5 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, a su vez se refiere a que todas las medidas tomadas bajo el amparo de un Decreto de un estado de excepción deben tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar y nunca esas medidas serán permanentes en virtud, precisamente, de su carácter excepcional.

Finalmente, tenemos el principio de carácter extraordinario, contenido en el artículo 6 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, del de que se deduce que el Decreto de Estado de Excepción, solo será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades de del Ejecutivo Nacional con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y, la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten.

Es por todo lo anteriormente expuesto que, dichos decretos deben responder solo a situaciones verdaderamente excepcionales, y que nunca en ningún caso, pueden convertirse en cotidianos, pues la cotidianidad de un estado de excepción pone en evidencia la incapacidad de los que ejercen el poder del Estado de garantizar la seguridad de la nación, por lo que a nuestro criterio, existiría una incapacidad estructural del Estado de alcanzar sus fines esenciales lo que lo convierte en un Estado inviable y por tanto incapaz de cumplir sus fines esenciales.

En el caso venezolano, los fines perseguidos de conformidad con el artículo 3 de la Constitución vigente son, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en ella. De lo anterior, se desprende, apartando el hilo poético, que la seguridad de la nación se dirige básicamente a alcanzar los fines esenciales del Estado, fines que gravitan en torno a las personas y sus derechos.

Hacemos tal afirmación basados en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, que la define como la condición, estado o situación que garantiza el goce y ejercicio de los derechos y garantías en los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar, de los principios y valores constitucionales por la población, las instituciones y cada una de las personas que conforman el Estado y la sociedad, con proyección generacional, dentro de un sistema democrático, participativo y protagónico, libre de amenazas a su sobrevivencia, su soberanía y a la integridad de su territorio y demás espacios geográficos.

Además, que el propio texto constitucional establece, que la seguridad de la nación se fundamenta en la correspondencia entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos.

Así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. Este principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar¹⁸, a lo que agregaríamos el jurídico, científico y tecnológico, de allí lo multifactorial y transversal del concepto.

Para nosotros, la seguridad de la nación es la situación ideal basada en una sensación de tranquilidad que experimenta la sociedad como resultado de un funcionamiento normal del Estado y del respeto al orden constitucional establecido, debido a un manejo adecuado de amenazas y riesgos a través de acciones de defensa integral que propendan a un desarrollo integral, es decir, a un desarrollo productivo y sustentable que permita al Estado alcanzar sus fines.

Sostenemos que la seguridad de la nación abarca todos los ámbitos de la vida del país, y consideramos los estados de excepción como los mecanismos legales extraordinarios con que cuenta el Estado para hacer frente a las amenazas inusuales y muy graves a la seguridad de la nación, ocasionadas por circunstancias extremas de orden social, económico, político, jurídico, natural, ecológico, tecnológico o científico.

No existe, a nuestro criterio, una amenaza por muy grave que sea, que no pueda ser enfrentada a través de una declaratoria de excepción en cualquiera de sus modalidades, pues su declaratoria constituye la última muralla defensiva para garantizar la seguridad de la nación, por lo que se hace imperativo que cualquier medida que se adopte en el marco de la declaratoria de un estado de excepción tenga un enfoque transversal garantista de derechos para que no se afecte la vigencia y el ejercicio de los mismos.

V. LA LIBERTAD COMO PARTE DE LA SEGURIDAD.

Ciertamente la seguridad tiene un inmenso poder de seducción, pues qué podríamos desear más que vivir en seguridad, y ante ese anhelo no se duda a la hora de sacrificar la libertad por la seguridad, pero, ¿y si estamos equivocados? ¿y si es no es necesario tal sacrificio? ¿y sin en todo caso el sacrificio debería ser el mínimo necesario?

En un Estado de derecho que se precie de tal, la seguridad es el medio para garantizar el disfrute de la libertad, por supuesto, libertad entendida en términos constitucionales, de modo que la libertad no debe ser contrapuesta a la seguridad, sino más bien, una parte intrínseca de la misma, pues ciertamente a mayor seguridad mayor libertad, pero esa premisa también debería funcionar en sentido inverso.

El Estado de derecho es en términos sencillos, un Estado comprometido con los derechos que garantiza su ejercicio, por tanto, debe conseguir el equilibrio entre preservar seguridad y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos, en el entendido que los derechos no son elementos contrapuestos a la seguridad sino parte sustancial de la misma.

¹⁸ Artículo 326 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Hoy más que nunca se hace necesario la construcción de un discurso jurídico garantista sobre el tema, sin separarnos de la certeza que la realidad que estamos viviendo en la actualidad supone amenazas y riesgos muy elevados, pero el criterio general siempre debe ser la vigencia del derecho, y la excepción su limitación, pues es allí donde se pone a prueba la solidez de las instituciones, de los mecanismos de control del poder y del carácter democrático o no de los que ejercen el poder.

No dudamos en afirmar que los derechos fundamentales, es decir, los derechos establecidos constitucionalmente, se constituyen especialmente para limitar al poder, particularmente en situaciones de excepcionalidad, así que planteamos que no se vea solo el tema de la seguridad como base para el ejercicio de los derechos fundamentales sino también en sentido inverso, es decir que también se vea el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales como base del tema de la seguridad.

Es muy importante tener presente el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que desde 1948 establece que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática¹⁹, y es precisamente el orden público y el bienestar general lo que habilita a los Estados a limitar derechos fundamentales.

Esto lo vemos claramente, por ejemplo, en los artículos 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²⁰, referidos a la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; en los artículos 12.3, 19.3, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹, que se refieren a seguridad nacional y orden público; y en nuestro lado del hemisferio, en el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²², referido a las amenazas a la independencia y seguridad de los Estados.

Pero también es necesario tener presente, que debemos aspirar a disfrutar un nivel adecuado de seguridad donde las limitaciones a los derechos fundamentales para garantizarla, especialmente a la libertad, sean razonables y proporcionadas, acordes a un Estado democrático de derecho.

Ello así, ¿qué es lo que debemos entender por libertad? pues de conformidad con lo establecido en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos un ser humano libre, es aquel exento del temor y de la miseria, que puede gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos. La libertad se constituye entonces en la base fundacional del sistema democrático, y su protección debe ser el centro de todas las políticas referidas a la seguridad de la nación, debe ser lo primero que se defiende y lo último que se sacrifique, pues es la libertad la piedra angular de la Democracia y del Estado de Derecho.

¹⁹ Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

²⁰ Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>

²¹ Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

²² Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

La libertad está estrechamente ligada a la seguridad de la nación, seguridad nacional u otra forma de definición existente, una es intrínseca a la otra, por lo que no se puede concebir la seguridad si los ciudadanos e instituciones que forman parte del Estado no tienen libertad para el desarrollo de metas y de aspiraciones, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes.

CONCLUSIONES

En nuestro texto constitucional se consolidan las bases para una concepción de seguridad de la nación compleja, multifactorial y transversal que hace referencia directa a la condición, estado o situación que permite el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales en todos los ámbitos de la vida del país.

Hoy más que nunca se hace necesario estudiar e interpretar adecuadamente los retos actuales que enfrenta la seguridad del país, tanto desde la perspectiva global, como la regional y local; pero para ello, también se requiere una comprensión profunda de las amenazas presentes en el Siglo XXI para poder enfrentarlas con niveles razonables de éxito.

Esa es precisamente la razón por la que se requiere reformular la muy frágil, politizada e inestable visión de seguridad de la nación en Venezuela y orientarla hacia el efectivo y adecuado desarrollo de la doctrina de seguridad de la nación contenida en el texto constitucional. Esta comprensión profunda también pasa por la certeza que las políticas de seguridad, para que prosperen, deben recibir un amplio y sólido apoyo por parte de las instituciones y de la población.

En nuestro país se hace conveniente y además necesario una renovación conceptual en materia de seguridad, que genere el mayor consenso posible y que permita la consolidación de un verdadero sistema de seguridad de la nación, que abarque tanto las estructuras organizacionales, como las normas y procedimientos necesarios para garantizar su efectivo funcionamiento, lo que además va a permitir la instauración de una cultura de seguridad de la nación, entendida como un conjunto de conocimientos, normas y valores compartidos socialmente aceptados y destinados a defender los intereses vitales de la nación.

Vivimos en un mundo donde las amenazas son globales y muchas veces difíciles de identificar, lo que ocasiona que el Estado en su rol de prestador de seguridad, cuando se enfrenta a situaciones de excepcionalidad no duda en sacrificar derechos para preservar y en algunos casos restaurar la seguridad.

Es necesario entonces, avanzar hacia una forma de actuación estatal que garantice que los ciudadanos no tengamos que renunciar a la libertad por seguridad, ciertamente deben existir ciertas restricciones a la hora de enfrentar amenazas a la seguridad, pero estas deberían ser las mínimas necesarias, y deberían además, tener un enfoque transversal garantista que no afecte la vigencia de nuestros derechos fundamentales, con estricto apego al Estado de Derecho, a la Democracia y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

FUENTES CONSULTADAS

Brewer Carías, Allan. *Evolución histórica del Estado, Tomo I de las Instituciones Políticas y Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela 1996.

_____ “Sobre el concepto de seguridad del Estado y su precisión desde el punto de vista jurídico. Reflexiones para el próximo milenio. Conferencia leída en el Acto Conmemorativo de los XX años de creación de la Secretaría Permanente del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa”, Palacio Blanco. 1997. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/640.-AR-Brewer-carias-El-poder-publico-y-la-seguridad-del-Estado-1997.pdf>

_____ Papel de la Fuerza Pública en un Estado de Derecho. Concepto y Alcance de la Seguridad Democrática. Texto de la conferencia dictada en el Seminario sobre Derechos Humanos y Seguridad Democrática, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Oficinas de Derechos Humanos de la Fuerza Armada de Colombia. 2003. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/923.-869.-Seguridad-del-Estado-democr%C3%A1tico.pdf>

_____ *La Consolidación de la Tiranía Judicial. El Juez Constitucional Controlado por el Poder Ejecutivo Asumiendo el Poder Absoluto*. Colección de Estudios Políticos N.º 15. Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas/New York. 2017. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CONSOLIDACION-DE-LA-TIRANIA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017->

Carbonell, Miguel. *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Primera Edición. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador. 2008.

Cárdenas del Castillo, Eric. *Teoría del Estado*. Segunda Edición. Editorial Temis. La Paz, Bolivia. 2013.

Castro, Pedro. *Apertura y Globalización*. FEHE-UCV. Caracas, Venezuela. 2000.

Celis, Carlos. *Defensa para la seguridad*. Artes gráficas MD. Caracas, Venezuela 1991.

_____ *Introducción a la Seguridad y Defensa*. Librería Militar. Maracay, Venezuela. 1989.

_____ *Introducción a la Seguridad y Defensa*. Editorial Melvin. Caracas, Venezuela. 1997.

_____ *Seguridad, Defensa y Democracia*. U.S.B. Caracas, Venezuela. 1982

Chiassoni, Pierluigi. *Técnicas de Interpretación Jurídica Breviario para Juristas*. Marcial Pons. Madrid, España. 2011.

De La Corte, Luis. *Seguridad Nacional, Amenazas y Respuestas*. LID Editorial Empresarial, S.L. Madrid, España. 2014.

Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1977.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías: La Ley del más Débil*. Editorial Trotta. Madrid, España. 2004.

Ferrer Eduardo, Zaldívar Arturo. “La Ciencia del Derecho Constitucional”. *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Tomo IX Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*. UNAM. Marcial Pons. Ciudad de México, México. 2008.

Fórum Universal de las Culturas Monterrey 2007. *Gobernabilidad y Participación. La Teoría del Derecho y la Democracia a la Luz de la Teoría Bobbiana*. Fondo Editorial de Nuevo León. Monterrey, México. 2008.

Frosini, Vittorio. *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1991.

Gironda, Eusebio. *Teoría del Estado*. Edobol. La Paz, Bolivia. 2013.

Gironda, Eusebio. *El Estado y su Teoría*. Gráfico Box. La Paz, Bolivia. 2015.

Golbery do Couto e Silva. Planeamiento Estratégico. Cuaderno UnB. Rio de Janeiro, Brasil. 1955. [Documento en línea]. Disponible en: [https://books.google.co.ve/books?Id=M_X6XEf_4sUC&pg=PA17&lpg=PA17&dq=Golbery+do+Couto+e+Silva+\(1955\).+Planeamiento+Estrat%C3%A9gico&source=bl&ots=qSsVwUd9XO&sig=ACfU3U1V-6xBFzm8on8b42gr1V0yDJBFOA&hl=qu&sa=X&ved=2ahUKewjfi-W2utrjAhXmw1kKHercAEMQ6AEwD3oECACQAQ#v=onepage&q=Golbery%20do%20Couto%20e%20Silva%20\(1955\).%20Planeamiento%20Estrat%C3%A9gico&f=false](https://books.google.co.ve/books?Id=M_X6XEf_4sUC&pg=PA17&lpg=PA17&dq=Golbery+do+Couto+e+Silva+(1955).+Planeamiento+Estrat%C3%A9gico&source=bl&ots=qSsVwUd9XO&sig=ACfU3U1V-6xBFzm8on8b42gr1V0yDJBFOA&hl=qu&sa=X&ved=2ahUKewjfi-W2utrjAhXmw1kKHercAEMQ6AEwD3oECACQAQ#v=onepage&q=Golbery%20do%20Couto%20e%20Silva%20(1955).%20Planeamiento%20Estrat%C3%A9gico&f=false).

Gómez, José. *Teoría de la Constitución*. N.º. 31. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, España. 2004.

González, Patricia. “Seguridad Estatocéntrica y Derechos Humanos: Los Peligros para la Democracia”. XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología. Guadalajara, México. 2007.

Hernández, José. *Administración Pública, Desarrollo y Libertad en Venezuela*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, Venezuela. 2012.

Hobbes, Thomas. *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*. Andrew Crooke. Londres, Inglaterra. 1651.

Kancev González, A. El Pecado Original de la Constitución de 1999. 2019. [Reseña en línea]. Disponible en: <http://www.vitrinallegal.com.ve/2019/05/30/el-pecado-original-de-la-constitucion-de-1999/>.

Morales, S. “Conceptos Básicos para Entender una Estrategia de Seguridad Nacional. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional”. Universidad de Granada. 2017. [Documento en línea]. Disponible en: <https://global-strategy.org/conceptos-basicos-para-entender-una-estrategia-de-seguridad-nacional-i/>.

Morgenthau Hans, J. *Política entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz*. Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, Argentina. 1986.

Meier, E. “La Desconstitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Venezuela”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N.º 17 - España. 2013. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40778>.

Murakami, Y. *América Latina en la Era Posneoliberal: Democracia, Conflictos y Desigualdad*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, Perú. 2013.

La Roche, H. *Interpretación y Aplicación de la Constitución*. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. 2002.

Peña, J. *Lecciones de Derecho Constitucional General*. Volumen I. Tomos I y II. Ediciones FCJP-UCV. Caracas, Venezuela. 2008.

Perera, M. *Venezuela ¿Nación o Tribu?* Ediciones CDCH-UCV. Caracas, Venezuela. 2012.

Rojas, M. La Gobernabilidad: Su Validez Como Categoría Analítica. 1994. [Documento en línea]. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/58613.pdf>. p. 12-23.

Schmitt, C. *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. Trotta. España. 2009.

¿VENEZUELA O GUYANA, QUIÉN GANA (EN) EL ESEQUIBO? CLAVES PARA ENTENDER UNA DISPUTA HISTÓRICA*

Andrea Mila-Maldonado**

Investigadora del Área de Estudios y Análisis de la Fundación Carolina

Resumen: *Con el diferendo territorial por el Esequibo, América Latina, la llamada “zona de paz” por excelencia, atraviesa uno de los momentos de mayor tensión entre dos de sus países: la República Bolivariana de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana. Este análisis revisa la disputa histórica entre ambos países y ofrece claves jurídicas, geográficas, de política exterior, regionales y de coyuntura para su comprensión.*

Palabras Clave: *Esequibo, Venezuela, Guyana, disputa histórica.*

Abstract: *With the territorial dispute over the Essequibo, Latin America, the so-called “peace zone” par excellence, is going through one of the tensest moments between two of its countries: the Bolivarian Republic of Venezuela and the Cooperative Republic of Guyana. This analysis reviews the historical dispute between the two countries and offers legal, geographic, foreign policy, regional and conjunctural keys to its understanding.*

Key words: *Essequibo, Venezuela, Guyana, historical dispute.*

INTRODUCCIÓN

El diferendo territorial por el Esequibo se ha convertido en uno de los más controvertidos de América Latina en los últimos años. La llamada “zona de paz” por excelencia, atraviesa uno de los momentos de mayor tensión entre dos de sus países: la República Bolivariana de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana. Si bien, la disputa fronteriza comenzó formalmente en el siglo XIX entre Venezuela y Reino Unido, continuó entre Venezuela y Guyana luego de la independencia de esta última, el 26 de mayo de 1966. Aunque para algunos se trata de una controversia que incluye lo jurídico y lo político como aspectos principales (Romero, 2021), para otros trasciende a elementos históricos, sociales, diplomáticos, geográficos, económicos, geopolíticos, comunicacionales y hasta regionales (Serbin, 2003).

La zona en reclamación, conocida como la “Guyana Esequiba” o “Territorio Esequibo”, contempla casi 159.500 km² y comprende alrededor de dos tercios -o el 70%- del territorio de Guyana (Romero, 2021). Alberga alrededor de 125.000 habitantes -de los 808.726 de la población total guyanesa (Banco Mundial, 2022)- y cuenta con yacimiento de diamantes, oro,

* Este texto se publicó originalmente como Análisis Carolina de la Fundación Carolina bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Referencia original: Mila-Maldonado, A. (2024): “¿Venezuela o Guyana, quién gana (en) el Esequibo? Claves para entender una disputa histórica”, *Análisis Carolina*, n° 4, Madrid, Fundación Carolina. https://doi.org/10.33960/AC_04.2024

** Investigadora del Área de Estudios y Análisis de la Fundación Carolina. Agradezco los aportes de José Antonio Sanahuja y Natasha Joti Penrose Stevens Pastor.

cobre, bauxita, molibdenita y níquel, una amplia riqueza forestal y la existencia de numerosos ríos, cataratas y afluentes que le otorgan un importante potencial hidrológico (Serbin, 2003), así como yacimientos petroleros hallados en la última década.

Aunque se trata de una disputa histórica, el descubrimiento de recursos petroleros en la zona y las concesiones autorizadas en 2015 por el gobierno de Guyana para el inicio de operaciones de la petrolera estadounidense Exxon Mobil en el bloque Stabroek (situado en la proyección marítima de la zona en reclamación), iniciaron un nuevo capítulo y dieron lugar a nuevos posicionamientos por parte de Venezuela y Guyana; no así de sus intereses, que siguen siendo los mismos de hace varias décadas.

Mientras Venezuela confirma su soberanía apegada al principio jurídico del *uti possidetis iuris*¹, señala que la alegación responde a la cartografía histórica desde antes de la conformación de la Capitanía General de Venezuela en 1777. Asimismo, declara nulo e irrito el Laudo Arbitral de París de 1899, señala que la Corte Internacional de Justicia no tiene jurisdicción sobre el caso y que se debe resolver la controversia bilateralmente entre Guyana y Venezuela en aplicación de lo que establece el Acuerdo de Ginebra de 1966 (Caldera, 2020).

Guyana -y otrora Reino Unido- reivindica que el territorio al oeste del río Esequibo forma parte de las colonias adquiridas a los holandeses mediante el tratado angloholandés de 1814 -conocido como Convenio de Londres²- (Brewer-Carias, 2006). El país tiene control del territorio, ha otorgado concesiones económicas en la zona y ha avanzado “en el desarrollo de actividades económicas en el mar en disputa” (Hernández, 2019: 12).

A continuación, se ofrecerán algunas claves históricas -y actuales- que permiten comprender el origen y desarrollo de este conflicto.

CLAVES HISTÓRICAS Y ACTUALES

En el contexto histórico del desarrollo de la disputa fronteriza por el Esequibo, destaca un número significativo de hechos o sucesos. A continuación, se señalan los que la literatura especializada destaca como más relevantes, sin perjuicio de que se omitan algunos eventos también importantes. Se incluyen, además, eventos de actualidad de igual relevancia para este escrito:

a) Las reclamaciones de Venezuela tienen su origen en la época colonial, momento en el cual el país se conformaba por provincias que pertenecían al imperio español, siendo Guyana una de ellas. Con la firma del Tratado de Múnster en 1648, España reconoció a Holanda las posesiones realizadas hasta esa fecha, y precisamente los territorios situados al oeste del río Esequibo se reconocían como pertenecientes a España (Serbin, 2003).

b) La creación de la Capitanía General de Venezuela en 1777 tuvo como borde oriental el río Esequibo, el cual se reafirma como límite en 1814. Este límite será ratificado por medio del reconocimiento de la independencia de Venezuela por Gran Bretaña en 1824 y España en 1845. Con el fin de las guerras napoleónicas y por medio del tratado angloholandés -o Convenio de Londres-, Holanda cedió a Gran Bretaña los siguientes territorios: Demerara, Berbice y Esequibo (Serbin, 2003), siendo esta la alegación principal de Gran Bretaña para ejercer derechos sobre el territorio y, posteriormente, la del gobierno de Guyana.

¹ El principio del *uti possidetis* “sirvió para aplicar el aforismo latino que se traduce en que quien tiene la posesión ‘de facto’ puede seguir poseyendo el ‘de iure’, al institucionalizarse el Estado de derecho en cada país americano, una vez liberado del dominio secular español desde 1810” (Acevedo, 2013: 149).

² La denominación “Convenio o Tratado de Londres” no es exclusiva de este acuerdo, ya que es uno de varios conocidos con ese nombre.

c) Tras la separación de la Gran Colombia en 1830, Venezuela se consolida como Estado independiente. Según la Constitución del Estado de Venezuela de 1830 “El territorio de Venezuela comprende todo lo que antes de la transformación política de 1810 se denominaba Capitanía General de Venezuela” (Art. 5). Ello se enmarca en el principio del *uti possidetis iuris* “en el que convinieron todas las repúblicas suramericanas al terminar sus guerras de independencia, de conservar los territorios que correspondían a sus provincias bajo el dominio español” (Briceño, Olivar y Buttó, 2016: 9).

d) Entre 1835 y 1887 se trazaron tres delimitaciones fronterizas sucesivas en la zona conocidas como las líneas de Schomburgk, tras la contratación del botánico Robert H. Schomburgk, por la *Royal Geographical Society* y sin consulta del gobierno venezolano, para que determinase el área de la colonia Británica de Guyana. Así, “en 1840 la segunda línea Schomburgk fue tan prolongada que llegaba hasta la desembocadura del río Orinoco, con una extensión de 141.939 Km.” y “entre 1887 hasta 1897, se presenta la máxima aspiración inglesa incluyendo aproximadamente 203.310 Km.² de territorio” (Briceño, Olivar y Buttó, 2016: 9). En fechas posteriores se señaló que los mapas fueron alterados y falsificados por el Ministerio de Colonias Británicas luego de su fallecimiento (Ojer, 1982, en Serbin, 2003).

e) En 1850, Gran Bretaña y Venezuela acordaron no ocupar los territorios entre la segunda línea Schomburgk de 1840 y el río Esequibo. No obstante, “al descubrirse importantes recursos auríferos de la cuenca del Yuruari, enviaron más colonos en las tierras que se habían comprometido no ocupar” (MPPRE, 2015: 13).

f) El 3 de octubre de 1899 se celebró el Laudo Arbitral de París, resultado de la solicitud de ayuda a Estados Unidos por Venezuela, invocando la doctrina Monroe³. Este Laudo despojó a Venezuela de sus derechos sobre casi todo el territorio del Esequibo (alrededor del 90%). Un dato importante es que ningún venezolano formó parte de la Comisión Arbitral y la defensa de Venezuela la realizaron dos abogados estadounidenses. Por otro lado, la parte británica estuvo representada por dos ingleses, y el quinto árbitro era de nacionalidad rusa (MPPRE, 2015; Sutherland, 2023).

g) En 1949, *The American Journal of International Law* publicó un memorando póstumo de uno de los abogados a cargo de la defensa de Venezuela en el Laudo Arbitral de París de 1899, Severo Mallet-Prevost, en el que reconoce que dicho arbitraje careció de legalidad dado que los miembros británicos pactaron con el juez para que se tomara una decisión que favoreciera a Gran Bretaña (MPPRE, 2015).

h) En 1962 Venezuela denunció formalmente el Laudo Arbitral de París ante la ONU (Romero, 2021).

i) El 17 de febrero de 1966 se firmó el *Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica*, -conocido como Acuerdo de Ginebra- entre Venezuela y Guayana Británica como colonia de Reino Unido. El Acuerdo fija como corolario la búsqueda de una solución pacífica de la controversia según lo que estipula el Art. 33 de la Carta de la ONU⁴, y, de no llegar a una solución por ese medio, referir la decisión al Secretario General de la ONU.

³ El 12 de mayo de 1887 “el Congreso de Venezuela denunció la violación de la Doctrina Monroe por el reino de Albión” (El Nimer, 2016: 65).

⁴ Los mecanismos son: “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección” (Art. 33).

Asimismo, determina que la partes no pueden realizar o autorizar actividades en el territorio objeto de la disputa hasta encontrar una solución. Como aspectos más importantes el Acuerdo destaca por: i) contar con el aval de la Asamblea General de la ONU (Art. IV, num. 2; ii) estar vigente en la actualidad; iii) tener “eficacia jurídica obligatoria en tanto norma de ius cogens en el Derecho Internacional” (Caldera, 2020: 391); y iv) declara “nulo e írrito” el Laudo Arbitral de París de 1899.

j) Entre 1983 y 2018 los comisionados de cada país se siguieron reuniendo para lograr una solución pacífica y bajo la “metodología bilateral” que fijó el Acuerdo de Ginebra. Según Romero (2021) las negociaciones perdieron eficacia y se congelaron, pero de acuerdo con datos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela desde 1989 hasta 2015 se siguió aplicando bilateralmente el método de los “Buenos Oficios”⁵ (MPPRE, 2015: 17).

k) El 20 de mayo de 2015 tras exploraciones autorizadas por Guyana, Exxon Mobil anunció el descubrimiento de un yacimiento en el pozo Liza-1, situado en el bloque Stabroek que se ubica en la proyección marítima de la zona en disputa (BBC, 2015). Esto inicia una nueva fase de las reclamaciones venezolanas⁶, ahora específicamente en el mar territorial.

Un aspecto relevante que señalan algunos juristas y que permite dimensionar la importancia que adquiere la explotación de recursos en la proyección de la zona marítima en reclamación, es que “las fronteras terrestres entre Guyana y Venezuela no han sido ni delimitadas ni demarcadas, y se encuentran en discusión sobre la base del Acuerdo de Ginebra de febrero de 1966”. De manera que, según el Derecho Internacional Público “una frontera marítima no se puede delimitar si la frontera terrestre no ha sido fijada” (Briceño, Olivar y Buttó, 2016: 9).

l) En enero de 2018: Antonio Guterres, Secretario General de la ONU dictamina que la disputa será dirimida en la CIJ.

m) El 29 de marzo de 2018 Guyana realizó una demanda unilateral contra Venezuela en la CIJ⁷ en la que solicita la confirmación de la validez jurídica del Laudo Arbitral de París de 1899; asimismo pide que Venezuela se abstenga de usar la fuerza en el territorio. El 15 de abril de 2019 el gobierno de Venezuela ratificó su decisión de no comparecer ante esta instancia por considerar “inadmisible” el objeto de la demanda de Guyana. Para el jurista Caldera como Venezuela no ha ratificado los artículos “36, 37 y 40 del Estatuto que regula su competencia, no existe cláusula compromisoria que obligue”, mientras que Guyana “tampoco le había reconocido jurisdicción hasta que interpuso la demanda” (Caldera, 2020: 392).

n) El 18 de diciembre de 2020, la CIJ declaró su competencia para ver el caso⁸ “aunque sin jurisdicción para atender los reclamos guyaneses referentes al Acuerdo de Ginebra” (ONU, 2023). Esta decisión fue aplaudida por Guyana y rechazada por Venezuela.

o) El 1 de diciembre de 2023, la CIJ pidió a Venezuela que se abstenga de cualquier acción que modifique la situación actual del Esequibo (ONU, 2023).

⁵ Según datos oficiales del gobierno venezolano, el método de los “Buenos Oficios” comenzó a funcionar en 1989 y “ha contado con tres designados: Alister McIntyre (1989-1998), Oliver Jackman (1999-2007) y Norman Girvan (2010-2014)”. Según la cancillería venezolana para 2015 este medio se mantenía vigente (MPPRE, 2015: 7).

⁶ Posicionamientos oficiales del gobierno venezolano a partir de 2015: <https://mppre.gob.ve/control-versia-territorial-sobre-la-guayana-esequiba/>

⁷ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-BI.pdf>.

⁸ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-00-EN.pdf>

p) El 14 de diciembre de 2023, el gobierno de Venezuela celebró un referendo consultivo para preguntar a la ciudadanía sobre la cuestión del Esequibo. Algunos líderes políticos de la oposición respaldaron la iniciativa, mientras que otros sectores de la misma oposición hicieron un llamado a “no dejarse manipular” (Moleiro, 2023). Asimismo, diferentes especialistas en el tema sugirieron que las respuestas a la votación se realizaran bajo la siguiente fórmula: Sí, Sí, No, No, No, frente a las siguientes cinco preguntas del referendo consultivo:

1.- *¿Está usted de acuerdo en rechazar por todos los medios, conforme al derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?*

2.- *¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?*

3.- *¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?*

4.- *¿Está usted de acuerdo en oponerse, por todos los medios conforme al derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente por delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?*

5.- *¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el derecho internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?*

Según datos del Consejo Nacional Electoral, votaron un total de 10.554.000 electores. El resultado del Sí fue: primera pregunta (97,83%), segunda pregunta (98,12%), tercera pregunta (95,40%), cuarta pregunta (95,94%), y quinta pregunta (95,93%) (Asamblea Nacional, 2023). Aunque existen dudas sobre el número de votantes y opiniones diversas a ese respecto, el referendo fue considerado válido por las autoridades venezolanas.

q) Tras los oficios de los miembros de la Comunidad del Caribe (Caricom) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), los mandatarios de Venezuela y Guyana se reunieron en San Vicente y las Granadinas y firmaron el 14 de diciembre de 2023 la *Declaración Conjunta de Argyle por el Diálogo y la Paz entre Guyana y Venezuela*⁹. En la misma, se comprometieron a no intensificar el conflicto ni amenazar o utilizar la fuerza y reiteraron la conformidad con el Acuerdo de Ginebra de 1966. En el texto de la Declaración, Venezuela dejó constancia de que no reconoce a la CIJ ni su jurisdicción en la controversia.

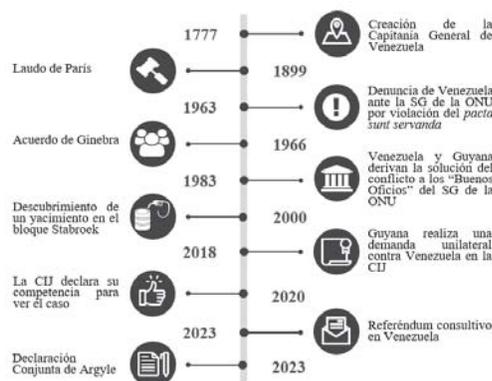
La Declaración de Argyle también fijó el establecimiento de una comisión conjunta de los ministros de Relaciones Exteriores para dar seguimiento al diferendo.

r) Como último hecho relevante, la llegada del buque de guerra HMS Trent británico el 27 de diciembre de 2023 a las costas de Guyana, y específicamente a las aguas que forman parte del litigio, generó un corto pero intenso momento de tensión entre ambos países. El gobierno de Venezuela catalogó esta acción como “amenaza” y “provocación”, así como incumplimiento de la Declaración Conjunta de Argyle, y su respuesta fue la movilización de toda la Fuerza Armada Nacional Bolivariana sobre la fachada atlántica, con carac-

⁹ <https://mppre.gob.ve/2023/12/14/declaracion-conjunta-dialogo-guyana-venezuela/>

ter defensivo. Tras la salida del buque británico, el 1 de enero de 2024 Venezuela desactivó la movilización militar (Europa Press, 2024).

Figura 1.
Línea temporal de los principales hitos en la disputa territorial por el Esequibo



Fuente: Elaboración propia con el apoyo de Natasha Joti Penrose Stevens Pastor

CLAVES EN LA DIMENSIÓN INTERMÉSTICA: SOBERANÍA, *UTIS POSSIDETIS JURIS*, INTERMÉSTICO Y PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Al pensar en el diferendo por el Esequibo entre Venezuela y Guyana es inevitable no reflexionar en, al menos, dos cuestiones: el concepto de soberanía y el principio del *uti possidetis juris*, este último atribuido a una iniciativa de Simón Bolívar, y que sigue cobrando relevancia no solo en espacios reservados a los juristas, sino en explicaciones académicas más amplias que incluyen desde los posicionamientos de América Latina frente a conflictos en otras zonas geográficas, como el 24-F ucraniano (Sanahuja, Stefanoni y Verdes-Montenegro, 2022) hasta reflexiones vinculadas a la renovación del contrato social en la región, siempre unido a su naturaleza de “zona de paz” (Fernández Leost, 2023).

Este principio es la base histórica-jurídica-política de la alegación venezolana de que los límites de su territorio son aquellos fijados en el periodo colonial, y hoy conforma un principio ampliamente aceptado en el derecho internacional, siendo la base de un buen número de resoluciones sobre disputas fronteras en la CIJ.

El análisis también nos remite a lo que Bayless Manning (1977) denominó como lo “*interméstico*” para referirse a la indivisibilidad de los asuntos internacionales y domésticos, dada la importancia que reviste este diferendo, especialmente para Venezuela, país que, por una parte, ha fijado en las últimas dos décadas una intensa relación diplomática, comercial y política con los Estados caribeños de habla inglesa por medio del Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe, que incluye a Guyana. Por otra parte, defiende la titularidad de la zona en reclamación propugnando la noción de soberanía nacional en términos westfalianos como “derecho irrenunciable”.

Esta soberanía está vinculada a la integridad territorial y al mismo tiempo es multidimensional (territorial, económica, política, popular, alimentaria o energética). Está fijada como lineamiento de su política exterior en sus propios planes nacionales y en la Constitución vigente, teniendo una función con una importante impronta discursiva a la vez que performativa.

Siguiendo en el plano doméstico, también es relevante lo que refleja la cartografía venezolana. Los mapas de Venezuela muestran como límites el río Esequibo, y señalan al territorio en disputa como “zona en reclamación”, lo que se ve reflejado en los propios libros de texto. Y es que la mayoría de la población venezolana ha oído mencionar este diferendo “desde los primeros años de escolaridad, ya sea por la orientación a través de la historia patria o por las informaciones obtenidas por los medios de comunicación” (Contreras, Muñoz, Pérez y Machmud, 2023: 50).

No menos importante es que el conflicto representa una cuestión de *raison d'état* que sigue importando en la actualidad tanto a sectores oficialistas como de oposición -aunque con algunos matices para estos últimos en sus posiciones y no en cuanto al interés- logrando puntos de coincidencia sobre todo en la titularidad del territorio y a la naturaleza nula del Laudo Arbitral de 1899.

Es de recordar, además, que en el marco de los Acuerdos de Barbados resultados de la Mesa de Negociación de México, el gobierno y la oposición venezolana firmaron en octubre de 2023 el *Acuerdo parcial para la protección de los intereses vitales de la nación*, en el que se menciona expresamente la defensa de la soberanía de Venezuela sobre el territorio del Esequibo o “Guayana Esequiba”.

Es decir, desde una perspectiva de lo que Habermas (1988) denomina “patriotismo constitucional”, y que Caldera (2020) actualiza y adapta al “patriotismo venezolanista”, bajo el paraguas de la Constitución como proyecto de país y como identidad colectiva, existe un respaldo de las fuerzas políticas -oficialistas y de oposición- y sociales internas, así como del sector militar venezolano en la defensa del territorio. Así, dado que el interés nacional no ha expresado mutaciones sustanciales, es previsible que siga configurándose como parte de una política de Estado antes que de gobierno.

Haciendo énfasis en el plano de la política exterior, autores como Hernández (2019) señalan que la política exterior venezolana al respecto del Esequibo ha sido históricamente “contradictoria” y “pasiva”, frente a la política exterior “ofensiva” y coherente de Guyana. Particularmente, al hacer referencia al periodo 1999-2023, algunos autores estiman importante considerar la política exterior ejercida por los gobiernos venezolanos hacia los países del Caribe tras el impulso del Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe. En ese contexto destaca el concepto de *social power diplomacy* que propone Corrales (2009). Esta categoría trasciende a la lógica de *soft power* o *hard power* ya que explica que no solo el poder económico, militar o de ideología y valores son las únicas formas de proyección y búsqueda de poder.

La *social power diplomacy* -diplomacia del poder social- está basada en la promoción del desarrollo social y la reducción de la pobreza mediante el uso de un importante volumen de recursos de los ingresos nacionales para promover el desarrollo social y el alivio de la pobreza en la región. Esto funciona como instrumento para los apoyos internacionales y regionales (Corrales y Penfold, 2011).

En otras palabras, la diplomacia del poder social atrae aliados porque proporciona a los gobiernos mucha más libertad en el gasto interno que cualquier forma de ayuda occidental. Esta libertad interna produce estrechos vínculos internacionales, mediante la forma de gasto en proyectos sociales en el extranjero.

Benzi y Zapata identifican a Petrocaribe, junto a otras iniciativas de cooperación Sur-Sur, “como objetivos estratégicos de política exterior que remiten básicamente a parámetros geopolíticos, económicos, de seguridad y, por último, de solidaridad internacional” (Benzi y Zapata, 2013: 65). Y este ha sido el marco de acercamiento hacia Guyana en los últimos 20 años.

Vale mencionar una última cuestión que han destacado diversos analistas como una renuncia de Venezuela al Esequibo (Sutherland, 2023): la visita del expresidente Hugo Chávez a Georgetown en 2004, en la que señaló su compromiso con el expresidente Bharrat Jagdeo y con Guyana:

... el gobierno venezolano no va a oponerse a ningún proyecto en esta región que vaya en beneficio de sus habitantes (...) como es un proyecto de agua, vías de comunicación, energía, proyectos agrícolas. Y segundo, durante el surgimiento de cualquier proyecto más sensible, inmediatamente nos activamos ambos para conversarlo en la Comisión Binacional de Alto Nivel y buscarle viabilidad (Declaración Conjunta de los presidentes de Venezuela y Guyana, Hugo Chávez y Bharrat Jagdeo, 19/02/2004).

Aunque algunos analistas consideran esto como el reconocimiento de derechos a Guyana sobre el Esequibo, en el texto amplio de esa visita se abordó específicamente la disputa territorial y el expresidente de Guyana, Bharrat Jagdeo, manifestó lo siguiente:

Estoy completamente de acuerdo con lo tratado con el presidente Chávez, nos hemos comprometido a que el tema del Esequibo se quede en el marco de los buenos oficios de las Naciones Unidas y también con el apoyo del Secretario General. Y ya con este problema en ese marco, paralelamente vamos a seguir generando el desarrollo y las negociaciones tanto en lo económico y cultural, de las inversiones y otros (Declaración Conjunta de los presidentes de Venezuela y Guyana, Hugo Chávez y Bharrat Jagdeo, 19/02/2004).

Aunque la política exterior venezolana podría enmarcarse en un análisis más amplio de *cambio y continuidad* en política exterior bajo las pautas de Hermann -de programa, objetivos y orientación internacional (1991)- o Holsti -aislamiento o autosuficiencia (2016)-, el conflicto con Guyana es uno de los -pocos- aspectos históricos de la política exterior venezolana que sigue expresando continuidad, aunque con la distinción de mostrar en los últimos meses posiciones de carácter ofensivo; defensivo según su relato. Y es que, desde el restablecimiento de la democracia en 1958 con la presidencia de Rómulo Betancourt, los gobiernos venezolanos han dado mayor o menor atención de esta cuestión, sea por la vía de sustentar legalmente su reclamación, hasta la ocupación, como ocurrió con la Isla de Anacoco en 1966 (Guzmán, 2006).

En contrapartida, desde el contexto de la Guerra Fría, Guyana ha sido respaldada por un relato construido en torno a Venezuela, país que experimentaba un auge petrolero, y es que su rol se invirtió: “de pequeño y pobre país víctima del despojo territorial (...) a poderoso país petrolero que arremete contra (...) la Guyana recién emancipada” (Guzmán, 2006: 89). Es así como, en la actualidad, Guyana ha logrado el apoyo de la mayoría de los países del Caribe en su defensa (Romero, 2021).

Adicionalmente, tiene control efectivo del territorio y ha otorgado diversas concesiones económicas (Hernández, 2019), que le han permitido un crecimiento económico que, según estimaciones de la CEPAL, para 2024 alcanzará un aumento de su PIB en un 39,2% frente al 3% para Venezuela (CEPAL, 2023). Aunque no es objeto de este artículo, algunos analistas se atreven a proyectar a Guyana el riesgo de experimentar lo que ya han vivido otros países petroleros: “la maldición de los recursos naturales” (Arrijoa, 2024), por las características propias del país, tales como tensiones étnicas, cambio climático o la corrupción. A esto se añade que, según estimaciones de la Agencia Internacional de Energía (AEI, 2023), estamos cada vez más cerca de que la demanda global de petróleo alcance su pico entre 2027 y 2028.

CLAVES REGIONALES

En un evento de diciembre de 2023 organizado por la Fundación Carolina¹⁰, uno de los ponentes celebraba la mediación que están ejerciendo algunos mecanismos de integración regional como Caricom o la CELAC. Así, están funcionando como espacios regionales propios para la solución de controversias, sin la necesidad de contar con actores externos o recurrir a instancias extrarregionales. En el mismo panel se reclamó el rol que debería cumplir el sistema interamericano vigente. Y es que esta realidad nos sitúa en al menos dos dificultades subyacentes. La primera tiene que ver con la fractura que ha experimentado la región en la incorporación de Venezuela como tema central de las agendas políticas y regional, y con ello, su reincorporación (o no) a los diversos espacios de integración de los que es signatario. La segunda se bifurca en la necesidad de: i) reimpulsar al propio sistema interamericano, que ya cuenta con una vasta institucionalidad para dirimir este tipo de cuestiones, pero con un liderazgo en la Organización de los Estados Americanos (OEA) que ha sido cuestionado por Venezuela; o b) reevaluar el rol que ha adquirido la CELAC ante una multiplicidad de funciones que se le han asignado, por la vía de los hechos, frente a su naturaleza como espacio para la concertación política.

Siguiendo en la línea de la CELAC, este diferendo evidencia -como bien señala Sanahuja (2023)- el nuevo rol asumido por Brasil bajo la presidencia de Luiz Inácio Lula da Silva y el reimpulso a una política exterior más activa; pero, sobre todo, de liderazgo regional. Esto destaca tras un marcado ciclo de impugnación del regionalismo latinoamericano, y no es menos importante el rol que asume la CELAC en este sentido, con el liderazgo de Lula para procurar el acercamiento entre los presidentes de Venezuela, Nicolás Maduro y Guyana, Mohamed Irfaan Ali, y la búsqueda de una solución pacífica.

Por otro lado, Caricom es otra de las instancias que se ha ocupado de intentar dar solución a este diferendo, y que logró, junto a la CELAC, sentar a ambos mandatarios y emitir una declaración conjunta (Agyle) sellada con el compromiso de darle una solución pacífica. No obstante, no se puede obviar que muchos países del Caribe respaldan la posición de Guyana.

De hecho, los 15 miembros de Caricom mostraron su apoyo a Guyana en que “sus fronteras son inviolables y que debe recurrirse a la Corte Internacional de Justicia”, y respaldaron a través de este organismo el dictamen de la CIJ de diciembre de 2023 que ordena que “Venezuela se abstenga de cualquier acción” que modifique la situación actual en el Esequibo (Europa Press, 2023).

Ante la falta de un espacio regional para solucionar esta controversia, los liderazgos asumidos por ambos organismos son de especial valor.

CLAVES DE COYUNTURA

Todos los datos revisados parecen indicar que Guyana dará continuidad a su política exterior ofensiva (Hernández, 2019). Esto ha quedado demostrado con la llegada del buque de guerra británico HMS Trent, el 27 de diciembre de 2023, a las costas de Guyana y a la zona parte del conflicto. Por otra parte, la mayoría de los especialistas que han abordado este tema sitúan la posibilidad de una escalada del conflicto del lado de Venezuela (Hernández, 2019; Sutherland, 2023; Romero, 2023), pero en la situación actual de las fuerzas armadas venezolanas que, a pesar de evidenciar en la actualidad una tríada “unión cívico-militar-policial”

¹⁰ *Conversatorio: América Latina y Unión Europea. Una agenda renovada tras la Cumbre UE-CELAC*, 13 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/conversatorio-america-latina-y-union-europea-una-agenda-renovada-tras-la-cumbre-ue-celac/>

(Jácome, 2023), no posee las capacidades para emprender una ocupación del territorio. Aunque es previsible que Venezuela siga transitando hacia posicionamientos también ofensivos, los últimos compromisos adquiridos en Argyle demuestran su voluntad de resolver el conflicto pacíficamente.

El Esequibo podría ser considerado un elemento cohesionador de los venezolanos en clave identitaria frente a Guyana como enemigo externo común. Aquí cabe reconocer los posicionamientos asumidos por algunos miembros de la oposición venezolana, que, pese a las diferencias ideológicas, comparten la idea de que el Esequibo pertenece a Venezuela. Es en ese contexto que se plantea como interrogante: ¿qué incidencia podría tener este conflicto de cara a las elecciones presidenciales?

Esa pregunta cobra fuerza en un marco en el que Venezuela nunca ha tenido un control efectivo de este territorio, mientras que Guyana mantiene el control efectivo del mismo, y además ha otorgado concesiones económicas y ha fijado alianzas con países como Reino Unido o Estados Unidos. Por otra parte, la dinámica con países de mayor peso relativo puede tener impacto, como es el caso de un posible triunfo del partido republicano en las elecciones presidenciales estadounidenses de noviembre de 2024, ya que, durante la presidencia de Donald Trump, EE.UU. manifestó un amplio respaldo a la posición de Guyana.

Es previsible que la propia convocatoria a elecciones en Venezuela, el resultado que se obtenga y quién asuma la jefatura del Estado no lleve a un cambio sustancial, ya que, como se mencionó, la titularidad de Venezuela sobre el Esequibo ha sido un elemento de continuidad de la política exterior venezolana.

La solución de este diferendo podría seguir prolongándose en el tiempo sin un arreglo que satisfaga a las partes. Y esto se afirma porque, aunque la CIJ podría emitir una sentencia con un efecto importante para la resolución, se debe recordar que Venezuela no reconoce su jurisdicción, por lo que esta salida no podría ser una solución. Para Caldera esto implicaría la intervención del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como órgano ejecutor de las decisiones de la CIJ:

conforme al artículo 94, párrafo 2º de la Carta de la ONU que tiene la potestad de intervenir -a pedido de la parte que considere incumplida la sentencia- haciendo recomendaciones para su cumplimiento o dictando medidas de forma autónoma con el fin de que se ejecute lo fallado, que puede incluir la adopción de medidas coercitivas (uso de la fuerza militar internacional) según los artículos 42 y 47 *ejusdem*, implementadas como garante de la paz, la seguridad y la efectividad de la justicia internacional, si a juicio de sus integrantes se concluyera que el Estado parte incumplido amenaza o quebranta tales principios (Caldera, 2020: 395).

Desde una perspectiva geopolítica no se pueden obviar los intereses de empresas como la transnacional estadounidense Exxon Mobil, que además de realizar exploraciones en la zona, ha sido señalada como fuente de financiación de la demanda guyanesa ante la CIJ, según afirmación del exministro de Relaciones Exteriores, Carl Greenidge en 2018 (Caldera, 2020)¹¹. Asimismo, la última actuación de Reino Unido con la presencia del ya mencionado buque de guerra en la zona marítima del conflicto demuestra en qué lado podría situarse como antigua potencia colonizadora de la zona.

A pesar de los últimos acontecimientos, la Declaración Conjunta de Argyle muestra una voluntad de las partes a: i) buscar una solución pacífica; ii) reconocer el Acuerdo de Ginebra de 1966 -posición contradictoria para Guyana frente a su denuncia ante la CIJ-; y iii) dar

¹¹ El gobierno de Venezuela defiende la existencia de una “sociedad perversa” entre Exxon Mobil y Guyana (@delcyrodriguezv, 2023). Esto ha sido rechazado y desmentido por el embajador de EE.UU. ante la OEA, Sir Ronald Sanders.

continuidad a la modalidad bilateral, los Buenos Oficios y la Comisión mixta que ya fijaba el Acuerdo de Ginebra de 1966. Solo queda esperar a que en 2024 América Latina siga siendo una “zona de paz”.

CONCLUSIONES

- Aunque la política exterior venezolana podría enmarcarse en un análisis más amplio de cambio y continuidad bajo las pautas de Hermann -de programa, objetivos y orientación internacional- o Holsti -aislamiento o autosuficiencia-, el conflicto con Guyana es uno de los -pocos- aspectos históricos de la política exterior venezolana que sigue expresando continuidad, aunque con la distinción de mostrar en los últimos meses posiciones de carácter ofensivo.

- Bajo el paraguas de la Constitución como proyecto de país y una identidad colectiva, existe un respaldo de las fuerzas políticas -oficialistas y de oposición- y sociales internas, así como del sector militar venezolano en la defensa del territorio, y dado que el interés nacional no ha expresado mutaciones sustanciales, es previsible que siga configurándose como parte de una política de Estado antes que de gobierno.

- La mayoría de los autores que han abordado este tema sitúan la posibilidad de una escalada del conflicto del lado de Venezuela. La solución de este diferendo podría seguir prolongándose en el tiempo sin un arreglo que satisfaga a las partes. Y esto se afirma porque, aunque la CIJ podría emitir una sentencia con un efecto importante para la resolución, Venezuela no reconoce su jurisdicción, por lo que esta salida no podría ser una solución.

- A pesar de los últimos acontecimientos, la Declaración Conjunta de Argyle muestra una voluntad de las partes a: i) buscar una solución pacífica; ii) reconocer el Acuerdo de Ginebra de 1966; iii) dar continuidad a la modalidad bilateral, los buenos oficios y la Comisión mixta que ya fijaba el Acuerdo de Ginebra de 1966.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acevedo, J. “El “*uti possidetis*” un principio americano y no europeo”, *Misión Jurídica*, 5, pp. 145-163. 2013.

Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica (1966): 17 de febrero.

AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA (2023): “El crecimiento de la demanda mundial de petróleo se desacelerará significativamente para 2028”. Disponible en: <https://www.iea.org/news/growth-in-global-oil-demand-is-set-to-slow-significantly-by-2028>.

Arrijoa, J. “¿Podrá Guyana evitar la maldición de los recursos naturales?”, *Américas Quarterly*, 23 de enero 2024. Disponible en: <https://www.americasquarterly.org/article/podra-guayana-evitar-la-maldicion-de-los-recursos-naturales/>

ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA (2023): “CNE anuncia abrumadora victoria del Sí con participación superior a 10 millones”, 4 de febrero. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/cne-anuncia-abrumadora-victoria-del-si-con-participacion-superior-a-10-millones>.

BANCO MUNDIAL (2022): “Datos. Población total-Guyana”. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?locations=GY>.

Benzi, D. y Zapata, X. “Geopolítica, economía y solidaridad internacional en la nueva cooperación Sur-Sur: el caso de la Venezuela bolivariana y Petrocaribe”, *América Latina hoy*, vol. 63, pp. 65-89. 2013.

BBC (2015): “El yacimiento de petróleo calienta la controversia entre Venezuela y Guyana”, 27 de mayo. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150526_economia_venezuela_guyana_lf.

Brewer-Carías, A. R. *Guyana-Venezuela Border Dispute*, Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional Público. 2006

Briceño, C., Olivar, J. y Buttó, L. *La cuestión Esequibo. Memoria y soberanía*, Caracas, Universidad Metropolitana. 2016

Caldera, J. “El esequibo es venezolano: El litigio estratégico de Venezuela contra Guyana en la Corte Internacional de Justicia”, *Opción*, n° 93, pp. 389-443. 2020

CEPAL (2023): “Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe 2023”.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE VENEZUELA DE 1830 (1830): 24 de septiembre.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999): “Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860”.

Contreras, M., Muñoz, M., Pérez, C., Machmud, J. (2023): “Conocimiento y valoración del territorio Esequibo. Propuesta interdisciplinaria para la educación superior”, *Investigación y postgrado* vol. 2, n° 38, pp. 49-77.

Corrales, J. (2009): “Using Social Power to Balance Soft Power: Venezuela’s Foreign Policy”, *The Washington Quarterly*, vol. 32, n° 4, pp. 97-114.

Corrales, J. y Penfold, M. (2011). *Dragon in the Tropics: Hugo Chávez and the Political Economy of Revolution in Venezuela*, Washington D.C, Brookings Institution Press.

DECLARACIÓN CONJUNTA DE ARGYLE POR EL DIÁLOGO Y LA PAZ ENTRE GUYANA Y VENEZUELA (2023): 14 de diciembre.

DECLARACIÓN CONJUNTA DE LOS PRESIDENTES DE VENEZUELA Y GUYANA, HUGO CHÁVEZ Y BHARRAT JAGDEO (2023): 19 de febrero.

EL NIMER (2016): “Publicidad limítrofe sobre la controversia Anglo-venezolana (1895-1897)”, en C. BRICEÑO, J. OLIVAR y L. BUTTÓ: *La cuestión Esequibo. Memoria y soberanía*. Caracas, Universidad Metropolitana.

EUROPA PRESS (2023): “La CARICOM acepta el dictamen de la CIJ sobre el Esequibo entre duras críticas de Venezuela”, 2 de diciembre. Disponible en: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-caricom-acepta-dictamen-cij-essequibo-duras-criticas-venezuela-20231202141159.html>

_____ (2024): “Venezuela reduce su presencia militar en el este tras la salida del buque británico del Esequibo”, 2 de enero. Disponible en: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-venezuela-reduce-presencia-militar-salida-buque-britanico-essequibo-20240101020523.html>

Fernández Leost, J.A. “Contrato social y relaciones euro-latinoamericanas: retomando la conversación”. *Análisis Carolina* n° 14/2023, Madrid, Fundación Carolina. 2023

Guzmán, G. “Venezuela y Guyana: el momento de las vías de los hechos”, en C. Briceño, J. Olivar y L. Buttó: *La cuestión Esequibo. Memoria y soberanía*, Caracas, Universidad Metropolitana. 2016

Habermas, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta. 1998

Hernández, S. “Análisis prospectivo del conflicto territorial entre Guyana y Venezuela”, Documento de Marco IEEE, 18/2019.

Hermann, C. “Changing Course: When Governments Choose to Redirect Foreign Policy”, *International Studies Quarterly*, pp. 3-21. 1990

Holsti, K. (2016): “Restructuring Foreign Policy: A Neglected Phenomenon in Foreign Policy Theory”, en K. Holsti, M. Monterichard, I. Msabaha, T. Robinson, T. Shaw y J. Zylberberg: *Why nations realign. Foreign Policy Restructuring in the Postwar World* (2da ed.), Londres y Nueva York, Routledge, pp. 1-20.

Jácome, F. “Militarismo y militarización. El caso venezolano”, en M. Robledo y F. J. Verdes-Montenegro (eds.): *Militarización, militarismo y democracia: ¿nuevas tendencias en América Latina?*, Madrid, Fundación Carolina, pp. 153-169. 2023

Manning, B. (1977): “The Congress, the Executive and Intermestic Affairs: Three Proposals”, *Foreign Affairs*, n° 55, vol. 2, 1977, pp. 306-324.

MPPRE. Guayana Esequiba – Historia de un despojo, Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Caracas, 2015

Moleiro, A. “El chavismo gana el referéndum para la anexión del Esequibo y eleva la tensión con Guyana”, *El País*, 4 de diciembre 2023. Disponible en: <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-esequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>.

ONU (1945): Carta de las Naciones Unidas (1945).

_____ (2023): “La Corte Internacional de Justicia pide a Venezuela que se abstenga de cualquier acción que modifique la situación actual del Esequibo”, 1 de diciembre. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2023/12/1526122>

Romero, C. “Venezuela-Guyana: razones de un conflicto”, *Nueva Sociedad*, (febrero). 2021

Serbin, A. “Las relaciones entre Venezuela y Guyana y la disputa del Esequibo: ¿un paso adelante, dos atrás?”, en J. Domínguez: *Conflictos territoriales y democracia en América Latina*, Argentina 2003, Siglo XXI editores.

Sanahuja, J.A. “Despolitización y reconstrucción de consensos: iniciativas para el retorno del regionalismo y la integración en América Latina”, en J.A. Sanahuja y P. Stefanoni (eds.): *Informe Anual 2023-2024. América Latina en el interregno: Política, economía e inserción internacional*, Madrid, 2023, Fundación Carolina, pp. 39-58.

Sanahuja, J.A., Stefanoni, P. y Verdes-Montenegro: “América Latina frente al 24-F ucraniano: entre la tradición diplomática y las tensiones políticas”, *Documentos de Trabajo* n° 62, Madrid, 2022, Fundación Carolina.

Sutherland, M. “Nicolás Maduro juega a la guerra con Guyana (mirando las presidenciales de 2024)”, *Nueva Sociedad* (diciembre). 2023

LA CARTA IBEROAMERICANA DE ENTORNOS DIGITALES Y LA CARTA IBEROAMERICANA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UNA APROXIMACIÓN EN PERSPECTIVA

José Luis Villegas Moreno*

Profesor de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Resumen: *En este documento se trata de dar noticia del proceso de transformación digital en Iberoamérica y el impacto de las tecnologías emergentes como es el caso de la inteligencia artificial en la Administración Pública. Esto a través de la más reciente Carta Iberoamericana en los Entornos Digitales que regula los principios y derechos, y sus antecedentes, mediante la identificación de principios comunes que faciliten el avance hacia una sociedad más justa, equitativa, inclusiva y segura. Se hace también referencia a la novísima Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública aprobada por el Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (CLAD)*

Palabras Clave: *Transformación, digital, carta, Iberoamérica, derechos, principios, inteligencia, artificial.*

Abstract: *The purpose of this paper is to report on the process of digital transformation in Ibero-America and the impact of emerging technologies such as artificial intelligence. This through the most recent Ibero-American Charter on Digital Environments that regulates the principles and rights, and its background, by identifying common principles that facilitate progress towards a more just, equitable, inclusive and secure society. Reference is also made to the draft Ibero-American Charter on Artificial Intelligence in Public Administration approved by CLAD.*

Key words: *Transformation, digital, charter, Iberoamerica, rights, principles, artificial, intelligence, artificial, intelligence, rights.*

I. CONTEXTUALIZACIÓN

El 25 de marzo de 2023 la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, aprobó la Carta Iberoamericana de los principios y derechos en los entornos digitales. El lema de la cumbre fue “Juntos hacia una Iberoamérica justa y sostenible” (Iglesias, 2023).

Lo relativo a los avances tecnológicos y la transformación digital (Cepal, 2022) ha sido tratado en el ámbito iberoamericano en el contexto de las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno (Maldonado, 2023). Se tiende a resaltar la importancia de alcanzar una sociedad digital inclusiva, regulada, segura y transparente, como fuente de desarrollo sostenible que permita eliminar las brechas digitales entre los países y dentro de ellos. Se ha activado una

* Doctor en Derecho. Profesor emérito de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela.

Agenda Digital Iberoamericana, siguiendo de cerca los procesos de la cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Así mismo se destaca la existencia de profundas brechas digitales en el contexto iberoamericano. (Ávila, 2023)

Esta Carta obedece a la necesidad de abordar a nivel iberoamericano esta problemática de acuciante actualidad y de gran importancia para el ejercicio de los derechos. Es resultante de un proceso de identificación de principios comunes que permitan avanzar hacia una sociedad más justa, equitativa, inclusiva y segura. (Bringas, 2023)

Tiene esta Carta por objeto promover principios comunes para que sean tomados en cuenta por los Estados al momento de adoptar o adecuar las legislaciones nacionales o poner en marcha políticas públicas relacionadas con la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes en entornos digitales. Posiciona a la ciudadanía en el centro de la transformación digital y aborda las brechas existentes. (Goñi y Piñar, 2023)

La Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales es un referente no prescriptivo que guía los procesos de actualización de las normativas nacionales sobre los Principios y Derechos en los Entornos Digitales, para que la construcción de la Sociedad de la Información esté centrada en las personas y en su desarrollo. Así mismo para que se protejan en los entornos digitales los derechos ya consagrados en los marcos jurídicos de los Estados iberoamericanos y fomente el acceso universal, equitativo y asequible a las TIC. Que bajo ningún concepto se discrimine a las personas que no puedan o no quieran integrarse al proceso de transformación digital. (Basco, 2023)

También hacemos referencia a la novísima Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública aprobada por el Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) el 20 de noviembre de 2023.

II. BRECHA DIGITAL Y TRANSFORMACIÓN

La Declaración de Santo Domingo, al referirse a la Carta de Principios y Derechos en Entornos digitales en Iberoamérica que allí se aprobó, reconoce la perentoria necesidad de reducir las desigualdades y cerrar la brecha digital en la comunidad iberoamericana de naciones. Es notorio que Iberoamérica es una región marcada por grandes brechas en los entornos digitales, lo que representa un gran desafío para los estados al establecer prioridades y agendas en materia de política digital, pero cuidando los derechos de los ciudadanos. (Basco, 2023). La brecha digital es en esta región una enorme barrera para el ejercicio pleno de los derechos de los ciudadanos (Ávila, 2023)

Iberoamérica cuenta con una infraestructura digital deficiente. Más del 60% de la población no tiene acceso a infraestructura digital de calidad y cerca de 200 millones de personas carecen de acceso a infraestructura digital básica. Es claro el rezago frente a otras regiones como Europa y Asia Central (Ávila, 2023). Otro elemento desigual es el escaso marco normativo regulador sobre estrategias de ciberseguridad. Por tanto, hay un largo camino por recorrer en la región para acelerar la transformación digital.

En este escenario la Carta considera fundamental impulsar el acceso a la conectividad asequible y de calidad; fomentar entornos digitales seguros, confiables y que garanticen la privacidad de las personas. Se trata de que la transformación digital sea un instrumento que amplíe el acceso a la educación, la salud y la cultura; de asegurar que los entornos digitales respeten la integridad, intimidad y privacidad de los niños, niñas y adolescentes; y de consolidar la libertad de expresión y promover el derecho a recibir libremente información veraz, desarrollar acciones para combatir la desinformación y promover la libre elección de servicios y contenidos digitales.

Se declara en la Carta la firme intención de ofrecer a los ciudadanos servicios digitales personalizados, inclusivos, accesibles, sencillos, seguros e interoperables; además de ofrecerles una identidad digital que reconozca efectivamente sus derechos y prevenga el robo de identidad; y que no les exija presentar documentos que ya obren en su poder. (Goñi y Piñar, 2023).

En la Carta queda patente que hay consenso en que la transformación digital deberá fomentar nuevas formas de empleo, el desarrollo económico sostenible y la desconcentración demográfica. El respeto a los derechos de los trabajadores y consumidores es punto central. Se plantea con rotundidad que el desarrollo de las tecnologías emergentes será realizado de forma segura, ética y responsable; al tiempo que se promoverá en el ámbito iberoamericano la cooperación técnica, la transferencia tecnológica y la creación de capacidades.

III. ANTECEDENTES

El escenario en el que aparece la Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los entornos digitales ha venido siendo abonado por diferentes cartas y declaraciones de organismos iberoamericanos. (Maldonado, 2023). Consideramos que las aquí descritas reflejan el iter regulatorio hasta ahora seguido (Clad, 2019).

1) *Carta Iberoamericana de Gobierno electrónico de 2007*, adoptada en Santiago de Chile, por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, que sin duda marca un hito al poner los cimientos de la consolidación del Gobierno Electrónico para Iberoamérica. Garantiza y consagra el derecho fundamental que tiene todo ciudadano al gobierno electrónico, al momento de relacionarse electrónicamente con los gobiernos y administraciones públicas, y que tiene como objetivo reducir la brecha digital con uso de las TIC y contribuir a la sociedad de la información.

2) *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública de 2013*, adoptada en Panamá por la XXXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Reconoce el derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos componentes, es decir: el derecho a que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio del ciudadano y de la dignidad humana.

3) *Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2016*, adoptada en Bogotá por la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Institucionaliza la transparencia y el acceso a la información además de la rendición de cuentas públicas, de participación ciudadana y de colaboración para la innovación, el derecho de acceso a la información pública y los mecanismos para optimizar los estándares de integridad y gestionar de manera más eficiente y eficaz los recursos públicos, como presupuesto del Estado social y democrático de derecho y la institucionalidad pública.

4) *Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública de 2020*, adoptada en Andorra, por la XXIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a propuesta del CLAD. Plantea retomar y cimentar la innovación en toda la gestión pública con la inclusión de la revolución 4.0 en todos sus procesos. Implica adaptar y transformar las políticas, los servicios, las arquitecturas institucionales y los planes de formación de los servidores y funcionarios públicos orientándolos al desarrollo de la cultura de innovación. Y también a una administración pública inteligente, con una visión estratégica de la gestión pública, en función de las nuevas necesidades de los ciudadanos, en vista de los profundos cambios tecnológicos, económicos, sociales y políticos.

5) *Compromiso de Andorra sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible de 2021*. Aprobado en la XXV Cumbre iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Recoge el acervo de las reuniones celebradas durante el período 2019-2020 sobre este tema, dando

seguimiento a los trabajos de la Conferencia Iberoamericana. Se tomaron decisiones respecto a ciencia, tecnología e innovación, innovación ciudadana y abierta, medioambiente, administración pública, seguridad y salud en el trabajo, seguridad vial, educación superior, educación y cultura, inclusión social y turismo sostenible.

6) *Más reciente Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales de 2023*, aprobada por la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Pone de manifiesto la centralidad del ciudadano en cuanto al proceso de transformación digital y a la elaboración de las políticas públicas relativas a la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes ciudadanos en entornos digitales.

7) *Declaración de Lisboa sobre Innovación Pública de 2023*, elaborada por el CLAD. Destaca que la innovación pública abarca la acción de gobierno, la gestión pública, los recursos públicos, las normas que regulan los poderes públicos y las materias de gobierno. Hace énfasis en que la finalidad de la innovación pública es garantizar la respuesta continua a los desafíos existentes en las sociedades actuales, especialmente en el ámbito de la sostenibilidad y asegurar la prestación de servicios para generar valor público para los ciudadanos de forma continuada, consistente y efectiva.

Estas Cartas y declaraciones Iberoamericanas configuran el despegue del proceso de transformación digital en Iberoamérica. Su influencia es decisiva en este tránsito. Aunque de forma más concreta el antecedente de Carta que nos ocupa podemos situarlo en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico de 2007, aprobada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Toma en cuenta también esta Carta todo lo relacionado con la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información en sus diferentes fases y la Declaración de Lisboa sobre Democracia digital con Propósito, y la Declaración europea sobre los Derechos y Principios digitales para la Década Digital.

Muy recientemente, en noviembre de 2023, el CLAD ha aprobado la Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública. Al final de este documento daremos noticia de ella.

IV. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

La Carta Iberoamericana está estructurada en diez puntos, cada uno de los cuales se desarrolla a través de un plan de compromisos (Bringas, 2023). A saber: 1.- *Centralidad de la persona en los derechos y deberes en entornos digitales*. 2.- *Inclusión digital y conectividad*. 3.- *Privacidad, confianza, seguridad de datos y ciberseguridad*. 4.- *Acceso pleno a la educación, la cultura y la salud en entornos digitales inclusivos y seguros*. 5.- *Especial atención a niños y adolescentes*. 6.- *Participación social, económica y política en entornos digitales justos y sostenibles*. 7.- *Administración Pública digital*. 8.- *Economía digital justa, inclusiva y segura*. 9.- *Abordaje de tecnologías emergentes que no renuncie a la centralidad de las personas*. 10.- *Asistencia y cooperación iberoamericana para la transformación digital*.

Los aspectos que queremos destacar de esta Carta son los siguientes:

1. *Centralidad de la persona. Derechos y deberes en entornos digitales*

En este apartado la Carta aboga por promover la construcción de una SI inclusiva, centrada en las personas y orientada al desarrollo. Reconoce que es fundamental fomentar condiciones estructurales, prácticas, herramientas y marcos regulatorios que promuevan el acceso universal, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC, sin discriminación de tipo alguno.

Insiste la carta en que es fundamental garantizar que el respeto, promoción y protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes recogidos en las constituciones y marcos jurídicos iberoamericanos se interpretarán, aplicarán y ejercerán en los entornos digitales, teniendo en cuenta sus particularidades.

Se reconoce el desafío de cómo traducir las nuevas realidades digitales en una ampliación del campo de los derechos de las personas y el cumplimiento de sus deberes en los entornos digitales. El documento admite que hay que tender a que la falta de medios, habilidades o competencias digitales no suponga una discriminación o exclusión para quienes no pueden o no están en disposición de integrarse en el proceso de transformación digital.

2. *Administración pública digital*

En este escenario se plantean los compromisos por la prestación de servicios digitales por parte del Estado y que los trámites administrativos digitales sean personalizados, sencillos, inclusivos, accesibles, interoperables y seguros.

Se asume el compromiso de avanzar en el adecuado procesamiento de datos personales por parte de las administraciones públicas, asegurándose el consentimiento informado de los titulares de los datos, cuando este sea requerido por la normativa nacional.

Destaca como algo preeminente que la identidad digital permita una mayor inclusión social, el reconocimiento efectivo de derechos, la tutela judicial efectiva y la prevención del robo de identidad. Opta por el fomento de sistemas de autenticación y uso de firmas digitales que aseguren la integridad de los documentos digitales, dotándoles de mayor seguridad tanto técnica como jurídica.

Como algo destacable se apuesta porque las personas, al realizar trámites gubernamentales, no tengan que presentar reiteradamente documentos que ya obren en poder de la Administración, especialmente si los suministraron previamente de manera electrónica.

Hay un marcado incentivo porque las personas reciban notificaciones electrónicas de la Administración sobre trámites realizados y actos administrativos que las vinculen o informaciones generales que sean de su interés; siempre y cuando el medio y formato utilizado sea de su aceptación o así lo haya solicitado, con las limitaciones que se deriven de las normativas nacionales. Con rotundidad se establece que ninguna persona sea discriminada o restringida en su relación con la Administración si no está en capacidad o disposición de utilizar medios electrónicos.

También se aboga por que se fomente la transparencia, el acceso a la información pública y la rendición de cuentas de los gobiernos a través de las TIC, para promover y fortalecer una transformación digital de la sociedad.

3. *Un abordaje de tecnologías emergentes que no renuncie a la centralidad de las personas*

En este escenario hay una firme apuesta por abordar conjuntamente las cuestiones asociadas a las tecnologías emergentes, así como su uso seguro, ético y responsable.

También se aviva la promoción de políticas públicas y marcos normativos que fomenten el desarrollo y uso seguro, ético y responsable de las tecnologías emergentes. Esto en pleno respeto a los propósitos y principios del derecho internacional, incluidos todos los derechos humanos para todas las personas, y con la participación de las múltiples partes, según sus roles y responsabilidades.

Con fines colaborativos es patente el compromiso de facilitar el intercambio de experiencias y abordar colectivamente los retos que suponen las tecnologías emergentes.

4. *Asistencia y cooperación iberoamericana para la transformación digital*

La Carta desarrolla un importante empuje por la cooperación y la asistencia en la comunidad iberoamericana para la transformación digital. Por ello se fomentan las iniciativas en el ámbito iberoamericano de cooperación técnica, transferencia de tecnología y creación de capacidades científicas y tecnológicas para reducir la brecha digital en y entre los países de la comunidad iberoamericana. Es imperioso en esta sintonía generar sinergias con otras iniciativas globales o regionales en curso, según corresponda y en plena y estrecha coordinación con los países iberoamericanos.

Muy importante es el pedimento para el seguimiento a la Carta, encargando a la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB). A esta le corresponderá la promoción de los mecanismos de cooperación iberoamericanos en sus diferentes modalidades para que fortalezcan el desarrollo y la transformación digital de los países. También le compete la identificación de posibles acciones que puedan contribuir o coadyuvar a la cooperación en el ámbito iberoamericano.

V. CARTA IBEROAMERICANA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nos hacemos eco al concluir este trabajo de la reciente aprobación de la Carta Iberoamericana de inteligencia artificial en la Administración Pública. El primer borrador de este importante documento fue presentado el 07 de Julio de 2023, en el contexto de la VI Reunión de Expertos del «Índice de Gobernanza Iberoamericano», del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en Cartagena de Indias, Colombia. Esta Carta ha sido aprobada finalmente por el Consejo Directivo del CLAD el 20 de noviembre de 2023, coincidiendo con el XXVIII Congreso Internacional celebrado en La Habana, Cuba.

La Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial promueve un marco común en todos los países miembros del CLAD, con principios compartidos y pautas prácticas de gobernanza de los sistemas algorítmicos directamente aplicables en el sector público.

En su articulado, la Carta define la Inteligencia Artificial como un tipo especial y disruptivo de tecnología de la información y comunicación, basada en la utilización de datos y algoritmos, capaz de generar aprendizaje y comportamiento considerado autónomo e inteligente, así como desarrollar tareas habitualmente consideradas humanas, incluyendo la percepción, el razonamiento y la acción.

Esta Carta resalta que la utilización de la Inteligencia Artificial en la administración pública puede generar diversos beneficios, como mejorar los procesos administrativos y los servicios públicos, perfeccionar los procesos de toma de decisiones, promover la cooperación intergubernamental, desarrollar la transparencia y el combate contra la corrupción, profundizar en las dinámicas participativas, avanzar en la colaboración con la ciudadanía y, finalmente, reforzar los sistemas democráticos mediante un uso responsable de los algoritmos (Miranzo, 2023).

Son numerosos los valores que señala la Carta, pero probablemente el más importante es aquel que pregonaba el principio de autonomía humana, que debe garantizar que los usuarios puedan mantener en todo momento el control sobre los datos utilizados, incluyendo su contexto y la capacidad para modificar su uso (Presno, 2022).

La Carta propone, igualmente, estrategias nacionales de inteligencia artificial que tengan especialmente en cuenta los valores democráticos, las opciones éticas y modelo de gobernanza de datos, así como su impacto en diferentes sectores sociales, económicos, al igual que la imprescindible colaboración con la academia y el sistema científico.

La Carta destaca la necesidad de que los países consideren tres niveles de riesgo de los algoritmos: bajo (aceptable), alto (aceptable / no aceptable) y extremo (no aceptable) y que en función de ellos ejerzan las acciones de control correspondiente.

Recomienda finalmente la Carta el establecimiento de *sandboxes* (areneros o espacios aislados) que son espacios de pruebas controlados por las autoridades, que supervisan el proceso para llevar a cabo el testeado de innovaciones y aprender sobre nuevas formas de abordar problemas públicos.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila, Renata. “La brecha digital en América Latina como barrera para el ejercicio pleno de derechos”, en *Derechos digitales en Iberoamérica: situación y perspectivas*. Fundación Carolina y Telefónica, 2023.

Basco, Ana et al. “Hacia una agenda digital regional inclusiva y centrada en las personas”, en *Revista Pensamiento Iberoamericano*, 3ª Época 01. SEGIB. 2023.

CLAD. Cartas Iberoamericanas. 2019.

Bringas Gómez, Martha. “Comentarios a la Carta iberoamericana de principios y derechos en entornos digitales”, en *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, N° 3. 2023.

CEPAL. Un camino digital para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe, ONU. 2022.

Goñi, Enrique y Piñar Mañas, José Luis. “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales: Una oportunidad ganada” en *Revista Digital Derecho e Innovación*, N°15. La Ley. 2023.

Iglesias García, Enrique. “Desafíos y oportunidades para el futuro de las sociedades iberoamericanas”, en *Revista Pensamiento Iberoamericano*, 3ª Época 01. SEGIB. 2023.

Maldonado Meléndez, Mirko. “Del gobierno electrónico a la administración digital: Las transformaciones digitales en Iberoamérica”, en *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, N° 3. 2023.

Miranzo, Javier. *Inteligencia artificial y Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid. 2023.

Presno Linera, Miguel Ángel. *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2023.

Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho e Inteligencia Artificial. Cuatro estudios*, Ediciones Jurídicas Olejnik. 2023.

VVAA. *Derechos digitales en Iberoamérica: situación y perspectivas*. Fundación Carolina y Telefónica. 2023.

_____. *Inteligencia Artificial y Derecho: Desafíos y perspectivas*. (Michel Azuaje Pablo Contreras, Coordinadores). Tirant lo Blanch. 2021.

_____. *La Administración Digital*. (Agustí Cerrillo, Director). UIM. 2022.

CARTAS Y DECLARACIONES

- Carta Iberoamericana de Gobierno electrónico (2007).
- Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013).

- Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (2016).
- Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública (2020).
- Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales (2023).
- Carta Iberoamericana de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública (2023).
- Declaración de Santo Domingo, de fecha 25 de marzo de 2023.

EL DERECHO AL MATRIMONIO IGUALITARIO: UNA MIRADA A LA OPINIÓN CONSULTIVA 24/17 A TRAVÉS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Roselis Díaz De Freitas

*Asistente Académico de la Catedra de Derechos Humanos y
Derecho Constitucional (UCAB)*

Resumen: *El derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación son elementos imprescindibles para analizar el alcance del derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Ello, vinculado al deber de aplicar el control de convencionalidad a cargo de los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha resultado un punto de desencuentro en algunos países de la región, que, se han negado a reconocer el alcance del derecho a la protección familiar que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su función consultiva e interpretativa, aun cuando ello pueda comprometer tanto la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, como el reconocimiento de la dignidad y de derechos humanos en condición de igualdad de un grupo históricamente discriminado.*

Palabras Clave: *Matrimonio igualitario, derechos humanos, control de convencionalidad, discriminación, Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

Abstract: *The right to equality before the law and the principle of non-discrimination are essential elements for analyzing the scope of the right to marriage between same-sex couples. This, related to the duty of States Parties to the American Convention on Human Rights to apply conventionality control, has been a point of disagreement in some countries of the region, which have refused to recognize the scope of the right to family protection established by the Inter-American Court of Human Rights through its advisory and interpretative function, even when this could compromise both the international responsibility of the State in question and the recognition of the dignity and equal human rights of a group that has historically been discriminated against.*

Key words: *Same sex-marriage, human rights, conventionality control, discrimination, American Convention on Human Rights.*

I. LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN DEBER INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad es una figura desarrollada jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo e indistintamente, “Corte IDH” o “Corte”) que se deriva del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “CADH”), la cual establece la obligación internacional de los Estados de modificar su derecho interno –conforme a los procedimientos constitucional y convencionalmente previstos- cuando este, de alguna forma no respeta ni garantiza los derechos y libertades protegidos por la misma Convención.

De esta manera, permite a los Estados Parte, concretar el cumplimiento de sus deberes internacionales en el ámbito interno, garantizando que las normas, prácticas y políticas nacionales sean compatibles tanto con la CADH, como con las interpretaciones que la Corte realice de la misma.

En el año 2006, a través de la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte desarrolló expresamente el deber que tienen los Estados de aplicar un *control de convencionalidad*, estableciendo que si bien es cierto que los funcionarios judiciales están sujetos al imperio de la ley, estos también están obligados a aplicar las disposiciones de los tratados internacionales que el país en cuestión ha ratificado, por lo que estos deben “*velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*”¹. En ese sentido, mediante desarrollo jurisprudencial, dicha Corte ha señalado que:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex [officio] un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana². (Subrayados añadidos).

Básicamente, el control de convencionalidad es una herramienta, pero también un deber a cargo de los Estados –incluyendo a cualquier poder, órgano o autoridad que lo conforme– de garantizar y controlar que, en el marco de sus respectivas funciones y competencias, los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción se vean protegidos.

De esta forma, el deber general de adecuación del derecho interno para garantizar su compatibilidad con la Convención implica que los Estados: (i) supriman las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a los derechos allí previstos, así como que (ii) decreten normas y desarrollen prácticas que conduzcan a la efectiva observancia de los derechos y garantías consagrados en la CADH, garantizando que la interpretación y la aplicación del derecho interno sean consistentes con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos³, es decir, con el respeto y la garantía de las libertades fundamentales sin ninguna forma de discriminación.

En otras palabras, un adecuado ejercicio del control de convencionalidad se traduce en cómo el Estado en cuestión organiza el aparato del Poder Público para garantizar el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención –obligación prevista en el artículo 1.1 de la CADH–, al adoptar medidas en el ámbito interno para armonizar sus prácticas y normas, tanto con esta, como con las interpretaciones que la Corte realice de la misma.

Al respecto, es fundamental precisar que la aplicación que deben realizar los Estados del control de convencionalidad debe abarcar (i) la normativa internacional en cuestión y (ii) la interpretación que realice la Corte IDH sobre esta ya sea mediante su función contenciosa o consultiva. Incluso, así lo ha establecido la Corte al señalar que:

¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

² Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 307. Ver también, *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020, párr. 269 y *Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2021, párr. 198.

³ Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020, párr. 99.

[...] conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos⁴ (Subrayados añadidos).

Por consiguiente, las normas interpretadas, incluso por una Opinión Consultiva a través de la labor interpretativa de la Corte, forman parte del baremo empleado para analizar el cumplimiento del deber de aplicar un adecuado control de convencionalidad. Ello, en virtud de que el propósito central de esta función consultiva es precisamente obtener una interpretación judicial sobre algunas disposiciones convencionales⁵ que permita guiar a los Estados en su adecuado actuar, apegándose al respeto de la dignidad humana. De esta manera, las Opiniones Consultivas cumplen la función misma de un control de convencionalidad preventivo, y nutren de contenido el alcance de los derechos consagrados en la Convención.

En ese sentido, a través de su función consultiva o contenciosa, la Corte IDH puede evaluar si las actuaciones, leyes, decisiones y políticas de un Estado son compatibles con la Convención –control de convencionalidad internacional-, pero también, en fuero nacional, los Estados, a través de sus distintas autoridades, pueden –y deben- verificar la convencionalidad de sus actuaciones, leyes, decisiones y políticas, mediante el control de convencionalidad interno.

En definitiva, se trata de un deber derivado de las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, especialmente, la de garantizar los derechos contenidas en la misma. De esta manera, la aplicación del control de convencionalidad puede ejercerse –entre otros- sobre disposiciones legales o constitucionales, políticas públicas, prácticas estatales y decisiones administrativas y judiciales.

En el marco del control de convencionalidad y de la labor interpretativa de la Corte sobre la Convención, resulta fundamental recordar que esta, progresivamente, puede adoptar criterios e interpretaciones más favorables sobre el alcance de un derecho, con base al principio *pro persona*, al principio de progresividad y en aplicación del artículo 29 de la CADH, recordando que, a su vez, los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos* cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida⁶.

⁴ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31. En el mismo sentido: Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, párr. 58; Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 26.

⁵ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 26.

⁶ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consultar en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 119.

Al respecto, tal y como lo ha expuesto el Dr. Carlos Ayala Corao, tanto la adopción de criterios más favorables como el valor jurídico vinculante de las interpretaciones de la Convención realizadas por la Corte IDH y el deber de aplicar el control de convencionalidad, han sido elementos reafirmados por la jurisprudencia de muchos países que integran la región, resaltando por ejemplo, de forma enunciativa, los casos de Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala, República Dominicana, México, Costa Rica y Colombia⁷.

Así, de los *supra* mencionados, serán enfatizados tres ejemplos importantes. En primer lugar, la Corte Constitucional de Colombia ha reiterado que las autoridades estatales deben efectuar “*un control del derecho interno a la luz de la convención, fundado en la obligación del art. 2 del Pacto de San José, que exige adecuar las normas del derecho interno a los compromisos en materia de derechos humanos adquiridos con la Convención*”⁸.

También, en similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, ha señalado que “*es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta [...] [subrayados añadidos]*”⁹. Finalmente, la Corte Suprema de Costa Rica, arribó a la conclusión de que:

si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), *la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada*¹⁰. [Subrayados añadidos].

En definitiva, ser un Estado Parte de la Convención, implica no solo estar a cargo de ciertas obligaciones internacionales, que, además, de conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo “CVDT”), se presumen que deben ser cumplidas de buena fe. También, implica que los Estados reconocen sus obligaciones de garantizar y respetar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción sin discriminación; derechos y libertades que al Estado no le corresponde conceder, sino reafirmar y proteger, debido a que se tratan de derechos inherentes a cada persona, en reconocimiento de su dignidad humana.

Los derechos humanos representan las libertades y los derechos más básicos y fundamentales, por lo que la interpretación de su alcance de ninguna manera puede estar viciada por alguna forma de discriminación, siendo que en el caso contrario, ello conllevaría de forma directa a la configuración de la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Precisamente, a los fines de garantizar que los derechos de las personas sean protegidos de manera adecuada, los Estados deben, de manera diligente, aplicar el control de convencionalidad a todas sus decisiones, normativas y políticas.

⁷ Carlos Ayala Corao. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 80-90.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-146/21* del 20 de mayo de 2021; *Sentencia C-659* del 28 de noviembre de 2016.

⁹ Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, *caso Anthony Gil Zorrilla*. Resolución de 13 de noviembre de 2003. No. 1920-2003.

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, caso de la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas. Sentencia del 9 de mayo de 1995.

Ello, además de configurar una obligación internacional, está directamente vinculado a garantizar que, en la región, podamos encontrar puntos comunes en pro del respeto a las libertades y las garantías mínimas, a los fines de crear un derecho común que permita generar un efecto transformador en una región con altos índices de desigualdad y discriminación. Para ello, debemos considerar que, sin la construcción de una sociedad que garantice la igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos, se está cada vez más lejos de un verdadero sistema democrático.

De esta manera, la aplicación del control de convencionalidad en el plano interno permite no solo prevenir futuras violaciones a derechos humanos, sino también, contribuir al desarrollo constitucional y democrático de los Estados que integran al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”).

II. LA PERSPECTIVA REGIONAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU RECONOCIMIENTO

1. *El reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en los Estados que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*

Impulsado por los avances que se han producido en otras partes del mundo, desde el año 2010, progresivamente, distintos países de la región han reconocido el derecho al matrimonio igualitario.

Argentina fue el primer país en hacerlo a través de la promulgación de la Ley 26.618, la cual, al modificar algunos artículos del Código Civil, dispuso que “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”¹¹. Previo a ello, el 13 de noviembre de 2009, mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, se había decretado la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil Argentino, con base en que la prohibición de matrimonio para parejas del mismo sexo constituía una discriminación del Estado basada en la orientación sexual, entendiéndose que las preferencias sexuales de las personas no deben constituir obstáculo alguno para hacer realidad sus derechos¹².

Tres años más tarde, Uruguay, mediante la Ley No. 19.075 reconoció el derecho al matrimonio civil de dos personas de distinto o igual sexo¹³. De igual manera, en el año 2013, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil emitió su Resolución No. 175¹⁴, a través de la cual, autoriza en la práctica el matrimonio igualitario en todo el territorio nacional y prohíbe a las autoridades competentes negar la celebración de un matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

Seguidamente, en 2016, de manera ejemplar, la Corte Constitucional colombiana resaltó la inconstitucional del artículo 113 del Código Civil de Colombia, el cual no permitía a las parejas del mismo sexo formalizar su relación a través de la figura jurídica del matrimonio, y decidió que:

En virtud de los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual. La autonomía que tiene el ser humano de contraer matrimonio civil, sin distingos sociales, étnicos, raciales, na-

¹¹ República Argentina. *Ley 26.618*. Promulgada el 21 de julio de 2010, artículo 2.

¹² República Argentina. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tribunal No. 15. Decisión del 13 noviembre de 2009, del Expediente No. 34292.

¹³ República Oriental del Uruguay. *Ley No. 19.075* del 3 de mayo de 2013 sobre matrimonio igualitario.

¹⁴ Consejo Nacional de Justicia de Brasil. *Resolución No. 175* del 14 de mayo de 2013.

cionales o por su identidad sexual es un predicado de la dignidad humana. De allí que, constitucionalmente sólo resulten admisibles las limitaciones jurídicas referidas a ciertos grados de consanguinidad, edad, ausencia de consentimiento libre o existencia de otro vínculo matrimonial.

[...] El derecho de las parejas heterosexuales y del mismo sexo a celebrar una unión marital y formal, cuya principal expresión lo constituye el matrimonio civil, también es una manifestación del derecho fundamental a la igualdad de trato.

En el caso concreto, establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no logra superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible¹⁵. [Subrayados añadidos].

En similar sentido, en el año 2019, la Corte Constitucional de Ecuador, teniendo como base la Opinión Consultiva 24/17 –sobre la cual se profundizará en el siguiente apartado–, precisó algunas conclusiones particularmente importantes¹⁶, a saber: (i) que la misma goza de legitimación democrática y que sería empleada para resolver el caso en cuestión, señalando que dicho instrumento al “*determinar el sentido y el alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de los derechos humanos [...] es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos*”; en ese sentido, (ii) estableció que los derechos reconocidos en la Opinión Consultiva –entre ellos, el matrimonio igualitario– se adherían al bloque de la constitucionalidad.

Con base a lo anterior y a la interpretación realizada por el mencionado Tribunal, este dictaminó que (iii) la norma constitucional que disponía que “*el matrimonio es la unión entre hombre y mujer*” era discriminatoria para las parejas del mismo sexo que no podían acceder a este derecho, constituyendo así un privilegio para las parejas heterosexuales, toda vez que eran el único grupo de personas que podían gozar del mismo. Finalmente, (iv) declaró la inconstitucionalidad de la norma y reconoció el derecho al matrimonio igualitario, sosteniendo que –entre otros importantes y fundados razonamientos– la decisión de ejercer el derecho a contraer matrimonio se trata de un asunto de la esfera privada, y por lo tanto:

[...] el Estado no debería intervenir para prohibir el matrimonio de las personas del mismo sexo. Una injerencia de este tipo, aun siendo legal, podría considerarse arbitraria.

183. La decisión de formar una familia corresponde a la libertad propia de la vida privada de las personas.

De igual modo, el escoger el medio para formar una familia, que puede ser el matrimonio, debería ser una decisión libre y voluntaria de las personas y no del Estado¹⁷.

Asimismo, en fecha 26 de mayo de 2020, Costa Rica se sumó a los Estados de la región que reconocen el matrimonio igualitario. Al respecto, mediante vía jurisprudencial, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el año 2018¹⁸, resolvió acciones de inconstitucionalidad acumuladas y decidió instar a la Asamblea Legislativa, a que en el plazo de 18 meses, regulara los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja y modificara el

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU214/16* del 28 de abril de 2016.

¹⁶ Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia No. 1 1 -18-CN/19* de 12 de junio de 2019.

¹⁷ Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia No. 1 1 -18-CN/19* de 12 de junio de 2019.

¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Voto No. 2018-012782* de 8 de agosto de 2018. Expediente No. 15-013971-0007-CO.

Código de Familia costarricense, conforme a lo dispuesto en el fallo, anulando el impedimento establecido a las parejas del mismo sexo para acceder a la figura del matrimonio civil. A causa de este histórico fallo, desde el 26 de mayo de 2020, toda persona, independientemente de su sexo y orientación sexual, puede contraer matrimonio en Costa Rica.

También, la República de Chile, mediante Ley, en el año 2021 reconoció el derecho a las parejas del mismo sexo al matrimonio civil en condiciones de igualdad¹⁹; y finalmente, el 26 de octubre de 2022, se legalizó el matrimonio igualitario en las treinta y dos entidades federativas que integran a México.

Como antecedentes importantes, pueden mencionarse los fallos 43/2015 y 581/2012, a través de los cuales, la Suprema Corte de Justicia mexicana declaró que las leyes estatales que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo son inconstitucionales y que no es posible interpretar que el mismo se trata de un acuerdo de voluntades que solo se hace posible entre un hombre y una mujer, sino que por el contrario, el matrimonio se trata de “*un contrato civil celebrado entre dos personas para proporcionarse ayuda mutua en la vida*”²⁰.

2. *El derecho al matrimonio igualitario de conformidad con la Opinión Consultiva 24/17*

La limitación o el condicionamiento de los derechos de las personas de orientación sexual diversa es una denegación de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y una grave falta al reconocimiento de su autonomía, que a todas luces y categóricamente, implica una violación a la cláusula de no discriminación contemplada en el artículo 1.1 de la CADH, la cual es imprescindible en el marco del respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Así, en el marco de la consagración del derecho a la protección familiar —el cual abarca el derecho a contraer matrimonio—, el artículo 17 de la Convención, indica que:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. [Subrayados añadidos].

No obstante, mediante su Opinión Consultiva 24/17, la Corte IDH ha interpretado esta norma, estableciendo que si bien es cierto que el artículo 17.2 de la Convención reconoce el “*derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia*” literalmente,

¹⁹ República de Chile. *Ley 21400 sobre el Matrimonio Igualitario*. 10 de diciembre de 2021.

²⁰ Suprema Corte de Justicia Nacional de México. *Sentencia No. 581/2012* del 5 de diciembre de 2012.

dicha formulación no plantea una definición restrictiva, sino que establece de forma expresa la protección convencional de una modalidad de matrimonio de manera particular, más no la única forma de familia protegida²¹.

De hecho, se ha reconocido que el concepto de familia no puede enmarcarse dentro de una concepción rígida, toda vez que esta no se ampara únicamente bajo la figura de un matrimonio heterosexual, sino que también, existen otro tipo de vínculos y relaciones que configuran la vida familiar y que, en consecuencia, requieren protección sin que medie ninguna forma de discriminación al respecto²².

Para llegar a esta conclusión, en el marco de una interpretación normativa, la Corte ha expuesto la necesidad de valorar otros tratados o instrumentos relacionados circunscritos al SIDH para analizar el alcance de las disposiciones en cuestión²³, de conformidad con las reglas de interpretación previstas en el Derecho Internacional, en donde se establece que los tratados deben ser analizados valorando también su contexto, lo cual comprende a las normas del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes²⁴.

Al respecto, vale la pena precisar que tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como el Protocolo de San Salvador establecen que “*toda persona tiene derecho a constituir familia [...]*”²⁵ –en la cual se ve inmersa el derecho al matrimonio–, sin proteger de manera exclusiva a alguna forma de familia o hacer alusión a algún condicionamiento por motivos de sexo, género u orientación sexual. De esta forma, lejos de definir de manera restrictiva a esta palabra, se reconoce el derecho de toda persona a constituirlo.

²¹ Corte IDH. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 182.

²² TEDH. *Caso X, Y y Z vs. Reino Unido*. Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36; *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 91.

²³ Corte IDH. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 183; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 191.

²⁴ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969, artículo 31.2 y 31.3.c:

Artículo 31. Regla general de interpretación:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. [...]

²⁵ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948, artículo VI; *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador). 1988, artículo 15.

En ese sentido, la Corte constató que durante los trabajos preparatorios a la adopción de la CADH, “no hubo discusión alguna que versara sobre si se debía considerar a las parejas del mismo sexo como una forma de familia [...] en atención al momento histórico en que dicha adopción ocurrió”²⁶. Y precisamente, para comprender una norma sin sesgos ni diferenciaciones enmarcadas en categorías prohibidas o sospechosas, que, además, fue creada en un momento histórico distinto, es necesario, más allá de hacer una simple interpretación literal y restrictiva, analizarla mediante la interpretación evolutiva, la cual permite ver a los tratados de derechos humanos como lo que son: instrumentos vivos que deben cumplir con su objeto y fin.

Incluso, por mandato mismo de la Convención en su artículo 29.c), las disposiciones en ella previstas “no pueden ser interpretadas en el sentido de [...] *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano*”. De esta forma, interpretar restrictivamente quiénes pueden constituir una familia y desproteger el vínculo afectivo entre parejas únicamente del mismo sexo, además de frustrar el objeto y fin de la CADH, es abiertamente discriminatorio y denegatorio de la dignidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad en perjuicio de un grupo de personas que han sido históricamente discriminadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que sí existe una protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo –abarcando el derecho al matrimonio igualitario–, y que al igual que lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es discriminatorio afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar, a diferencia de una pareja heterosexual²⁷, siendo que, con base en ello:

[...] esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

[...] El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada²⁸.

Ahora bien, es necesario hacer énfasis en que, esta interpretación evolutiva de la Corte ha sido, en algunas ocasiones, catalogada como “activismo judicial” e incluso, contraria a la Convención y a la buena fe de los Estados. Sin embargo, tal y como lo ha desarrollado Armin von Bogdandy, la interpretación evolutiva ha sido un método que generalmente, es aceptado como válido y legítimo, toda vez que no es el resultado de un proceso unilateral de una Corte en la búsqueda de hegemonía, sino más bien, un proceso plural y democrático en el que han coadyuvado numerosos actores:

Primero, la mayoría de las constituciones atribuye un papel clave a la Convención Americana y sus instituciones en su ordenamiento jurídico interno, es decir, están integradas en las bases constitucionales de los Estados parte de la Convención. Doctrinalmente se define como el

²⁶ Corte IDH. *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva 24/17* de 24 de noviembre de 2017, párr. 186.

²⁷ TEDH. *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 94; *Caso Vallianatos y otros Vs. Grecia*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párr. 73.

²⁸ Corte IDH. *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva 24/17* de 24 de noviembre de 2017, párrs. 191 y 192.

bloque de constitucionalidad, formado por la Constitución nacional y la Convención. Por tanto, en términos de teoría constitucional, este desarrollo del mandato se puede explicar como un caso de cambio constitucional. La doctrina del cambio constitucional muestra la profundidad en que pueden impactar los cambios morales y políticos en las sociedades en cuanto al significado de la ley, sin que se produzca ningún cambio formal (Georg Jellinek, Bruce Ackerman). Se trata, sobre todo, de las disposiciones estructuradas de manera abierta, representando los derechos humanos el ejemplo clásico. La doctrina de la interpretación evolutiva constituye la base metodológica para este cambio.

Segundo, la jurisprudencia de la Corte IDH responde a las expectativas e interpretaciones aportadas por numerosos actores. De hecho, la interpretación evolutiva de la Corte se enriquece con los distintos progresos in situ en toda la región, jugando un papel clave las organizaciones de la sociedad civil. [...]

Tercero, instituciones nacionales han reconocido este impulso transformador del mandato. Hay actores nacionales que encomiendan a la Corte IDH resolver bloqueos institucionales a nivel doméstico, es decir, desencadenar acciones para enfrentar aparatos estatales y burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos. Los tribunales nacionales han aceptado y respaldado esta interpretación, entendiendo su valor para el cumplimiento de sus mandatos constitucionales nacionales, lo que se puede constatar en la integración de la jurisprudencia interamericana en muchas decisiones nacionales²⁹. [Subrayados añadidos].

En ese sentido, la emisión de la Opinión Consultiva 24/17 y el reconocimiento al matrimonio igualitario a través de la interpretación del artículo 17 de la Convención, de ninguna forma es un ataque a la individualidad o a la soberanía estatal. Por el contrario, es un reflejo de la lucha para garantizar el ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad; pero también, es consecuencia de la proclamación expresa de la voluntad de cada Estado de formar parte del SIDH, y de ratificar la CADH –entre otros tratados en materia de derechos humanos-, a los fines de contribuir con la creación de una sociedad cada vez más democrática y respetuosa con las libertades y los derechos más esenciales.

Si la Corte se negase a, de manera evolutiva, generar interpretaciones más favorables de determinadas disposiciones, especialmente, para ampliar el alcance de un derecho que era restringido para el goce y disfrute de personas heterosexuales, estaríamos en presencia de un grave retroceso y una amenaza para los derechos de las personas LGBTI. Especialmente, al valorar la situación de los derechos humanos en nuestra región, que en muchos Estados es crítica, violenta y estructuralmente discriminatoria, el impulso de estos estándares es esencial para revertir formas de discriminación sistemática hacia grupos históricamente discriminados.

Desde esta perspectiva, el mandato de la Corte en ese sentido no solo goza de legitimidad, sino que también, es necesario, poderoso y transformador. En consecuencia, la falta de consenso dentro de algunos países de la región sobre los derechos que deben gozar las personas LGBTI –entre ellos, el matrimonio- nunca debe ser una excusa para no reconocerlos, y mucho menos, cuando se trata de una norma convencional cuyo alcance ha sido interpretado por la Corte IDH. Lo contrario, sería aunar que los derechos derivados de la dignidad humana de cada persona dependan de forma discrecional de la opinión de quienes conforman el Estado.

²⁹ Armin von Bogdandy. “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iusgenerativo extraordinario”, en *Transformaciones del Derecho Público: Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. 2020, pp. 103-105.

III. EL DERECHO AL MATRIMONIO IGUALITARIO: ¿CONSECRACIÓN DE UN NUEVO DERECHO O EL RECONOCIMIENTO SIN DISCRIMINACIÓN DEL MISMO PARA TODAS LAS PERSONAS?

Es bien sabido que, en gran parte de nuestra región, la protección de las personas de orientación sexual diversa se ve afectada por ciertos prejuicios, estigmas y principios que imperan no solo en la sociedad, sino también en la estructura de algunos Estados, lo cual impide el pleno goce y disfrute de los derechos de las personas LGBTI.

Al respecto, se ha identificado que las sociedades de América están dominadas por principios arraigados de heteronormatividad, cisonormatividad, jerarquía sexual y misoginia; ello, en conjunto con la intolerancia generalizada en contra de las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas, legitiman la violencia y la discriminación contra este grupo de personas, las cuales existen “*como consecuencia de contextos sociales, sociedades y Estados que no aceptan, y que de hecho, castigan las sexualidades y las identidades no normativas[...]*”³⁰.

No obstante, ello, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH, amparadas por la expresión “*cualquier otra condición social*” consagrada en dicha norma. Esto se traduce en que ninguna norma, práctica o decisión emitida por autoridades estatales, puede disminuir o restringir los derechos de una persona en razón de su orientación sexual³¹.

Lo anterior está íntimamente relacionado con la ya mencionada interpretación evolutiva, entendiéndose que, quienes redactaron y adoptaron la Convención, no presumían conocer y determinar de manera absoluta el alcance de los derechos allí consagrados, por lo que, la Corte y los Estados tienen el deber de descubrir y proteger de manera progresiva dichos alcances conforme al cambio de los tiempos³², teniendo siempre como norte la cláusula de no discriminación.

Esto cobra particular relevancia, cuando recordamos que la inobservancia a la prohibición de discriminación además de configurar la responsabilidad internacional del Estado representa una violación a una norma con carácter de *ius cogens*. En definitiva, al ser la noción de igualdad inseparable de la dignidad esencial de la persona, no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza, por lo que, el principio fundamental de igualdad y no discriminación, al permear todo el ordenamiento jurídico e ingresar al dominio del *ius cogens*, implica –entre otras cosas– que los Estados se abstengan de “*realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto*”³³.

Al respecto, para verificar si una diferencia de trato es arbitraria, corresponde analizar si la misma tiene o no una justificación objetiva y razonable; por lo que, cuando la distinción no

³⁰ CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. 12 noviembre 2015, párr. 48.

³¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 91.

³² Corte IDH. *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva 24/17* de 24 de noviembre de 2017, párr. 193.

³³ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79; *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva 24/17* de 24 de noviembre de 2017, párr. 61; *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 269.

persigue un fin legítimo e imperioso y una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido³⁴, se incurre en discriminación. En ese sentido, podemos observar que (i) la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene la finalidad de proteger de manera exclusiva la *concepción tradicional* de la familia –excluyendo incluso, solo teóricamente a parejas heterosexuales que no puedan o no deseen reproducirse–.

A través de ello, el Estado no solo está inmiscuyéndose en asuntos de la esfera privada de cada individuo, sino que también, (ii) lo hace de una forma desproporcionada, al lesionar los derechos de un grupo de personas en virtud de su orientación sexual, mediante la desprotección del vínculo familiar que existe entre parejas del mismo sexo, y los respectivos derechos que se originan a través de dicha unión. Por consiguiente, se trata de una diferencia de trato discriminatoria que lejos de perseguir un fin legítimo e imperioso, frustra el objeto de la Convención, desconociendo a su vez, el deber a cargo de los Estados de crear condiciones reales de igualdad frente a grupos que han sido históricamente discriminados³⁵.

No obstante, penosamente, algunos países de la región se niegan a reconocer el derecho al matrimonio para todas las personas, independientemente de su orientación sexual. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú, sostuvo que la CADH no establece de manera literal el derecho a contraer matrimonio de dos personas del mismo sexo y que como Estado, no se ven obligados por la emisión de una Opinión Consultiva que no solicitaron, arguyendo que:

La sociedad peruana es una comunidad autónoma de hombres y mujeres libres, que estructuran su interacción que las normas que ellos mismos acuerdan a través de sus representantes. Tales normas pueden ser acertadas o desacertadas, conducentes o inconducentes, apropiadas o inapropiadas; sin embargo, en cualquier caso, deben ser respetadas por quienes vivimos aquí³⁶.

Esta argumentación más que vaga es alarmante. Se basa en el desconocimiento de un derecho humano, motivado en que así lo decidieron determinados representantes, incluso obviando que esta visión excluye el ejercicio de derechos fundamentales de minorías con poca o nula representación política. Incluso, el Tribunal Constitucional sostiene que aun si se tratase de una norma desacertada o inapropiada, debe ser respetada. Es decir, incluso tratándose de una norma que deniega la dignidad humana, según este Tribunal, la misma debe acatarse, desconociendo abiertamente el deber garantizar la compatibilidad de las disposiciones de derecho interno con la CADH y las interpretaciones que realice la Corte IDH de la misma, en el marco de reconocer y promover plenamente los derechos humanos de todas las personas.

Lo anterior, además de configurar una violación al contenido del artículo 2 de la CADH y un desconocimiento claro al deber de aplicar un adecuado control de convencionalidad, es un atentado a los principios y normas que rigen las actuaciones del Estado, toda vez que, es bien sabido que estos no deben ni podrán “*invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*” y por lo tanto, están en la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que tienen a su cargo³⁷. Por lo tanto, la aplicación de normas que puedan ser “desacertadas”, “inapropiadas” o “inconducentes” de

³⁴ Corte IDH. *Caso Hendrix Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 7 de marzo de 2023, párr. 65; *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 231.

³⁵ Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 240.

³⁶ Tribunal Constitucional de Perú. *Sentencia 172/2022* del 5 de abril de 2022.

³⁷ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969, artículos 26 y 27.

manera automática, deben ser sometidas a un control de convencionalidad que exija la adecuación de las mismas a los parámetros convencionales previstos. Ello, además de ser una obligación consagrada en la Constitución peruana³⁸, es un deber internacional cuya inobservancia genera per se la responsabilidad internacional del Estado. Adicionalmente a ello, decisiones de esta naturaleza contrarían los principios *pro persona* y de progresividad, a través de los cuales, se exige la implementación de una interpretación gradual para lograr el pleno ejercicio y goce de un derecho, a través del reconocimiento más amplio de su alcance.

Con fines similares a los del Tribunal Constitucional peruano, pero mediante una motivación más extensa, la Corte Suprema de Panamá, insólitamente, estableció que:

no hay cabida para interpretaciones evolutivas o extensivas (so pretexto de suprimir supuestas transgresiones al principio de no discriminación establecido en el Pacto de San José), para atribuir ese derecho a parejas conformadas por personas del mismo sexo [...]

Y es que, reitera el Pleno, cualquier modificación o integración progresiva de nuevos derechos y libertades en tratado, debe materializarse con la anuencia de los Estados Partes y con la utilización de los mecanismos dispuestos para ello, todo en beneficio de la seguridad jurídica [...]

La regulación jurídica del matrimonio, como está actualmente definida a nivel constitucional y legal, es la unión estable entre un hombre y una mujer, es el fundamento legal de la familia y responde a un asunto de bienestar común [definido a pie de página por la sentencia como “bienestar común que está basado en la complementariedad sexual, que solo puede ocurrir entre un hombre y una mujer, y que hace posible la reproducción y, por ende, el surgimiento de la paternidad y la maternidad y el entorno propicio (ideal) para educar hijos”] y no de igualdad ante la Ley [...]

En conclusión; las normas que disponen que el matrimonio debe concretarse voluntariamente entre un hombre y una mujer, legalmente capaces para unirse, y hacer, y compartir, una vida en común, y las que, de manera concomitante prohíben que contraigan matrimonio entre sí, personas del mismo sexo [...] están objetiva y razonablemente justificadas en el interés general de dar prevalencia a aquellas uniones con el potencial de instaurar familias (en su concepción original), dar continuidad a la especie humana, y, por ende, a la sociedad; la diferencia de trato [...] viene sustentada en la finalidad inmanente del instituto matrimonial clásico y no en las propensiones sexuales de las personas a quienes se les reconoce (o no) el «derecho al matrimonio»³⁹. [Subrayados y resaltados añadidos].

En otras palabras, la Corte Suprema de Panamá sostuvo: hay personas de primera y segunda categoría; y las familias ideales solo pueden integrarse por un hombre y una mujer. De esta manera, mediante la utilización de un concepto jurídico indeterminado –bien común– definido imprecisamente como la reproducción mediante la complementariedad sexual entre un hombre y una mujer, se pretende establecer que el reconocimiento de un derecho sin discriminación es un asunto que *no atiende a la igualdad ante la ley*.

Reconocer el derecho al matrimonio igualitario no es consagrar un nuevo derecho que no se desprende de la Convención; por el contrario, es el reconocimiento sin discriminación –debido a categorías prohibidas como la orientación sexual– del alcance de un derecho ya consagrado en el artículo 17.2 de dicho instrumento. Así, negar la existencia y la necesidad de implementar la interpretación evolutiva y extensiva –además de ser un retroceso y una

³⁸ Constitución Política del Perú. Disposición final cuarta. Interpretación de los derechos fundamentales: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

³⁹ Corte Suprema de Panamá. *Sentencia identificada con la entrada No. 1042-16* del 16 de febrero de 2023.

inobservancia a los métodos de interpretación contenidos en el artículo 31 de la CVDT-, es una manifestación clara de la presencia de homofobia y discriminación dentro de las estructuras estatales que no se hace presente cuando otras disposiciones de la CADH han sido interpretadas mediante este método.

Por ejemplo, sin hacer un desvío hacia el desarrollo de la interpretación sistemática, literal y evolutiva que la Corte ha realizado para justificar cómo y porqué los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales son justiciables –que es un ejemplo con características fundamentalmente distintas al presente caso, basado en la extensión del alcance de un derecho ya consagrado, sin distinciones arbitrarias-, podemos mencionar, al menos, dos ejemplos más que nos permiten identificar cómo en otras ocasiones, la interpretación evolutiva ha permitido extender el alcance literal de derechos consagrados en la CADH. Así, (i) aunque la CADH no reconoce literalmente el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, la Corte, muy acertadamente ha establecido que:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal⁴⁰.

Por otro lado, (ii) muy lógicamente, la Corte ha interpretado que, aunque el artículo 6.1 de la CADH dispone que “*la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas*”, evidentemente, se trata de una prohibición de esclavitud que se extiende a cualquier persona, indicando que no existe duda respecto a que:

los conceptos de trata de esclavos y de mujeres han trascendido su sentido literal a modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las “personas” traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento. [...]

De lo anterior, la Corte Interamericana considera que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio *pro persona*⁴¹.

Estos ejemplos, en donde el alcance literal de un derecho se extiende a cualquier persona, incluso atendiendo sus necesidades y particularidades, han sido muy bien acogidos, en consonancia con los artículos 31 de la CVDT y 29 de la CADH. No obstante, el matrimonio igualitario, para algunos Estados, representa un punto de desencuentro fundado en la normalización de la discriminación histórica y sistemática hacia personas LGBTI, al punto de argumentar absurdamente que el desconocimiento de sus derechos no es un asunto de igualdad ante la ley, sino de bien común.

Estos graves desaciertos, en gran parte, se fundamentan en sostener que la figura del matrimonio tiene como fin la unión de un hombre y una mujer para conformar una familia en

⁴⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 48. En similar sentido: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, párrs. 124-131.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 octubre de 2016, párrs. 288 y 289.

su acepción tradicional a través de su reproducción. Sin embargo, la unión matrimonial también tiene como fin la consolidación de lazos de voluntad o convivencia para la conformación de una familia –la cual no tiene una definición rígida- y el mantenimiento de un proyecto de vida en el ejercicio del libre desenvolvimiento y desarrollo. Negarlo, implicaría también, desconocer el derecho a contraer matrimonio a aquellas parejas heterosexuales que no pueden o no desean tener hijos.

En definitiva, los derechos humanos son para todas las personas, es decir, debe procurarse su universalización a los fines de salvaguardar la dignidad humana de todo individuo. En ese sentido, tal y como lo señaló la Corte Constitucional de Ecuador, la consagración del matrimonio como un derecho exclusivo para parejas homosexuales es una limitación que impide el acceso a “*mejores condiciones de vida y mayor seguridad en la protección de la familia a través del matrimonio. Permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo amplía las posibilidades de autonomía individual y del libre desarrollo de la personalidad*”⁴²; no hacerlo, genera serias afectaciones a los mismos, además del derecho a la protección de la vida privada y familiar de las personas LGBTI, en relación con el principio de no discriminación.

IV. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN VENEZUELA, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DERECHO AL MATRIMONIO IGUALITARIO

Conforme al artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante “Constitución”), este es un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, entre cuyos valores regentes se encuentra la igualdad, la libertad y la justicia, así como la preeminencia de los derechos humanos. En el mismo sentido, también consagra de manera expresa el derecho de igualdad ante la ley, disponiendo que:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan [...]”⁴³.

De igual manera, en sus artículos 22 y 23, la Constitución reconoce, respectivamente, que (i) la enunciación de los derechos consagrados en ella y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos “*no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos*”, y que (ii) los tratados en esta materia que han sido ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno –es decir, se adhieren al bloque de la constitucionalidad-, siempre y cuando sus normas sean más favorables para el ejercicio y la protección de los derechos. Frente a este supuesto, estas disposiciones serían de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

No obstante, es bien sabido que, en Venezuela, existe una grave crisis de derechos humanos, la cual se relaciona a su vez con la ausencia y el quebrantamiento del Estado de Derecho. Esta crisis, abarca también la manifestación de distintas formas de discriminación y violencia estructural en contra de personas LGBTI, lo cual además de tener un carácter diferenciado, se enmarca en un contexto generalizado de “*discriminación por motivos de orien-*

⁴² Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia No. 11-18-CN/19* de 12 de junio de 2019.

⁴³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999, artículo 21.

*tación sexual e identidad de género real o percibida, la falta de cifras oficiales sobre las necesidades particulares de estas personas, así como por una legislación que no promueve sus derechos en condiciones de igualdad*⁴⁴.

Por ejemplo, aunque muy claramente la Constitución establece que nadie puede ser objeto de discriminación con fundamento en alguna condición social –entre ellas, la orientación sexual- y que el Estado está obligado a garantizar la efectividad de la igualdad ante la ley y su aplicación –ambas disposiciones que se reafirman a través de las remisiones a tratados internacionales por mandato directo de los artículos 22 y 23 de la misma-, la realidad es que, Venezuela se encuentra en un panorama oscuro, deshumanizante y retrógrado respecto al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en condiciones de igualdad.

Un reflejo de ello es que, no fue hasta marzo de 2023, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, finalmente declaró inconstitucional el único aparte del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, a través del cual se criminalizaba a todo militar que, en el marco de su derecho a la libertad y vida privada, realizara de manera consensuada actos de carácter sexual con otra persona de su mismo sexo. Este artículo, establecía que:

El oficial que cometa actos que lo afrenten o rebajen su dignidad o que permita tales actos, sin tratar de impedirlo por los medios autorizados por la ley, será penado con prisión de uno a tres años y separación de las Fuerzas Armadas.

La misma pena se aplicará a todo militar que cometa actos sexuales contra natura. [Subrayados añadidos].

La Sala sostuvo que la expresión “*actos sexuales contra natura*” contenida en dicha norma, no es compatible con el principio de taxatividad de la ley penal, de la previsibilidad y de la seguridad jurídica. No obstante, señaló a su vez, que es *particularmente complejo* distinguir en qué consistían dichos actos, refiriéndose a que dicha expresión también podría referirse también a aquellos actos sexuales entre personas heterosexuales que no estén destinados a la reproducción humana. Así, indicó que, aunque sí existe un vicio de inconstitucionalidad de la norma “*tampoco se sería preciso afirmar que la norma impugnada está dirigida a realizar discriminaciones fundadas en sexo*”⁴⁵. En ese sentido, se determinó que al ser una expresión indeterminada, podría generarse dudas en todos los destinatarios de la norma penal, incluyendo operadores de justicia, lo que eventualmente, podría infringir varios límites a la potestad punitiva.

Dicha sentencia, aseveró también que en Venezuela las personas no son penalizadas por su orientación sexual, y que, por el contrario, se ha sido “*especialmente proclive a velar por el estricto respeto a la igualdad y, por ende, por la garantía del derecho a la no discriminación*”⁴⁶. A su vez, sostuvo que dicha norma está en desuso. Y aunque ciertamente, no se tiene conocimiento sobre alguna sentencia que sancione a alguna persona heterosexual perteneciente a las fuerzas militares por haber mantenido actos sexuales sin la finalidad de reproducirse, en el año 2014, el Juzgado Militar Duodécimo de Control del estado Mérida sí procesó y condenó a un soldado por haber mantenido relaciones sexuales con otro hombre, lo cual, no solo es manifiestamente contradictorio a lo expresado en dicha sentencia, sino también inconstitucional e inconvencional.

De forma profundamente discriminatoria y deshumanizante, dicha sentencia citó que se debe catalogar “como indigna la conducta del militar “*que cometa actos sexuales contra natura*” y erigirla en delito en el aparte del Art 565 del Código de Justicia Militar. Serían,

⁴⁴ CIDH. *Informe Anual 2022*. Capítulo IV. B. OEA/Ser.L/V/II. 1 de abril de 2023, párr. 158.

⁴⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia No. 128* del 16 de marzo de 2023.

⁴⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia No. 128* del 16 de marzo de 2023.

pues, actos que rebajan la dignidad, los hechos de los homosexuales militares”; así, con fundamento en ello y en otras denigrantes consideraciones, dicho tribunal concluyó que:

La conducta asumida por el ciudadano SOLDADO JOSÉ ANDRÉS [...] se encuentra subsumida en este Tipo Penal, ya que quedo comprobado en la presente Investigación Penal Militar que los Actos Sexuales Contranatura, fueron consumados.

[...] Lo que significa que el ciudadano SOLDADO JOSÉ ANDRÉS [...] mantuvo relaciones sexuales con el ciudadano DOUGLAS ROBERTO [...] dentro de un vehículo color rojo, marca Fiat, modelo palio 1.8, placa desconocida, el cual se encontraba estacionado a veinte metro de la Posada el Solar, catalogando esta conducta como deshonrosa, calificado como un modo indecoroso de proceder de un militar, la manera indigna de regir su vida y sus acciones⁴⁷.

Judicialmente, a través de esta decisión, las autoridades venezolanas declararon como indigna las relaciones entre personas del mismo sexo; y, aunque en la práctica, la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar ha representado un paso importante para combatir la criminalización de las personas LGBTI – especialmente de aquellas que integren las fuerzas armadas-, despenalizar la homosexualidad y evitar la reproducción de este tipo de decisiones, siquiera el contenido de la referida sentencia reconoce que efectivamente, se trata de una disposición normativa que ha sido empleada para sancionar y procesar a militares en virtud de su orientación sexual. Por consiguiente, este no es más que un escaso y precario primer paso del amplio y necesario recorrido que el Estado venezolano se rehúsa a transitar, no solo para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino para actuar en apego a lo dispuesto en la Constitución.

Con estos penosos antecedentes judiciales y con la existencia de un contexto generalizado de violaciones a derechos humanos con efectos diferenciados en perjuicio de grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellos, las personas LGBTI, es evidente que en Venezuela no se reconoce el derecho al matrimonio igualitario. La Constitución protege de manera expresa al matrimonio “*entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges*”⁴⁸. Esta disposición pudiese llegar a ser interpretada de la misma forma en que la Corte IDH interpretó el artículo 17.2 de la Convención, concluyendo que no se trata de la única forma de matrimonio protegido, y que (i) frente a la ausencia de una prohibición expresa y (ii) con base al principio de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley, cualquier persona, indistintamente de su orientación sexual, puede contraer matrimonio.

Por su parte, de forma más restrictiva, el Código Civil venezolano en su artículo 44 dispone que el matrimonio “*no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer [...]*”. Esta norma condiciona la protección del vínculo familiar conforme al sexo de los contrayentes, generando así una diferenciación arbitraria, y por lo tanto, inconstitucional e inconveniente, toda vez que, como ha sido reiterado, la protección al vínculo existente entre una pareja o una familia debe ser garantizado, independientemente del sexo y la orientación sexual de los contrayentes. Lo contrario, configura una distinción que no está basada en verdaderas causas objetivas y razonables, que deniega la dignidad y los derechos en condiciones de igualdad de personas que forman parte de un grupo históricamente oprimido.

Lo anterior, además de violar el contenido de los artículos 1.1 y 24 de la Convención – cláusula de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley, respectivamente-, en rela-

⁴⁷ Juzgado Militar Duodécimo de Control con sede en Mérida. Sentencia CJPM-TM12C-047-2013 del 21 de enero de 2014.

⁴⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999, artículo 77.

ción con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y a la protección familiar; es violatorio de los artículos 21, 22 y 23 de la Constitución, toda vez que: (i) no se garantiza la igualdad ante la ley de manera real y efectiva, permitiendo la formulación de discriminación *de jure* fundada en la orientación sexual de determinadas personas; (ii) deja en una situación de desprotección al vínculo familiar de personas históricamente marginadas; y (iii) niega derechos inherentes a toda persona en virtud de su dignidad humana, que además, se han adherido al bloque de la constitucionalidad –por mandato expreso del artículo 23 de la Constitución– en virtud del alcance del artículo 17 de la CADH.

Aunado a todo ello, esta disposición (iv) tampoco se adecúa a las interpretaciones más amplias y garantistas que la Corte IDH ha realizado sobre el derecho al matrimonio, las cuales deben ser aplicadas no solo por ser favorables para el ejercicio y la protección de los derechos, sino también por vía del control de convencionalidad, lo cual es una obligación internacional del Estado –que prevalece incluso frente a la denuncia de la Convención, a todas luces inconstitucional⁴⁹–, entendiéndose que además, las disposiciones convencionales en materia de derechos humanos adheridas al bloque de constitucionalidad –como lo es la Convención– deben prevalecer en el orden interno, en virtud de ser más favorables y cónsonas con el principio *pro persona*.

La inconstitucionalidad del artículo 44 del Código Civil y el reconocimiento al matrimonio igualitario no han sido así declarados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Desde el año 2015, se ha estado a la espera de la sentencia que resuelva las demandas introducidas relativas al matrimonio igualitario y al respeto y reconocimiento de la identidad de género, las cuales, pese a haber sido admitidas, hasta la fecha no han sido resueltas⁵⁰. En ese sentido, puede señalarse un único precedente de la Sala Constitucional emitido en el año 2008, a través del cual interpretó el alcance del artículo 21 de la Constitución y su vinculación con el reconocimiento al matrimonio igualitario, concluyendo que:

si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano– la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido “núcleo esencial que da origen a la familia”– debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer [...] En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.

[...] Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador [...]

En consecuencia, la Sala declara que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribiera cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo. Asimismo, declara que ese precepto constitucional no colide con el artículo 77 *eiusdem* en lo que se refiere a la protección especial o reforzada que éste establece a favor de determinada categoría de uniones de hecho, pues lo que esta última norma recoge es una discriminación positiva, protección o mejora que impli-

⁴⁹ Ver: Carlos Ayala Corao. “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2013, pp. 43-79.

⁵⁰ Ver, por ejemplo: INFOBAE. *El régimen de Maduro anuló una norma que castigaba con cárcel las relaciones entre militares homosexuales*. 16 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.infobae.com/venezuela/2023/03/17/el-regimen-de-maduro-anulo-una-norma-que-castigaba-con-carcel-las-relaciones-entre-militares-homosexuales/>

ca una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, *per se*, una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas –de distinto o igual sexo- cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador. Así se declara⁵¹.

Esta decisión emitida hace más de una década que no prohíbe la legalización del matrimonio igualitario, pero que tampoco lo reconoce, establece la posibilidad de que la protección al vínculo que existe entre parejas del mismo sexo sean reguladas y protegidas mediante ley –lo que tampoco ha ocurrido, pese al proyecto de ley presentado en 2014 a tales fines-. De hecho, dicha decisión, pese a no reconocer y ampliar el alcance del derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, estableció que “*la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad*”⁵².

Esta sentencia, pese a sus deficiencias, puede representar un punto de partida para que el Estado venezolano finalmente garantice a las parejas del mismo sexo igualdad y paridad de derechos, respecto a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, dando cumplimiento a las cláusulas que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual contenidas tanto en la Constitución como en la CADH. Sin embargo, por el momento, el Estado venezolano ha desprotegido e incluso permitido la criminalización de personas LGBTI de manera sistemática, lo cual, sin duda alguna, compromete su responsabilidad internacional e intensifica un contexto de violencia y discriminación que ha sido propiciado incluso por las mismas autoridades venezolanas.

En el presente caso, no solo no se han adoptado las medidas necesarias para revertir situaciones discriminatorias existentes en perjuicio de personas LGBTI, sino que, el Estado venezolano tampoco ha sido debidamente diligente en la protección de los derechos de este colectivo, propiciando el mantenimiento de situaciones que favorecen la discriminación y violencia en su contra, sumando un elemento que requiere ser abordado con una perspectiva diferenciada en el marco de la compleja crisis de derechos humanos que aqueja al país.

CONCLUSIONES

Los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos de todas las personas, sin incurrir en distinciones de trato ilegítimas. No obstante, la falta de protección al vínculo existente entre las familias no tradicionales y parejas del mismo sexo –la cual se hace presente en algunos países de la región- constituye una distinción desproporcionada e irrazonable, además de una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de estas personas.

Cuestionar quiénes deberían tener cuáles derechos en virtud de su orientación sexual, nos remonta a discusiones arcaicas y superadas sobre quiénes deberían tener cuáles derechos en virtud de su sexo o color de piel. Justamente, por ello es fundamental recordar que los Estados deben abstenerse de generar cualquier situación que promueva alguna forma de discriminación, ya sea *de jure* o *de facto*; por lo tanto, están *obligados* a modificar su derecho interno cuando este no reconoce los derechos de las personas en condiciones de igualdad. El adecuado cumplimiento de esta obligación implica *necesariamente* comprender, valorar y contemplar la dimensión más garantista de un derecho, conforme al contenido y alcance de una norma convencional interpretada.

⁵¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia No. 190* del 28 de febrero de 2008.

⁵² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia No. 190* del 28 de febrero de 2008.

Por lo tanto, desconocer la importancia de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos, el principio *pro persona*, las normas consagradas en los artículos 26 y 27 de la CVDT, y las normas de interpretación contempladas en los artículos 29 de la CADH y 31 de la CVDT, en el marco del reconocimiento en condiciones de igualdad de los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad, nos aleja de la posibilidad de ser una región cohesionada y seriamente comprometida con la promoción y el respeto de los derechos humanos sin discriminación.

En ese sentido, ampliar el alcance de determinados derechos –como corresponde– de determinados derechos que exclusivamente han sido consagrados para determinadas personas en virtud de su orientación sexual, valorando la interpretación realizada por la Corte IDH en su Opinión Consultiva 24/17 a través del control de convencionalidad no es solo un deber a cargo de los Estados Parte, sino también, un elemento fundamental para la construcción de un *ius commune* en la región, que permita que las autoridades estatales participen de manera activa, corresponsable y comprometida en la efectiva garantía de los derechos humanos.

Ello, lejos de promover una homogeneización desproporcionada y ciega entre los Estados desconociendo sus características y particularidades, promueve la construcción de este *ius commune* apoyado en la debida aplicación del control de convencionalidad, de cara al establecimiento de un mínimo de protección de los derechos humanos que funja como una base sobre la cual los Estados, de manera particular, pueden continuar la “edificación”⁵³ interna de políticas, normas y prácticas que protejan estos derechos, cuyo núcleo intangible no puede vulnerarse siquiera por las decisiones u opiniones de las mayorías.

Precisamente, el núcleo esencial de cada derecho tiene como base la dignidad humana, la cual es anulada cuando los Estados se niegan a reconocer en condiciones de igualdad los derechos de determinadas personas en virtud de su identidad y orientación sexual, aun cuando ello implique (i) el desconocimiento abierto a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y (ii) la obstrucción a una base mínima que permita transformar situaciones estructurales de violencia y discriminación en la región. Frente a este escenario, debemos recordarles a los Estados que no están en la posición de decidir si conceden o no determinados derechos discrecionalmente, sino de reafirmarlos y protegerlos.

BIBLIOGRAFÍAS

Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

_____. “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2013.

Bogdandy, Armin von. “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iusgenerativo extraordinario”, en *Transformaciones del Derecho Público: Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. 2020.

⁵³ Mariela Morales Antoniazzi. “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2014, p. 299.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual 2022*. Capítulo IV. B. OEA/Ser.L/V/II. 1 de abril de 2023.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. 12 noviembre 2015, párr. 48.

Consejo Nacional de Justicia de Brasil. *Resolución No. 175* del 14 de mayo de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-659* del 28 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU214/16* del 28 de abril de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-146/21* del 20 de mayo de 2021

Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia No. 1 1 -18-CN/19* de 12 de junio de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hendrix Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 7 de marzo de 2023.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 octubre de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consultar en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016.

Corte Suprema de Panamá. *Sentencia identificada con la entrada No. 1042-16* del 16 de febrero de 2023.

INFOBAE. *El régimen de Maduro anuló una norma que castigaba con cárcel las relaciones entre militares homosexuales*. 16 de marzo de 2023.

Morales Antoniazzi, Mariela. “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2014.

República Argentina. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tribunal No. 15. *Decisión del 13 noviembre de 2009*, del Expediente No. 34292.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *caso de la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*. Sentencia del 9 de mayo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Voto No. 2018-012782* de 8 de agosto de 2018. Expediente No. 15-013971-0007-CO.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia No. 128* del 16 de marzo de 2023.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia No. 190* del 28 de febrero de 2008.

Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, *caso Anthony Gil Zorrilla*. Resolución de 13 de noviembre de 2003. No. 1920-2003.

Suprema Corte de Justicia Nacional de México. *Sentencia No. 581/2012* del 5 de diciembre de 2012.

Tribunal Constitucional de Perú. *Sentencia 172/2022* del 5 de abril de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Vallianatos y otros Vs. Grecia*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso X, Y y Z vs. Reino Unido*. Sentencia de 22 de abril de 1997.

Tribunal Supremo de Justicia. Juzgado Militar Duodécimo de Control con sede en Mérida. *Sentencia CJPM-TM12C-047-2013* del 21 de enero de 2014.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA CONFORMACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

Director de la Revista

Resumen: *Este comentario se refiere al tema de la designación de los jueces constitucionales a los efectos de garantizar su independencia y autonomía, con particular referencia al régimen en Venezuela y en la República Dominicana.*

Palabras Clave: *Tribunales Constitucionales; Nombramiento de Jueces; Autonomía Judicial*

Abstract: *This commentary refers to the issue of the appointment of constitutional judges for the purpose of guaranteeing their independence and autonomy, with particular reference to the regime in Venezuela and the Dominican Republic.*

Key words: *Constitutional Courts; Justice appointments; Judicial autonomy*

Uno de los principios fundamentalísimos de la justicia, y en particular de la Justicia constitucional, particularmente cuando se imparte por un Tribunal Constitucional, es que sus decisiones no tienen formas de revisión, son siempre imperativas y constituyen la última palabra en el derecho interno sobre la aplicación e interpretación de la Constitución.

Ese es el sentido, por ejemplo, del artículo 184 de la Constitución de la República Dominicana cuando establece que las decisiones que dictó el Tribunal Constitucional “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” [...] “son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.

Este principio de la Jurisdicción Constitucional, que es universal, es precisamente el que origina la pregunta de siempre, sobre quién custodia al custodio *¿Quis custodiet ipsos custodes?*, es decir quien controla al contralor de la Constitución. Y la respuesta universal es simplemente nadie, es decir, nadie puede controlar a un Tribunal Constitucional, y esa es la razón por la cual, sólo una integración sabia de sus miembros es lo que puede evitar que en determinados momentos se formule la pregunta y se clame por su respuesta.

Esa es la razón por la cual, por ejemplo, George Jellinek, uno de los grandes constitucionalistas del siglo pasado, decía que al final, la única garantía para que el guardián de la Constitución no tenga que ser controlado radica en su “conciencia moral,”¹ que solo puede derivar de su integración.

* Notas para la exposición en el Conversatorio virtual sobre “La nueva conformación del Tribunal Constitucional y los retos de la Justicia Constitucional,” Centro Hostos, Santo Domingo, República Dominicana, 30 de enero de 2024.

¹ Véase George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Alfred Holder, Wien 1885, citado por Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vincula-

Eso lo vio el siglo anterior, el primero de los constitucionalistas del mundo moderno, a comienzos del siglo XIX, Alexis de Tocqueville, al descubrir *La democracia en América*, y analizar la Constitución federal de los Estados Unidos y el poder de la Suprema Corte para ejercer la justicia constitucional en una forma nunca antes vista, y menos en Europa, donde privaba el principio del absolutismo parlamentario. De Tocqueville, en efecto, constató que en los Estados Unidos: - dijo-

“La paz, la prosperidad, y la existencia misma de la Unión están depositados en [la Suprema Corte de Justicia, es decir, en] manos de siete Jueces Federales. Sin ellos, la Constitución sería letra muerta.”

Agregando que para que esos jueces federales pudieran cumplir la labor que tenían asignada de garantizar la supremacía de la Constitución y la propia existencia del Estado, - dijo - tenían que ser no sólo:

“- buenos ciudadanos, y hombres con la información e integridad indispensables en todo magistrado,”

sino que además debían ser:

“- hombres de Estado, suficientemente sabios para percibir los signos de su tiempo, - sin miedo para afrontar obstáculos que puedan dominarse,” y “no lentos en poder apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza con barrerlos junto con la supremacía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes.”

Hizo De Tocqueville, además el siguiente contraste respecto de los otros titulares de los órganos del Estado y su control, -dijo-: “-El Presidente, quien ejerce poderes limitados, puede fallar sin causar gran daño en el Estado,” y - El Congreso puede errar sin que la Unión se destruya.”

Y en ambos casos, están sujetos al control del electorado, es decir, -dijo- del “cuerpo electoral en el cual se origina” [el cual] “puede provocar que se retracten en las decisiones cambiando sus miembros,” es decir, rechazándole el voto en una próxima elección.

Eso es lo que sucede con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, que en democracia tienen su control en la decisión del electorado, pero respecto del Poder Judicial, dijo De Tocqueville, la situación era distinta: - dijo -

“Si la Corte Suprema alguna vez está integrada por hombres imprudentes y malos, la Unión caería en la anarquía y la guerra civil.”²

Es decir, aplicadas estas reflexiones al mundo contemporáneo, significa que el mejor sistema de justicia constitucional que se pueda establecer, si está en manos de juez ímprobos, incompetentes o sometido al poder, se convierte en letra muerta para los ciudadanos y es un instrumento para el fraude a la Constitución.

das a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 196

² Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter VIII “The Federal Constitution,” (Trad. Henry Reeve, revisada y corregida en 1899), en [http://xroads.virginia.edu/~HYPER/ DE-TOC/1_ch08.htm](http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DE-TOC/1_ch08.htm) Véase igualmente la referencia en Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 46-48.

Por ello puede constatarse en el mundo del derecho constitucional comparado cómo, para garantizar la competencia, la autonomía e la independencia de la Justicia, se han probado y regulado todos los mecanismos imaginables tendientes a lograr una elección de los miembros o magistrados de los tribunales, de manera de neutralizar las influencias políticas no deseadas en una democracia.³

Para ello, las Constituciones no solo establecen requisitos precisos para ser Magistrados de los Tribunales Constitucionales, sino un procedimiento especial para designarlos.

En cuanto a los requisitos, por ejemplo, aparte de la nacionalidad y edad, en República Dominicana la Constitución exige que los magistrados sean “licenciados o doctores en Derecho,” con 12 años de experiencia profesional, es decir, que hayan “ejercido durante por lo menos doce años la profesión de abogado, la docencia universitaria del derecho o haber desempeñado, por igual tiempo, las funciones de juez dentro del Poder Judicial o de representante del Ministerio Público” (art. 153).

Otras Constituciones van más allá en cuanto a las condiciones para ser Magistrados, como la Constitución venezolana, en la cual se precisa que además de que los magistrados deben ser “ciudadano de reconocida honorabilidad” y “ser jurista de reconocida competencia, y gozar de buena reputación,” los mismos deben tener 15 años de experiencia profesional, en la siguiente forma:

- “haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o
- “haber sido profesor universitario en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular” (que es la más alta del escalafón académico); o
- “ser o haber sido juez superior en la especialidad correspondiente a la Sala” respectiva del Tribunal, “con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones” (art. 263).

En Venezuela, incluso la Constitución remite a la ley para otros requisitos y esta agregó para todos los casos “tener título universitario de especialización, maestría o doctorado en el área de ciencia jurídica” (art. 37.8)

En cuanto al procedimiento de designación, los mismos varían enormemente.

En la República Dominicana, en un sistema que es único en América Latina, la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional se asigna a un órgano del Estado compuesto por representantes de todos los poderes públicos como es el Consejo Nacional de la Magistratura,⁴ buscándose con ello neutralizar las influencias políticas que pudieran derivar de un Poder sobre otro.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “The Question of Legitimacy: How to choose the Supreme Court Judges”, en Ingolf Pernice, Julianne Kokott, Cheryl Saunders (eds), *The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective. 6th International ECLN Colloquium / IACL Round Table*, Berlín, 2-4 November 2005, European Constitutional Law Network Series, Vol. 6, Nomos, Berlín 2006, pp. 153-182; y Allan R. Brewer-Carías “La cuestión de legitimidad: cómo escoger los jueces de las Cortes Supremas. La doctrina europea y el contraste latinoamericano,” en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 125-161

⁴ El Consejo está integrado conforme a los artículos 178 y 179 de la Constitución por: “1) El Presidente de la República, quien lo presidirá y, en su ausencia, por el Vicepresidente de la República; 2) El Presidente del Senado; 3) Un senador o senadora escogido por el Senado que pertenezca al partido o bloque de partidos diferente al del Presidente del Senado y que ostente la representación

En otros países como Venezuela, la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (incluida su Sala Constitucional) se atribuye a la Asamblea Nacional, pero precisamente para neutralizar las influencias políticas, condicionada por una importante limitación, que es que conforme a la Constitución, la Asamblea solo puede elegir los magistrados del Tribunal Supremo entre los postulados por un Comité de Postulaciones Judiciales, creado como órgano asesor de la Asamblea integrado por “representantes de los diferentes sectores de la sociedad” (arts. 264, 270).

El objetivo fue *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional que antes tenía el antiguo Congreso para hacer tales nombramientos, estableciéndose para ello un mecanismo preciso de participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a sus representantes en dicho Comité de Postulaciones Judiciales, la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de candidatas a magistrados ante la Asamblea Nacional, no pudiendo formularse postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea podría designar otras personas distintas a las postuladas por el Comité de Postulaciones.

En un sistema supuestamente “participativo” como el que se regula en la Constitución de 1999, se trató de un mecanismo directamente regulado en la misma -no en la ley- el cual, por tanto, era de obligatorio cumplimiento.

A ello, se agrega el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que es que el Comité de Postulaciones, al recibirlas y “oír la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

Toda esta normativa constitucional, sin embargo, ha sido ignorada en Venezuela a partir de la semana siguiente de aprobada la Constitución mediante referendo, por la misma Asamblea Constituyente la cual antes incluso de la publicación de la nueva Constitución con todas estas excelsas previsiones, emitió un fraudulento régimen transitorio designando magistrados sin cumplir los requisitos constitucionales; y unos meses después, la nueva Asamblea Nacional, en 2000, dictó una Ley⁵, en la cual convirtió el Comité de Postulaciones Judiciales en una simple Comisión parlamentaria ampliada, integrada mayoritariamente por diputados - que por esencia no son miembros de la sociedad civil -, a la cual se incorporaron unos supuestos representantes de la misma.⁶

Ese esquema, nada participativo, le ha dado a la Asamblea Nacional, y a la mayoría oficialista que la ha controlado, el control del nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo, y así se ha regulado en absolutamente todas las reformas de la Ley Orgánica del Tri-

de la segunda mayoría; 4) El Presidente de la Cámara de Diputados; 5) Un diputado o diputada escogido por la Cámara de Diputados que pertenezca al partido o bloque de partidos diferente al del Presidente de la Cámara de Diputados y que ostente la representación de la segunda mayoría; 6) El Presidente de la Suprema Corte de Justicia; 7) Un magistrado o magistrada de la Suprema Corte de Justicia escogido por ella misma, quien fungirá de secretario; 8) El Procurador General de la República.”

⁵ Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano, *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-2000.

⁶ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

bunal Supremo de 2000, 2004,⁷ 2010 y 2022, provocando la demolición e independencia del Poder Judicial en Venezuela.⁸

Ello se entiende bien recordando el siguiente hecho insólito, que ha sido la pauta en los últimos 23 años, y que incluso destacó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe anual de 2004:

En 2004, en la víspera del nombramiento de Magistrados por la Asamblea Nacional, el entonces Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de escoger los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo, luego nombrado en 2007 como Ministro del Interior y de Justicia, declaró a la prensa lo siguiente:

“Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y su opinión fue tenida muy en cuenta.” [Y agregó]: “Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos.”⁹

Al citar esta declaración, la Comisión Interamericana indicó en su *Informe a la Asamblea General de la OEA* correspondiente a 2004 que:

“estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004.”¹⁰

Y, además, llevados a cabo durante los último veinte años. Ello es lo que explica que hace solo unos días, en este mes de enero de 2024, hayan sido designados Presidentes de las cinco Salas del Tribunal Supremo, magistrados que no cumplen con las condiciones constitucionales, y que haya sido designada Presidenta del Tribunal Supremo, una abogada, con solo dos años de práctica judicial como juez suplente, que nunca ha ejercido la profesión libre de la abogacía, que nunca ha sido profesora en ningún instituto de educación superior, habiendo solo ocupado cargos en la administración local, en particular en el municipio de la capital, como reconocida activista política del partido oficial.

Baste citar, sobre lo que ello significa, lo reportado por el diario El País de Madrid hace una semana:

“La semana pasada fue designada la nueva presidenta de la máxima instancia judicial de Venezuela Caryslia Rodríguez. La magistrada no solo es abiertamente militante del gobernante Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV); también fue concejal de esa formación [...]

⁷ Véase en Gaceta Oficial N° 37942 de 20-05-2004. Véase sobre dicha Ley, véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004

⁸ Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Caracas 2021.

⁹ Véase *El Nacional*, Caracas, 13 de diciembre de 2004.

¹⁰ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180. Contra dicha Ley se intentaron varias demandas de inconstitucionalidad, entre ellas una incoada por los Decanos de las Facultades de Derecho más reputadas del país, la cual, casi veinte años después sigue en espera de decisión. Los magistrados encargados de conocer de esta causa fueron recusados, por ser parte interesada. La recusación fue rechazada en decisión de la Sala Constitucional del 28 de abril de 2005, por considerar que la recusación sería de imposible ejecución y porque, además, *“hasta prueba en contrario, los Magistrados se presumen honorables, y tal honorabilidad no puede quedar en tela de juicio porque deban juzgar sobre la nulidad de una ley, que indirectamente pudiera afectarlos*

Además, preside la Sala Electoral que ordenó la suspensión de las primarias opositoras en las que resultó elegida Machado con el 92% de los votos, una semana después de haberse realizado. En su discurso de nombramiento, la nueva presidenta del TSJ instó a los magistrados a “lograr grandes victorias como lo requiere este momento tan estelar de la historia del país”.¹¹

Todo lo anterior indica que el tema de preservar la independencia y autonomía de los jueces y asegurar la designación de jueces probos, sabios y honorables en los Tribunales Constitucionales, no se resuelve con solo regulaciones constitucionales y legales, sino solo con la voluntad política de los dirigentes y partidos políticos de respetar el texto constitucional. De resto, como ha ocurrido en Venezuela, lo que tenemos es una Constitución de plastilina, que se manipula sin límites, y sin sanción alguna.

La consecuencia de ello ha sido la conversión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, diseñada para garantizar la supremacía de la Constitución, para asegurar la protección y el respeto de los derechos fundamentales y asegurar el funcionamiento del sistema democrático en un instrumento del autoritarismo, legitimando las acciones de las otras ramas del poder público contrarias a la Constitución, y en algunos casos, por propia iniciativa, en fieles servidores de quienes detentan el poder, configurándose lo que podría denominarse la “patología” de la justicia constitucional.¹²

En una situación como esa, sin duda, todas las ventajas de la justicia constitucional como garantía de la supremacía de la Constitución se desvanecen, y la justicia constitucional pasa a convertirse en el instrumento político más letal para la violación impune de la Constitución, la destrucción del Estado de derecho y el desmantelamiento de la democracia,¹³ como lamentablemente ha ocurrido en Venezuela, precisamente por la forma de conformación del Tribunal Supremo de Justicia. Se trata, por tanto, de un ejemplo de cómo no debe ocurrir.

¹¹ Véase el reportaje de Florantonia Singer, “El chavismo afronta el dilema de permitir la candidatura de la opositora María Corina Machado,” *El País*, 22 de enero de 2024, disponible en: <https://elpais.com/america/2024-01-23/el-chavismo-afronta-el-dilema-de-permitir-la-candidatura-de-la-opositora-maria-corina-machado.html>

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La patología de la justicia constitucional*, 3ª edición aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

¹³ Véase, por ejemplo, también sobre el caso de Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, “La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009),” en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517.

ES INCONSTITUCIONAL CONDICIONAR SERVICIOS Y PAGOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES AL PAGO DEL ASEO URBANO*

Laura Louza Scognamiglio**

Directora y fundadora de la ONG Acceso a la justicia

Resumen: *La sentencia analizada supone un espaldarazo para la decisión de las autoridades de Baruta y da por válido lo dispuesto en la Ordenanza del Municipio Baruta en el sentido de condicionar el otorgamiento de permisos, licencias, reclamos o pagos de impuestos al hecho de estar solvente con el pago del aseo urbano, a pesar de que esa ordenanza viola la propia Constitución y, además, el Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal de 2020, así como la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios.*

Palabras Clave: *Armonización tributaria, aseo urbano, tributos, servicio público, impuestos, Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios.*

Abstract: *The analyzed ruling constitutes an endorsement of the decision by the Baruta authorities and validates the provisions of the Baruta Municipality Ordinance, which conditions the granting of permits, licenses, claims, or tax payments on being up to date with urban sanitation fees. This is despite the fact that the ordinance violates the Constitution, as well as the 2020 National Agreement on Municipal Tax Harmonization and the Organic Law on Coordination and Harmonization of the Taxing Powers of States and Municipalities.*

Key words: *Tax harmonization, urban sanitation, taxes, public service, levies, Organic Law on the Coordination and Harmonization of the Taxing Powers of States and Municipalities.*

El cambio climático y las medidas para mitigarlo han puesto a los desechos producidos por el ser humano en un lugar central en el debate público. En Venezuela la basura también ocupará a partir de ahora un sitio más relevante en la lista de preocupaciones de los empresarios, comerciantes y ciudadanos de a pie, pero no porque el país esté avanzando en la construcción de una agenda ecológica, sino porque el impago del servicio de aseo urbano puede afectar de manera importante sus derechos y traerles costos adicionales a los del mero servicio.

El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) consideró constitucional en un caso anterior a la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y

* <https://accesoalajusticia.org/inconstitucional-condicionar-servicios-y-pagos-impuestos-municipales-pago-aseo-urbano/>

** Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pantheon-Assas (París II); Magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; Fundadora y directora ejecutiva de la ONG venezolana Acceso a la Justicia, <https://accesoalajusticia.org/>

Municipios (publicada en Gaceta Oficial n° 6.755 extraordinario del 10 de agosto de 2023) que los municipios adopten las medidas necesarias para conseguir que la obligación de pago del aseo urbano sea cumplida. Esto incluye el condicionamiento del otorgamiento de permisos y licencias, así como el pago de los impuestos con posibilidad de bloqueos de páginas web para impedir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, si no se ha procedido previamente al pago del servicio de aseo urbano.

La decisión la adoptó la Sala Político Administrativa del máximo juzgado en su sentencia n° 209 del 2 de mayo de 2024¹, en la cual declaró sin lugar la apelación que una empresa (Surnet Telecom, C.A.) interpuso en febrero de 2023 contra una resolución del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de Caracas.

«Todos nos encontramos frente a la obligación de colaborar con la higiene, la salud y la vida, a través del pago de servicio de aseo urbano, así como coadyuvar al gasto público a través del pago de los impuestos», se lee en la decisión redactada por el presidente de la Sala, Malaquías Gil Rodríguez, mediante la cual avaló la decisión del juzgado superior de desestimar la acción que la empresa presentó contra una resolución que el Servicio Autónomo Municipal de Administración Tributaria (Semat) emitió en 2020.

El organismo tributario baruteño le impuso una multa de 500.000 unidades tributarias y ordenó la clausura temporal de la empresa accionante por «incumplimiento de deberes formales referidos a la omisión de presentación de las declaraciones juradas de ingresos brutos correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo del año 2020».

LOS DOS O NADA

Tras respaldar el criterio del juzgado superior, según el cual permitirles a los ciudadanos que incumplan sus obligaciones tributarias generaría «gravísimas consecuencias (...) sobre el funcionamiento de los servicios públicos y sobre los derechos constitucionales, individuales y colectivos, a la salud y al medio ambiente», la Sala desechó todos los argumentos esgrimidos por la empresa sancionada.

Los accionantes sostuvieron que intentaron cancelar los impuestos municipales pero que no pudieron hacerlo porque, al no estar al día con el pago del aseo urbano, se les impidió el acceso al portal electrónico del Semat, por lo tanto, rechazaron que hubieran incurrido en algún incumplimiento tributario de manera intencionada. También explicaron que no habían pagado el aseo urbano por haber recurrido contra esa facturación al no haber recibido el servicio por causa de la pandemia de COVID-19, ya que en 2020 el país estuvo sometido a varios confinamientos para frenar la pandemia y el servicio fue interrumpido.

Sin embargo, la Sala no se pronunció al respecto, es decir ni en cuanto a la ausencia de respuesta sobre el recurso que intentó la empresa al no recibir el servicio de aseo urbano, ni en relación con el consecuente bloqueo de la página web para el pago de los impuestos municipales, ni menos aún sobre la verdadera causa de la multa en su contra, aunque es la razón de ser de la demanda presentada ante el TSJ.

En este sentido, la Sala Político Administrativa señaló en su sentencia:

«El Municipio Baruta, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, puede ejercer las acciones administrativas y judiciales para lograr que se cobre lo adeudado, se mantenga la regularidad y eficacia de tal servicio. De ahí que la actuación de la administración municipal se ciñó de manera estricta a la normativa vigente, con la finalidad de lograr el cumplimiento por parte de la actora de su obligación de pagar el servicio de aseo urbano».

¹ <https://accesoaljusticia.org/la-spa-ratifica-legalidad-del-cobro-del-aseo-urbano-por-las-alcaldias/>

Al respecto, debe aclararse que la administración municipal sujetó su actuación a lo dispuesto en la Ordenanza de Tarifas (Tasas) correspondientes al Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Baruta, publicada en la Gaceta Municipal extraordinaria n° 288-08/2018, del 17 de agosto de 2018, en cuyo artículo 23 se establece lo siguiente:

«Se deberá exigir la solvencia en el pago de los servicios de aseo urbano y domiciliario a todas aquellas personas naturales o jurídicas que soliciten la concesión de una licencia de actividades económicas o que deseen renovarla. Asimismo, se deberá exigir dicha solvencia para la emisión de cualquier otra autorización o acto administrativo de competencia municipal, salvo en los casos en que específicamente esto no sea posible, atendiendo a la naturaleza de la actuación que debe ser evacuada».

No obstante, llama la atención que la Sala no haya declarado la inconstitucionalidad del artículo 23 de esta ordenanza, ya que se trata de una norma contraria al principio *non bis in idem* y al derecho a acceder a los órganos de la administración pública, así como a la buena gestión administrativa.

En cuanto a la violación del principio *non bis in idem*, se verifica porque se pretende aplicar más de una sanción por un mismo incumplimiento. En este sentido, debe aclararse que el incumplimiento de las obligaciones de los usuarios del servicio de aseo urbano compromete su responsabilidad por la deuda insoluble y los somete al pago de los intereses correspondientes, sin que se les pueda expedir una solvencia por ese servicio, por lo que ya existe una consecuencia jurídica sancionatoria por esa situación. Por ello, agravar la situación del deudor con otras medidas administrativas, como limitar el acceso a trámites administrativos o impedir la declaración y pago de sus obligaciones tributarias, obstaculizar la obtención de solvencias relacionadas con el pago de sus tributos u otros conceptos distintos al correspondiente aseo urbano, implicaría imponer sanciones adicionales.

Asimismo, se viola el derecho a acceder a los órganos de la administración pública, realizar peticiones y cumplir los trámites correspondientes ante las instancias municipales cuando se condiciona el ingreso al portal para la solvencia en el pago de las tasas de aseo urbano, así como se vulnera el derecho a la oportuna respuesta de la administración pública municipal a las solicitudes y reclamos de las personas, al sujetarlas al pago previo del servicio de aseo urbano.

Como consecuencia de lo anterior, se viola también el derecho a la buena gestión administrativa, porque en lugar de actuar al servicio del ciudadano, como lo establece el artículo 141 de la Constitución, se establece una suerte de extorsión, presionando mediante la amenaza de no poder cumplir otros trámites administrativos hasta tanto la persona no se encuentre solvente con el servicio de aseo urbano.

Lo más grave de la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa en el caso que se analiza es que ella misma reconoce que «la tarifa correspondiente al servicio de aseo urbano no tiene carácter tributario cuando lo presta un concesionario», y, aun así, al aceptar la validez, entre otros, del artículo 23 de la ordenanza del municipio Baruta antes transcrito, parece considerar válido el bloqueo de páginas web para pagar impuestos municipales si no se ha pagado el aseo urbano.

De esta forma, al establecer la Sala que «la multa impuesta a través del acto administrativo impugnado en el presente juicio sí ostenta naturaleza tributaria» y considerar que es válida al no haberse pagado el impuesto, lo que como ya se ha explicado le fue imposible a la empresa por el bloqueo de la página de la administración tributaria, el TSJ vulnera no solo los derechos antes mencionados, sino además su acceso a la justicia (artículo 26 de la Constitución).

En efecto, al haber un recurso pendiente por parte de la empresa en contra de la facturación del aseo urbano, la Sala debió reconocer la inconstitucionalidad de la medida de la administración tributaria municipal, pues nunca debió bloquear el acceso a la página por no haber

pagado el servicio y menos aún al haber un recurso pendiente por resolver sobre ese asunto; en cambio, la Sala remató su sentencia diciendo que «las sanciones impuestas a la contribuyente son una consecuencia jurídica del incumplimiento de sus obligaciones tributarias».

VIVITA Y COLEANDO

El máximo juzgado también rechazó el argumento de la denunciante de que la normativa municipal que le fue aplicada violaba una decisión de la Sala Constitucional. En 2020 la intérprete de la carta magna, en su sentencia n.º 78², suspendió las regulaciones aprobadas por los municipios que creaban impuestos y que establecían divisas extranjeras como base de su cálculo. En dicha decisión también se ordenaba que las alcaldías pactaran estas cargas impositivas con el Gobierno nacional, algo que dio origen al Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal³ en 2020, y en 2023 a la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios.

El máximo juzgado replicó lo siguiente:

«La resolución de multa número 00164, fue emitida el 30 de junio de 2020 y notificada el 3 de julio de ese mismo año, es decir, antes de que se produjera la suspensión declarada y levantada por la Sala Constitucional y antes de que entrara en vigencia la regulación relativa a la coordinación y armonización tributaria»

En cualquier caso, la norma que se invocó como fundamento de la resolución debió ser declarada inconstitucional y actualmente debe entenderse derogada por la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios. Esperemos que así lo entiendan las autoridades municipales y no encuentren en esta sentencia un aval de sus ilegítimas medidas de coacción contra los morosos en el pago del servicio.

La recolección de desechos es un servicio público que la administración municipal debe garantizar y puede gestionar de manera indirecta a través de un concesionario, cuyo derecho a cobro por el servicio que presta no se cuestiona, en la medida en que no está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico con carácter gratuito; sin embargo, es inconstitucional e incluso ilegal (contraviene la ley antes mencionada) que el municipio condicione incluso la declaración y pago de los tributos municipales al pago de aquel servicio.

REFLEXIONES FINALES

La sentencia analizada supone un espaldarazo para la decisión de las autoridades de Baruta y da por válido lo dispuesto en la Ordenanza del Municipio Baruta en el sentido de condicionar el otorgamiento de permisos, licencias, reclamos o pagos de impuestos al hecho de estar solvente con el pago del aseo urbano, a pesar de que esa ordenanza viola la propia Constitución y, además, el Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal de 2020, así como la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios.

La justificación del TSJ para aceptar esta situación y dar por válida la multa impuesta contra la empresa demandante es que esos instrumentos no estaban vigentes cuando le fue aplicada a esta última, sin embargo, la Constitución sí lo estaba y las normas que condicionen el acceso a servicios o permisos del municipio al pago o que bloqueen la página web para el usuario cuando no ha pagado, atentan contra el derecho de acceso a la justicia y a la buena administración.

² <https://accesoalajusticia.org/suspension-temporal-de-la-aplicacion-de-normas-tributarias-dictadas-por-municipios-y-estados/>

³ <https://accesoalajusticia.org/el-acuerdo-de-armonizacion-tributaria-municipal-formaliza-el-golpe-contra-la-descentralizacion/>

DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

Director de la Revista

Resumen: *Este estudio analiza la relación entre democracia y Estado de derecho, con particular referencia a sus elementos esenciales: la existencia de una Constitución; la democracia representativa; separación de poderes; el principio de legalidad; la declaración de derechos y el control judicial.*

Palabras Clave: *Democracia; Constitución; Separación de poderes; Legalidad; Declaración de derechos; Control judicial.*

Abstract: *This study analyzes the relationship between democracy and the rule of law, with particular reference to its essential elements: the existence of a Constitution; Representative Democracy; Separation of Powers; Principle of Legality; Bill of Rights and Judicial Control.*

Key words: *Constitution; Representative Democracy; Separation of Powers; Legality; Bill of Rights; Judicial Control.*

Debo comenzar agradeciendo la honrosa invitación que me han hecho tanto la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires, como en especial, la Dra. María Sofía Sagües, para participar en estas importantes Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional en Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües, mi querido amigo de tantos años y pionero de tantos temas en el campo del Derecho Constitucional latinoamericano. Es un honor, además, compartir este Panel con mi también querido amigo de tantos años, el profesor José Antonio Rivera Santibañez.

Hablar de Democracia, sin duda, es hablar de Estado de derecho (*état de droit*, *Rechtsstaat*; *stato di diritto*, *rule of law*) como sistema de organización política de la sociedad contemporánea en el mundo occidental, caracterizado por tener siempre una Constitución, que como pacto político debe haber sido adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; en el cual sus representantes son electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, y gobiernan y ejercen el poder público sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes (imperio de la ley), en un marco en el cual la primacía de la dignidad humana está garantizada, y los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos, y en el cual los ciudadanos pueden exigir el control judicial de todos los actos del Estado.

Ese modelo del Estado de derecho que incluso está formalmente definido en la mayoría de las Constituciones de los países occidentales sancionadas durante el siglo XX, al tener sus raíces en los principios del constitucionalismo moderno que surgieron de la Revolución de independencia de los Estados Unidos de América (1776), de la Revolución Francesa (1789),

* Texto de base para la exposición en las Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Néstor Pedro Sagües, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, vía zoom, 25 de noviembre de 2023.

y de la Revolución Hispanoamérica (1810),¹ mediante las cuales se puso fin al concepto de Estado Absoluto; implica mucho más que un Estado sujeto al “principio de legalidad” o el “imperio de la ley,”² pues en el mismo concurrentemente debe existir: *primero*, una Constitución, como norma suprema, a la que los órganos del Estado están ineludiblemente sujetos; *segundo*, un sistema de gobierno democrático representativo elegido por el pueblo, como soberano; *tercero*, un sistema de limitación del poder del Estado mediante la distribución, separación o división del mismo, mediante el cual se controla el ejercicio de poder público como garantía de las libertades públicas; *cuarto*, el principio de legalidad, o la sumisión de todos los órganos del Estado a la ley; *quinto*, la declaración de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos consagrada en la Constitución que todos los órganos del Estado deben hacer cumplir y garantizar; y *sexto*, un sistema de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado ejercidos por tribunales autónomos e independientes.³

A esos principios son a los cuales me quiero referir brevemente esta tarde.

I. EL PRINCIPIO DE LA CONSTITUCIÓN COMO LEY SUPREMA

El primer principio que condiciona la existencia del Estado de derecho está la idea de la existencia de una Constitución como una carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos. Hasta finales del siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX, esta idea de Constitución no existía, y las Constituciones, a lo sumo, eran cartas otorgadas por los Monarcas a sus súbditos, porque el Monarca era el soberano. Solo cuando el pueblo comenzó a ser el soberano, cambió el sentido de las constituciones.

En esa forma, la primera Constitución del mundo moderno producto de la soberanía popular, fue la de los Estados Unidos de América de 1787, seguida de la de Francia de 1791. La tercera Constitución moderna, republicana, se adoptó en la América hispana, en Venezuela en 1811. La Constitución de Haití de 1804, en realidad fue una de carácter imperial, y posteriormente, en 1812, se dictó la Constitución de la Monarquía española.

La idea de la Constitución como norma suprema, por lo demás, ha conllevado siempre el desarrollo de otros principios que son también inherentes al mismo: por una parte, el establecimiento de un sistema jerárquico de los normas que conforman el ordenamiento jurídico ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez, establecidos normalmente en rela-

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías, de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992. Una segunda edición ampliada fue publicada con el título: *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Serie de Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.

² Hace algunas décadas, la Comisión Internacional de Juristas tradujo “Estado de derecho” al español como “El imperio de la ley” (véase el Informe “*El Imperio de la ley en la Sociedades Libres*”, disponible en: [Rule-of-Law-in-free-society-conference-report-1959.pdf](#) (icj2.wpenginepowered.com)); y en francés como “Le Principe de la légalité” (Ver el Informe *Le principe de la légalité dans une société libre*”, 1959; disponible en: [Rule-of-law-in-a-free-society-conference-report-1959-fra.pdf](#) (icj2.wpenginepowered.com))

³ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de Derecho*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, Editorial Jurídica Venezolana International, Miami 2016.

ción con la ley suprema, que es la Constitución; y por otra, el de la primacía de la legislación que regula todas las actividades del Estado, tanto la ejecutiva como la judicial, entendiéndose en este contexto por legislación, básicamente, la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas o parlamento.

En el esquema del Estado absoluto, en cambio, no había Constitución en el sentido contemporáneo del término, que regulara y limitara la actividad del Soberano.

II. LA SOBERANÍA POPULAR Y LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA

El segundo principio del Estado de derecho emanado de las dos revoluciones del siglo XVIII derivó de la idea política del nuevo papel que a partir de ese momento asumió el pueblo como soberano en el proceso de constitucionalización de la organización del Estado. Con esas Revoluciones, como se dijo, las constituciones comenzaron a ser producto de la soberanía popular, y dejaron de ser una mera emanación de un Monarca. Y así fue que, en los Estados Unidos de América, las Asambleas coloniales asumieron la soberanía, y dictaron sus Constituciones a partir de 1776, y en Francia, la soberanía se trasladó del Monarca al pueblo y a la Nación; y a través de la idea de la soberanía del pueblo, surgieron todas las bases de la democracia y el republicanismo que también constituyeron otro de los grandes aportes de dichas Revoluciones.

Igualmente, en la América hispana, en Venezuela, la Junta Suprema constituida a partir del 19 de abril de 1810, entre los primeros actos constitucionales que adoptó siguiendo los pasos adoptados ese mismo año en España para la elección de los diputados a Cortes, fue la convocatoria a elecciones de diputados para un Congreso General con diputados representantes de las Provincias que conformaban la antigua Capitanía General de Venezuela. Esos diputados fueron los que, en representación del pueblo, el 21 de diciembre de 1811 sancionaron la Constitución Federal de los Estados de Venezuela, luego de haber declarado solemnemente la independencia el 5 de julio, y antes, los Derechos del Pueblo el 1 de julio del mismo año.

Debe mencionarse, por tanto, que, del principio de la representatividad del gobierno, particularmente en su concepción norteamericana y francesa, resultaron, además de la concepción de la democracia como régimen político, los sistemas de gobierno democráticos que dominan el mundo moderno, basada en la elección popular de los representantes por parte del pueblo soberano mediante el sufragio; y que ha dado origen a los sistemas de gobierno presidencial y parlamentario. El primero, el presidencialismo, producto de la Revolución Americana; y el segundo, el parlamentarismo, como sistema de gobierno que dominó en Europa después de la Revolución Francesa, y que se aplicó incluso en las Monarquías parlamentarias. Con ellos, la democracia representativa comenzó a formar así parte de las raíces del Estado de derecho.

En la América hispana, el presidencialismo como forma de gobierno se instauró por primera vez en Venezuela, a partir de 1811, inicialmente como un ejecutivo triunfante, y luego, a partir de 1819, unipersonal; sistema de gobierno que luego se siguió en todos los países latinoamericanos.

III. LA LIMITACIÓN DEL PODER PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PODERES

El tercero de los principios del Estado de derecho deriva de la idea de la limitación al Poder Público para garantizar la libertad de los ciudadanos, conforme a la cual las Revoluciones Francesa y Americana aportaron al constitucionalismo moderno la idea fundamental de la separación de poderes como garantía de libertad.

El principio se formuló, en primer lugar, con ocasión de la Revolución Americana en las Constituciones de las Colonias independientes a partir de 1776, y posteriormente en la estruc-

tura constitucional diseñada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que se montó íntegramente sobre la base de la separación orgánica de poderes. El principio, por supuesto, se recogió aún con mayor fuerza en el sistema constitucional que resultó del proceso revolucionario francés, no sólo en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sino en las Constituciones a partir de 1791, donde se le agregaron como elementos adicionales, el principio de la supremacía del Legislador resultado de la consideración de la ley como expresión de la voluntad general; y el de la prohibición a los jueces de interferir en cualquier forma en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas.

En el mundo hispanoamericano, la Constitución Federal venezolana de diciembre de 1811, fue también el tercer texto constitucional del mundo moderno, en establecer expresa y precisamente el principio de la separación de poderes, aun cuando más dentro de la línea del balance norteamericano que de la concepción extrema francesa.

De este principio constitucional del Estado de derecho, deriva el otro principio fundamental de que el Poder Público es y tiene que estar limitado; lo que tiene que estar garantizado por una parte, por un sistema de separación, división o distribución horizontal del mismo, al menos entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para garantizar las libertades y tratar de evitar posibles abusos de una rama del poder en relación a otro; por la otra, dentro de ello, por la consagración de la autonomía necesaria del Poder Judicial, incluso para controlar la sujeción de todos los órganos del Estado a la Constitución y ley; y por último, por el establecimiento de un sistema de distribución territorial del poder que es el que origina la descentralización política.

Todo ello contrasta con el esquema del Estado absoluto, en el cual el Monarca acumulaba todos los poderes: era el legislador, el gobernante, el administrador y era quien impartía justicia. Nada ni nadie controlaba al Soberano, ni sus poderes eran limitados, ni podían limitarse. El Monarca por ello no podía errar (*The King can do no wrong; Le roi ne peut mal faire*).

En el Estado de derecho en cambio, en el marco de la separación de poderes, predomina el principio del control entre los poderes.

Debe indicarse, además, que, en el marco de la distribución de poderes como garantía de libertad, de los dos acontecimientos revolucionarios mencionados del siglo XVIII, puede decirse que también surgió una nueva organización territorial del Estado, antes desconocida. Así, frente a las Monarquías Absolutas organizadas con base en el centralismo, esas revoluciones dieron origen a nuevas formas de organización territorial que originaron, por una parte, el federalismo, particularmente derivado de la Revolución norteamericana con sus bases esenciales de gobierno local; y por la otra, el municipalismo, originado particularmente de la Revolución francesa.

En la América hispana, fue en la Constitución Federal Venezuela de 1811, donde por primera vez en la historia del mundo moderno se adoptó la forma federal en la organización del Estado conforme a la concepción norteamericana; y a la vez, fue el primer país del mundo, luego de las Revoluciones, en haber adoptado en 1812 la organización territorial municipal que legó la Revolución francesa.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El cuarto principio del Estado de derecho, que derivó del principio de la existencia de una Constitución, como ley suprema, y del sometimiento de todos los órganos del Estado a la misma y a lo dispuesto en la ley, entendida ésta no sólo como un específico acto formal emanado del cuerpo representativo, sino englobando a todas las otras fuentes de ordenamiento jurídico. Esto implica, por consiguiente, que todos los órganos del Estado están sujetos a las

leyes dictadas por sus propios órganos, y particularmente, las emanadas del órgano legislativo; y que, por tanto, todos los actos de los órganos del Estado están sometidos a control por órganos jurisdiccionales o judiciales independientes, con poder incluso para anular aquellos actos contrarios a la Constitución y a las leyes.

V. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En quinto lugar, de los dos acontecimientos políticos de finales del siglo XVIII resultó el principio del Estado de derecho consistente en el reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional, y por tanto, que debían ser respetados por el Estado. La libertad se constituyó, en esos derechos, como un freno al Estado y a sus poderes, produciéndose así el fin del Estado absoluto e irresponsable.

Por ello, las Constituciones de las Colonias norteamericanas al independizarse en 1776, estuvieron todas precedidas de amplias Declaraciones de Derechos, a las que siguieron primero, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, y el *Bill of Rights* contenido en las primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos del mismo año.

La tercera de las declaraciones de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno se adoptó igualmente en la América hispana, y fue la “Declaración de Derechos del Pueblo” sancionada el 1º de julio de 1811 por el Congreso General de Venezuela, texto que meses después se recogió, ampliado, en el Capítulo VIII de la Constitución Federal de diciembre de 1811.

Este reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales es por tanto otro de los principios que identifica globalmente al Estado de Derecho, como una garantía formal contenida en los textos constitucionales, los cuales aseguran tanto su disfrute efectivo como los diversos medios de control judicial y político para garantizarlo.

En cambio, en el esquema del Estado absoluto, los ciudadanos no tenían derechos; sólo tenían deberes y entre ellos, el de sujeción al Monarca. Por ello, la idea misma de los derechos fundamentales constitucionalmente declarados, como se dijo, producto de las Revoluciones Americana y Francesa, es otra de las características del Estado de Derecho.

VI. EL ROL DEL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL ESTADO

Como consecuencia del principio del control del poder derivado de la separación de poderes, se afianzó el sexto principio del Estado de derecho consistente en la independencia del Poder Judicial, con lo cual la justicia dejaría de administrarla el Monarca y comenzaría a ser impartida por funcionarios independientes, en nombre de la Nación; al cual se atribuyó el ejercicio del control sobre las actuaciones del Ejecutivo y del legislador.

Ese control judicial, en efecto, si bien se desarrolló inicialmente en relación con los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública, cuyos órganos deben actuar de conformidad con la ley, se extendió progresivamente respecto de todos los actos estatales. Por ello el control del poder también se implementó en relación con los actos del propio órgano legislativo y del gobierno, mediante la adopción de sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como una protección contra el despotismo del Legislador y del gobierno.

Por otra parte, para controlar judicialmente la actividad de la Administración surgieron tribunales especializados integrados en la denominada jurisdicción contencioso-administrativa; y para ejercer el control de constitucionalidad del legislador y del gobierno surgió la jurisdicción constitucional, conformada por Tribunales Constitucionales o por las propias Cortes Supremas.

Ello en contraste con el esquema del Estado absoluto, conforme al cual el Monarca era Soberano e infalible, por lo que al nunca poder equivocarse ni causar mal, sus actos no estaban sometidos a control alguno. La ley que lo regía era su propia voluntad, por lo que no podía haber un cuerpo normativo superior que lo limitara, y conforme al cual pudieran controlarse sus decisiones.

Por ello, al contrario, en el marco del Estado de derecho los jueces asumieron una función que es fundamental en el constitucionalismo moderno, que es la del control de la constitucionalidad de las leyes; es decir, la idea de que la Constitución, como norma suprema, tiene que tener algún control, como garantía de su supremacía, y ese control se atribuyó al Poder Judicial. De allí, incluso, el papel político que en los Estados Unidos de Norteamérica adquirió la Corte Suprema de Justicia.

En Francia, sin embargo, dada la desconfianza revolucionaria respecto de los jueces (*Parlements*), frente a la separación absoluta de poderes, sólo sería cien años después cuando se originaría la consolidación de la justicia administrativa, a cargo del Consejo de Estado, que aun cuando separada del Poder Judicial, comenzaría a controlar a la Administración; y casi doscientos años después cuando se comenzaría a consolidar el control de constitucionalidad de las leyes a cargo del Consejo Constitucional.

En la América hispana, fue en Venezuela, en la Constitución Federal de 1811, donde por primera vez se recogió toda la influencia en relación al papel del Poder Judicial, como fiel de la balanza entre los poderes del Estado, proveniente fundamentalmente de la experiencia norteamericana; particularmente por la inclusión en el texto mismo de la Constitución de su garantía objetiva, al declararse nulas y sin valor alguno las leyes que contrariasen las normas constitucionales; lo que posteriormente dio origen al desarrollo en todos los países latinoamericanos de sistemas amplios de control de constitucionalidad de las leyes, concentrados, difusos y mixtos.

**

Los anteriores principios o aportes que resultaron de la Revolución norteamericana y de la Revolución francesa significaron, por supuesto, un cambio radical en el constitucionalismo, producto de una transición que no fue lenta sino violenta, aun cuando desarrollada en circunstancias y situaciones distintas. De allí que, por supuesto, la contribución de las Revoluciones norteamericana y francesa al constitucionalismo, seguidas por su adopción a partir de la Revolución hispanoamericana, aun en los seis principios básicos comunes antes mencionadas, haya tenido raíces y motivaciones diferentes.

En los Estados Unidos de Norte América se trató de la construcción de un Estado nuevo sobre la base de lo que habían sido antiguas colonias inglesas, situadas muy lejos de la Metrópoli y de su Parlamento soberano, las cuales durante más de un siglo se habían desarrollado independientes entre sí, por sus propios medios y gozando de cierta autonomía; tendencia que con sus obvias diferencias, también caracterizó el proceso constitucional de América hispana. En el caso de Francia, en cambio, no se trató de la construcción de un nuevo Estado, sino de sustituir dentro del mismo Estado unitario y centralizado, un sistema político constitucional monárquico, propio de una Monarquía Absoluta, por un régimen totalmente distinto, de carácter representativo constitucional, incluso como Monarquía constitucional; tendencia que se siguió en España en la Constitución de Cádiz de 1812 y en el resto de los países europeos, incluso imponiéndose intermitentemente el republicanismo.

En contraste con la fórmula del Estado absoluto, la configuración constitucional de los Estados en el mundo moderno después de las Revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII y de la Revolución hispanoamericana que se desarrolló a partir de 1811, se hizo conforme a los antes señalados principios de democracia representativa y de Estado de Derecho, que le sirven de fundamento y que han sido los que se han desarrollado durante los dos últimos siglos.

VISIÓN Y REVISIÓN DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE VENEZUELA ENERO-JUNIO 2024

J. Gerson Revanales M. PhD

Embajador

Resumen: *El artículo presenta una visión global de la política exterior venezolana, sus relaciones y comportamiento con la comunidad internacional. Permite a los académicos, analistas investigadores y estudiantes, navegar entre páginas por un mundo complejo y en constante cambio, verificando que las acciones de la política exterior venezolana en el ámbito internacional estén acordes con los intereses nacionales, de forma que contribuyan a sus objetivos nacionales, a la seguridad del Estado venezolano su prosperidad y desarrollo.*

El trabajo se divide en tres capítulos: el primero, la introducción. Hace una revisión geopolítica de los principales temas globales que ocupan a las cancillerías, seguido de una relación cronológica de los principales sucesos ocurridos durante el periodo en estudio; el tercer capítulo revisa las relaciones bilaterales y la posición de Venezuela dentro de los organismos internacionales, para concluir el último y cuarto capítulo con un resumen de la situación actual a finales de junio 2024 y sus perspectivas.

Palabras Clave: *Geopolítica, Cambio Climático, Agenda Internacional, Democracia, Trump, Ucrania, Venezuela, Relaciones Bilaterales, Acuerdos, Aliados, Energía, Comercio, Conflicto.*

Abstract: *The article presents a global vision of Venezuelan foreign policy, its relations and behavior with the international community. It allows academics, research analysts and students to navigate between pages through a complex and constantly changing world, ensuring that the actions of Venezuelan foreign policy in the international arena are in line with national interests, so that they contribute to their objectives. nationals, to the security of the Venezuelan State, its prosperity and development.*

The work is divided into four chapters: the first, the introduction. It makes a geopolitical review of the main global issues that occupy the foreign ministries, followed by a chronological list of the main events that occurred during the period under study; The third chapter reviews bilateral relations and Venezuela's position within international organizations, to conclude the last and fourth chapter with a summary of the current situation at the end of June 2024 and its prospects.

Key words: *Geopolitics, Climate Change, International Agenda, Democracy, Trump, Ukraine, Venezuela, Bilateral Relations, Agreements, Allies, Energy, Trade, Conflict.*

EXORDIO

La revisión de la política exterior de un país es un proceso dinámico y continuo que implica evaluar los objetivos, estrategias e instrumentos que utiliza un país para interactuar con el resto del mundo. Esta evaluación sobre el primer semestre de la política exterior de Venezuela y sus relaciones internacionales busca cuantificar el grado de alineamiento entre los

intereses nacionales con un entorno internacional cambiante. Teóricamente los elementos de evaluación contemplan: los objetivos nacionales descritos en el preámbulo de la Carta Magna; el Análisis del Contexto Internacional, como resultado de las relaciones bilaterales y multilaterales y un escrutinio de las estrategias como es el caso de la recuperación del Esequibo. Para ello, en el caso que ocupa este artículo, se toma en consideración, los cambios en el entorno internacional, como son los conflictos existentes (efectos de la guerra Hamas-Israel) y los que surjan a futuro (China-Taiwan); las crisis económicas y políticas; y los cambios en el balance de poder; finalizando con una revisión de los resultados en cuanto al fracaso o éxito de las acciones emprendidas en el marco de la política exterior.

La Importancia de este trabajo y de la revisión de la política exterior de Venezuela durante el primer semestre del presente de este año, está en que ofrece en una primera instancia una visión del panorama internacional y las respuestas que se dieron a desafíos frente a temas como medio ambiente, las oportunidades en los mercados internacionales, el incremento de la demanda petrolero o las demandas contra Venezuela ante la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional.

INTRODUCCIÓN

Este año (2024) se presenta como un año crucial en el panorama internacional, marcado por una serie de desafíos y oportunidades que definirán el rumbo del planeta. Los temas de geopolítica y seguridad ocupan el mayor espacio de los titulares de la prensa internacional como el tiempo de las cancillerías debido a la persistencia de las tensiones: en conflictos como:

La guerra en Ucrania continúa generando inestabilidad y preocupación global, con repercusiones en la seguridad alimentaria y energética, con el temor que se proyecte hacia otras áreas geoestratégicas en una escalada del conflicto de efectos impredecibles como los recordatorios del señor Putin de sus capacidades nucleares y a poyo de líder norcoreano Kim Jong-Un (en chosŏn'gŭl, 김정은). Al mismo tiempo se viene desarrollando la competencia geopolítica y comercial entre Estados Unidos y China, manifestándose en su impactando en lo tecnológico, comercial y la esfera militar, siempre buscando equilibrio de poderes; mientras se evitan confrontaciones directas. En este orden de eventos, la proliferación de armas convencionales en conflictos regionales Gaza, Yemen, Afganistán, el comercio de armas convencionales, siempre bajo la amenaza del terrorismo y la proliferación de armas nucleares, sigue siendo un grave problema para la paz mundial; por lo cual, se requieren esfuerzos diplomáticos en favor de la paz y estabilidad mundial

El Cambio climático y desarrollo sostenible, representan un elemento crucial en la agenda global, debido a la pérdida de biodiversidad: La crisis climática se intensifica, poniendo en riesgo ecosistemas y medios de vida; por lo cual, se requieren medidas urgentes para proteger la naturaleza, como son las negociaciones que se están llevando a cabo en los foros internacionales medioambientales, para aumentar la financiación de los países desarrollados a las naciones en vías de desarrollo para ayudarles a cumplir sus objetivos climáticos. Las discusiones claves se dan en foros como en la Agenda Internacional para la Financiación del Clima y del Desarrollo 2024; en correspondencia con la denominada “Financiación de”, dirigida a la movilización de recursos para el desarrollo sostenible, lo cual es crucial, especialmente en países en vías de desarrollo con la ayuda de mecanismos innovadores de cooperación y mayor transparencia. El principal problema que se presenta en estas negociaciones son los “Avances desiguales” en las acciones para combatir el cambio climático, debido a la necesidad de un mayor compromiso global para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París¹,

¹ Ver. <https://www.carbonneutralplus.com/el-acuerdo-de-paris/>

para limitar el aumento de la temperatura global a través de: 1- Reducción de emisiones de GEI; 2- Adaptación al cambio climático; 3- Financiamiento climático².



Junto con el medio ambiente y el cambio climático, la Democracia y los Derechos Humanos, representan la columna vertebral de la agenda internacional, aunque amenazada por los: -Retrocesos Democráticos: Se observa un aumento de regímenes autoritarios, populista, con discursos progresistas y tendencias antidemocráticas en algunas regiones. La defensa de las instituciones democráticas y los derechos humanos es fundamental. Una segunda amenaza a la democracia es la -Desigualdad y Exclusión: Las brechas sociales y económicas se amplían, generando descontento social y poniendo en riesgo la cohesión social, para lo cual se requieren políticas redistributivas e inclusivas. Para concluir las -Migraciones como amenaza real a la estabilidad social y económica: Los flujos migratorios masivos presentan desafíos humanitarios y políticos; en consecuencia, es necesaria contar con una gestión ordenada, segura y regular de las migraciones.

A la luz de esta introducción, el panorama internacional actual se encuentra marcado por una serie de desafíos complejos e interconectados que requieren atención urgente y acción colectiva por parte de la comunidad internacional. La Agenda Internacional para este año abre con un decálogo de desafíos como: 1. La guerra en Ucrania y sus repercusiones; 2. La crisis climática y sus impactos; 3. La crisis de refugiados y la migración irregular; 4. La desigualdad y la pobreza extremas; 5. La erosión de la democracia y el auge del autoritarismo; 6. La proliferación de armas nucleares y la amenaza del terrorismo. En conclusión, la Agenda 2024 está marcada por la complejidad y la incertidumbre. Se requiere de un liderazgo global fuerte y una cooperación multilateral efectiva para enfrentar los desafíos comunes y construir un futuro más sostenible, equitativo y pacífico. A continuación, de esta introducción, se presenta una evaluación general del primer semestre de la Agenda Internacional en curso:

PARTE I

Enero- Junio

El primer semestre de este año 2024 viene registrando una serie de eventos que han reconfigurado el panorama internacional, los cuales pueden ser resumidos en los siguientes temas.

I) Geopolítico:

- i. La guerra en Ucrania³: El conflicto iniciado en 2022⁴ continúa generando repercusiones a nivel global, tanto en el ámbito económico como en el político y social. La

² Ver. <https://www.un.org/es/climatechange/paris-agreement>

³ Ver: CNN en Español. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/02/23/guerra-ucrania-cronologia-orix/#:~:text=La%20contienda%20comenz%C3%B3%20el%202024,y%20el%20origen%20del%20conflicto%3F>

OTAN ha reforzado su presencia en el flanco oriental europeo, mientras que Rusia busca consolidar sus ganancias territoriales.

- ii. La competencia entre Estados Unidos y China: La rivalidad entre las dos potencias mundiales se intensifica en distintos frentes, desde la tecnología y la economía hasta la influencia geopolítica.⁵
- iii. El auge de nuevos actores: Potencias regionales como Turquía, India y Brasil están ganando relevancia en el escenario internacional, desafiando el orden global establecido.

II) Económico:

- Crisis del costo de vida: El aumento de los precios de la energía y los alimentos ha generado una fuerte presión sobre los hogares en todo el mundo, lo cual ha provocado protestas sociales e incertidumbre económica.
- Ralentización económica⁶: Se prevé que la economía mundial se desacelere en 2024, lo cual aumenta el riesgo de una recesión.
- Transición hacia una economía de: La lucha contra el cambio climático sigue siendo una prioridad, impulsando la diversificación de energías renovables y tecnologías limpias.
- Los BRICS⁷: Su importancia está marcada por la incorporación de nuevos miembros, ampliando su influencia y representatividad como bloque, consolidándose como un actor clave en el escenario global. En materia de cooperación ha logrado avances en áreas como el comercio, la inversión y las finanzas, con iniciativas como el Nuevo Banco de Desarrollo y el Fondo de Contingencia, todo ello con la coordinación en temas globales.

Las perspectivas para 2024, están en que asuma un rol más protagónico en la gobernanza global, promoviendo un orden internacional más justo y equitativo. El Impulso a la cooperación Sur-Sur, debe servir como plataforma para fortalecer la cooperación entre países en vías de desarrollo junto al abordaje a los desafíos globales. El bloque tiene la oportunidad de contribuir a la búsqueda de soluciones a problemas urgentes como la pobreza, el hambre y las enfermedades. La agenda hasta ahora para la Cumbre de Kazan, del 22 al 24 de octubre de 2024, está inscrita, bajo el lema “Fortaleciendo el multilateralismo para un desarrollo y una seguridad globales justos”. La cumbre estará presidida por Rusia, la cual ostenta la presidencia rotatoria del grupo este año. La agenda se dirige al:

⁴ La invasión rusa de Ucrania, también denominada guerra de Ucrania, iniciada el 24 de febrero de 2022, constituye una escalada de la guerra ruso-ucraniana que comenzó tras los sucesos del Euromaidán en 2014. Se trata del mayor ataque militar convencional en Europa desde la Segunda Guerra Mundial

⁵ Ver: Centro estudios Estratégicos sobre China y Asia Pacífico. Universidad del Pacífico. <https://cechap.up.edu.pe/en/news/the-strategic-competition-between-usa-and-china/>

⁶ Ver: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe 2023 <https://www.cepal.org/es/publicaciones/68747-balance-preliminar-economias-america-latina-caribe-2023>

⁷ Ver: BRICS Fondo Monetario Internacional: Perspectivas Económicas Mundiales <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Banco-Mundial:Informe-sobre-el-Desarrollo-Mundial-2023> <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2023>

- i. Fortalecimiento del multilateralismo: El trabajo está en enfatizar la importancia de la cooperación multilateral para abordar los desafíos globales y promoción de un orden internacional más justo.
- ii. Un desarrollo global justo: Buscar soluciones para reducir las desigualdades, la promoción y el desarrollo sostenible en todo el mundo.
- iii. Seguridad global: Abordar las amenazas a la paz y la seguridad, incluyendo el terrorismo y el cambio climático.
- iv. Economía digital: Promoción de la cooperación en el desarrollo y el uso de las tecnologías digitales.
- v. Cooperación en ciencia, tecnología e innovación: Fortalecer la colaboración en áreas estratégicas como la inteligencia artificial, la biotecnología y las energías limpias.

En una visión amplia, los BRICS se encuentran en un momento crucial de su desarrollo, con la oportunidad de consolidarse como un actor global influyente y contribuir a la construcción de un mundo más justo y sostenible.⁸

III) Social:

- La desigualdad: La brecha entre ricos y pobres se sigue ampliando, lo cual genera tensiones sociales y pone en riesgo la cohesión social.
- Las migraciones: Los flujos migratorios continúan aumentando, desafiando a los gobiernos a la hora de gestionar las fronteras y brindar asistencia a los refugiados.
- La polarización política: El auge de populismos y extremismos en diversas partes del mundo ha intensificado la polarización política y ha erosionado la confianza en las instituciones democráticas.

PARTE II: EVENTOS DEL PRIMER SEMESTRE.

1) Dentro del periodo objeto de análisis destacan cuatro eventos:

La agenda se inició con el Foro Económico Mundial de Davos-Klosters entre el 15th y el 19th de enero, reuniendo a líderes empresariales, políticos y otros actores globales para discutir los desafíos y oportunidades más urgentes del mundo en la búsqueda de opciones en torno a la guerra en Ucrania; el reciente conflicto en Medio Oriente; los desafíos climáticos y el escenario de incertidumbre ante la inteligencia artificial (IA). En el cierre del encuentro, habló del ex presidente de Estados Unidos Donald Trump, considerando la alta probabilidad que tiene de volver a estar al frente de la mayor economía del mundo y de uno de los principales actores en los conflictos bélicos aún sin resol.

El encuentro económico se realizó bajo el lema de “Reconstruir la confianza”, con un panorama marcado por la guerra entre Rusia y Ucrania y el estallido de hostilidades en Gaza, luego del ataque del grupo islamista palestino Hamás a Israel, el 7 de octubre de 2023.

La magnitud de estos conflictos y el abordaje que se hizo de ellos en Davos, es una de las razones que llevan a algunos expertos a manifestar que el evento solo se enfoca en anuncios que pocas veces pueden terminar en acuerdos que trascienden, como explicó Rich Lesser, presidente de Boston *Consulting Group* a la agencia AP: *"No es realista pensar que*

⁸ Ver. Sitio web de BRICS Rusia 2024: BRICS Rusia 2024 website,

Davos, o cualquier reunión, en cualquier parte del mundo, pueda reconstruir la confianza, cuando está fragmentada en tantas dimensiones”, aunque reconoció que en la esfera del sector privado y social se lograron “puntos de partida” para lograrlo.

2) Las elecciones al Parlamento Europeo. Su importancia está en la escogencia y composición del cuerpo legislativo de la Unión Europea para los próximos cinco años. Las mayorías alcanzadas por los partidos de ultra derecha representan una dura alerta para la corriente política dominante de Bruselas y añadiría incertidumbre a la futura dirección de Europa.

3) Sobre la intención de Macron de intentar contener a la extrema derecha mediante elecciones anticipadas, el cual fue rechazado por los partidos franceses de conformar una alianza contra la extrema derecha. Una gran mayoría de analistas y observadores opinan que podría resultar contraproducente; No solo por el destino de un gobierno o un líder que está en juego en las elecciones parlamentarias; sino también del sistema político.

4) La Cumbre del G7 en Borgo Italia del 13 al 15 de junio. La anfitriona de la Cumbre fue la Primera Ministra de Italia, Giorgia Meloni, con la asistencia del Papa Francisco. En la cumbre se discutieron una variedad de temas importantes, como: 1. Desarrollo sostenible: 2 Seguimiento de la Agenda 2030. Los países están evaluando su progreso en el cumplimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por los dirigentes mundiales en septiembre de 2015 en una cumbre histórica de las Naciones Unidas, entrando en vigor oficialmente el 1 de enero de 2016.

Con estos nuevos Objetivos de aplicación universal, en los próximos 15 años los países buscan intensificarán los esfuerzos para poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático garantizando, al mismo tiempo, que nadie se quede atrás.

Los ODS aprovechan el éxito de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) ⁹ y tratan de ir más allá para poner fin a la pobreza en todas sus formas. Los nuevos objetivos presentan la singularidad de instar a todos los países, ya sean ricos, pobres o de ingresos medianos, a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta. Reconocen que las iniciativas para poner fin a la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, entre las que cabe señalar la educación, la salud, la protección social y las oportunidades de empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente.

En este orden, el Foro de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible que se celebrará en julio en Nueva York, será un espacio clave para revisar los avances y desafíos. En asuntos como: -Seguridad alimentaria, -Cambio climático, -Ayuda a Ucrania y -la Tensión entre Estados Unidos y China, al ser la rivalidad entre las dos potencias más grandes del mundo; un tema importante en la agenda internacional, con implicaciones para el comercio, la tecnología y la seguridad regional.

Parte III: VENEZUELA

RELACIONES BILATERALES

Brasil

Tratados y Acuerdos Firmados en 2024:

⁹ Ver: ONU Impacto Académico. <https://www.un.org/es/impacto-acad%C3%A9mico/page/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

- i. Acuerdo de Cooperación Técnica en Materia de Defensa: Busca fortalecer la cooperación militar entre ambos países.
- ii. Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación en el Campo de la Salud: Firmado en mayo de 2024, busca la promoción, el intercambio de experiencias y buenas prácticas en el sector salud.

Perspectivas de las relaciones

- i. Futuro incierto: Las perspectivas para las relaciones entre Brasil y Venezuela en el corto plazo son inciertas. La evolución de la situación política en Venezuela y las prioridades del nuevo gobierno brasileño serán factores determinantes.
- ii. Posibilidades de mejora: Existen algunas posibilidades de mejora en las relaciones, especialmente si se logra avanzar en la resolución de algunos de los problemas que las han tensado en los últimos años.
- iii. Importancia de la cooperación: La cooperación en áreas como la salud, la energía y el comercio sigue siendo importante para ambos países.

Cuba

A lo largo del 2024, Venezuela y Cuba han continuado afianzando sus estrechos lazos de cooperación mediante la firma de diversos acuerdos y tratados en distintos sectores. A lo largo de semestre se realizaron las siguientes actividades:

Enero:

- i. Convenio Integral de Cooperación: Se revisó y actualizó este convenio marco que data del año 2000, con el objetivo de continuar fortaleciendo la cooperación en áreas como salud, educación, deporte, cultura, energía, telecomunicaciones, turismo, comercio exterior y petróleo.¹⁰
- ii. Acuerdos específicos:

Firma de siete Acuerdos de Cooperación y Turismo, para fortalecer la actividad turística en Venezuela, incluyendo la apertura de nuevas rutas aéreas y la promoción conjunta de ambos destinos en el mercado internacional.¹¹

- Acuerdo en materia de salud: Este acuerdo busca garantizar el acceso a medicamentos y tratamientos médicos de calidad para el pueblo venezolano.
- Apoyo mutuo en foros internacionales: Ambos países han expresado su apoyo mutuo en diversos foros internacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Cooperación en la lucha contra el bloqueo a Cuba: Venezuela ha sido un firme aliado de Cuba en la lucha contra el bloqueo impuesto por Estados Unidos.
- Reunión entre cancilleres: El canciller cubano, Bruno Rodríguez, recibió al embajador de Venezuela en la isla, Orlando Mancero, para reafirmar el excelente estado de las relaciones bilaterales y reiterar el apoyo de Cuba al proceso bolivariano y chavista.¹²

¹⁰ Ver. <https://cubaminrex.cu/es/convenio-cuba-venezuela-ejemplo-de-cooperacion-bilateral>.

¹¹ Ver. <https://cubaminrex.cu/es/venezuela-y-cuba-firmaron-siete-acuerdos-de-cooperacion-en-turismo>

¹² Ver. <https://www.prensa-latina.cu/2024/02/15/recibe-canciller-cubano-a-embajador-de-venezuela/>

En general, las relaciones entre Venezuela y Cuba en el 2024 se siguen caracterizando por un alto nivel de colaboración y solidaridad, con una agenda bilateral que abarca una amplia gama de sectores. Se espera que esta dinámica de cooperación continúe fortaleciéndose en los próximos años.

Colombia

Situación Actual:

Las relaciones entre ambos países durante los últimos años han sido complejas debido a varios factores, entre ellos la crisis política y económica en Venezuela, la migración y la presencia de grupos armados irregulares en la frontera. La reapertura de las fronteras, en junio del año pasado (2023), tras siete años cerrada, que se creía podía mejorar al menos la situación comercial no ha tenido los resultados esperados¹³. Sin embargo, gracias a la relación ideológica entre ambos presidentes, ambos países mantienen un diálogo bilateral para abordar temas de interés común, como la seguridad fronteriza, el comercio y la migración.

Tratados y Acuerdos Firmados en 2024:

- i. Acuerdo para el Reconocimiento Mutuo de Libre Conducción de Vehículos Particulares y Comerciales: Firmado en enero de 2024, permite la libre circulación de vehículos entre ambos países.
- ii. Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación en Materia de Seguridad Fronteriza: Firmado en abril de 2024, busca fortalecer la cooperación para combatir el crimen organizado y el terrorismo en la frontera.

Perspectivas:

- Normalización gradual de las relaciones: Se espera que las relaciones entre Colombia y Venezuela se normalicen gradualmente en los próximos años, a medida que se avance en la solución de los problemas que las han afectado.
- Cooperación en áreas estratégicas: Existe un potencial importante para la cooperación entre ambos países en áreas como la economía, la energía, el medio ambiente y la cultura.
- Desafíos persistentes: Sin embargo, persisten algunos desafíos, como la situación política en Venezuela y la presencia de grupos armados irregulares en la frontera.

China

A continuación, se recogen los dos acuerdos firmados entre Venezuela y China durante el 2024, y el estado actual de sus relaciones:

- i. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 22 de mayo de 2024, este acuerdo establece un marco regulatorio para las inversiones china en Venezuela y la participación de empresas venezolanas en China.¹⁴

¹³ Ver: [<https://www.eltiempo.com/noticias/frontera-colombia-venezuela>]

¹⁴ Ver: <https://mincomercional.gob.ve/?p=17569>

- ii. Acuerdo de Cooperación, firmado el 22 de mayo de 2024. Este acuerdo tiene como objetivo profundizar la asociación estratégica entre ambos países, incluyendo el comercio, la inversión, la ciencia y la tecnología.¹⁵

Las relaciones entre Venezuela y China se han caracterizado por ser estrechas y de cooperación mutua, especialmente desde la llegada al poder del ex presidente Hugo Chávez en 1999. China se ha convertido en un importante socio comercial e inversor para Venezuela, proporcionándole financiamiento y apoyo político. En los últimos años, las relaciones se han visto fortalecidas por las sanciones impuestas a Venezuela por Estados Unidos y la Unión Europea. China ha seguido siendo un importante proveedor de apoyo económico para el gobierno de Maduro.

Puntos importantes a destacar:

- Los acuerdos firmados en 2024 tienen como objetivo fortalecer la cooperación económica y comercial entre ambos países.
- China sigue siendo un importante socio comercial e inversor para Venezuela.
- Las relaciones bilaterales se han visto fortalecidas en los últimos años, a pesar de las sanciones impuestas a Venezuela.

Guyana

Situación Actual:

- i. Vista la Orden de 6 de abril de 2023, por la que el Tribunal fijó el 8 de abril de 2024 como nuevo plazo para la presentación de la Contramemoria de Venezuela, en atención que, el 11 de junio pasado, el Presidente del Tribunal celebró una reunión con los Agentes de las Partes de conformidad con el Artículo 31 del Reglamento de la Corte, a fin de conocer sus opiniones sobre el procedimiento seguir, reunión donde los representantes de Guyana afirmaron que era necesaria una respuesta en respuesta a los argumentos presentados por Venezuela en su Contramemoria y que Guyana requerirá, para la preparación de su Réplica, un plazo de seis meses , mientras que el Agente de Venezuela indicó que su Gobierno también consideraba una segunda ronda de alegatos escritos, la Corte fijo los siguientes plazos para la presentación de estos alegatos escritos: 9 de diciembre de 2024 para la Réplica de la República Cooperativa de Guyana; y 11 de 11 de agosto de 2025 para la Dúplica venezolana.
- ii. Acusaciones de incumplimiento: Venezuela ha acusado a Guyana de “irrespetar” el Acuerdo de Ginebra al no avanzar en la resolución de la disputa.¹⁶
- iii. Diálogo en curso: A pesar de las persistentes diferencias, ambos países han mantenido un diálogo abierto en 2024. En enero, los cancilleres se reunieron en Brasilia para discutir la controversia y acordaron continuar el diálogo “sin amenazas”.¹⁷

¹⁵ Ver. <https://www.swissinfo.ch/spa/venezuela-y-china-firman-tres-acuerdos-de-cooperacion-en-el-desarrollo-economico/81474724>

¹⁶ <https://www.ntn24.com/noticias-politica/venezuela-acusa-a-guyana-continuo-irrespeto-a-los-compromisos-sobre-esequibo-474410>

¹⁷ <https://efe.com/mundo/2024-01-25/venezuela-y-guyana-se-comprometen-a-dialogar-sin-amenazas-y-a-abordar-el-acuerdo-de-1966/>

- iv. Posible hoja de ruta: Venezuela ha propuesto una hoja de ruta para la delimitación de las aguas marítimas en disputa, un tema adicional a la controversia del Esequibo.

Irán

En un contexto global, las relaciones de Venezuela han sido poco significativas al igual que su política exterior. Sus relaciones se han limitado a reforzar los vínculos con los aliados tradicionales, sin mayores impactos en lo económico, político o social. No obstante, ambos países comparten una visión crítica de Estados Unidos y han encontrado en su cooperación una forma de enfrentar las sanciones impuestas por este país. Las relaciones han sido criticadas por algunos por su carácter autoritario y por la falta de transparencia en algunos acuerdos.

Áreas de Cooperación:

- Energía: Venezuela e Irán, ambos miembros de la OPEP, buscan fortalecer la cooperación en la producción, refinación y comercialización de petróleo y gas.
- Comercio: Se busca aumentar el intercambio comercial bilateral, incluyendo la exportación de productos venezolanos como alimentos y oro a Irán.
- Finanzas: Se trabaja en el desarrollo de mecanismos para facilitar las transacciones financieras entre ambos países, sorteando las sanciones impuestas por Estados Unidos.
- Tecnología: Irán ha ofrecido asistencia tecnológica a Venezuela en diversos sectores, incluyendo la agricultura, la salud y la industria.

Venezuela y China celebraron el 50° aniversario de relaciones diplomáticas. Hasta la fecha, se han concretado más de 530 proyectos en conjunto, 17 comisiones mixtas de alto nivel e inversiones en áreas como la energía, la agricultura, la ciencia, la tecnología, la infraestructura y el transporte, entre otras.

Nicaragua

Las relaciones bilaterales entre Venezuela y Nicaragua se han mantenido estrechas en los últimos años, especialmente en el ámbito político e ideológico. Ambos gobiernos comparten una visión similar sobre diversos temas internacionales y mantienen una fuerte cooperación en organismos multilaterales como el ALBA y Petrocaribe.

En el ámbito económico, el intercambio comercial ha crecido en los últimos años, impulsado principalmente por las exportaciones venezolanas de petróleo a Nicaragua. Sin embargo, las relaciones económicas se han visto afectadas por la crisis económica en Venezuela.

Rusia

A lo largo del 2024, Venezuela y Rusia han fortalecido sus relaciones bilaterales a través de la firma de diversos acuerdos y tratados que abarcan distintos sectores estratégicos. Entre los más importantes destacan:

Visita del canciller Lavrov. En esta ocasión, se ampliaron los acuerdos de cooperación estratégica en áreas como: -el turismo, -el uso pacífico de la energía nuclear y -el apoyo al Acuerdo de Barbados, un mecanismo de diálogo entre el gobierno venezolano y la oposición¹⁸.

¹⁸ <https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/19/venezuela-rusia-acuerdos-cooperacion-canciller-sergei-lavrov-visita-latinoamerica-reux/>

Octubre:

- i. Se firmaron 16 acuerdos de cooperación en materia de energía, petróleo, turismo, cultura, educación y transporte durante la XVII Comisión Intergubernamental Rusia-Venezuela.¹⁹
 - ii. Se suscribió un acuerdo para la conformación de equipos técnicos para estudiar y cuantificar las reservas de crudos en el Bloque Junín III de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como para evaluar oportunidades de asociación en la perforación, desarrollo y servicio de pozos costa afuera en el Golfo de Paria²⁰
 - iii. Un acuerdo de cooperación interparlamentaria entre la Asamblea Nacional de Venezuela y la Duma Estatal de Rusia, con el objetivo de fortalecer los lazos de amistad y la cooperación en diversos ámbitos.²¹
- Un acuerdo en materia de turismo entre Rusia y Venezuela, que incluye un plan de cooperación para el período 2024-2026.

Estos son solo algunos de los principales tratados y acuerdos firmados entre Venezuela y Rusia durante el primer semestre del presente año. La relación bilateral sigue siendo fuerte y se espera que continúe profundizándose en los próximos años. Cabe destacar que la cooperación entre ambos países ha generado críticas por parte de algunos sectores, quienes la cuestionan por los estrechos vínculos de Rusia con el gobierno venezolano y las sanciones internacionales que pesan sobre el país. Es importante mantenerse informado sobre los últimos acontecimientos y análisis relacionados con las relaciones entre Venezuela y Rusia para comprender mejor la dinámica de su cooperación y sus implicaciones.

Multilaterales

Relaciones con América Latina: Un Panorama Complejo

El 2024 ha sido un año de desafíos y oportunidades para las relaciones de Venezuela con sus vecinos de América Latina. La región se encuentra en un contexto marcado por:

- i. Crecimiento económico desigual: Algunas naciones experimentan repuntes mientras otras enfrentan estancamiento o inflación.
- ii. Desafíos migratorios: Los flujos migratorios dentro de la región continúan siendo una realidad compleja.
- iii. Preocupaciones por la democracia: Se observan retrocesos democráticos en algunos países, mientras que otros buscan fortalecer sus instituciones.
- iv. Incertidumbre geopolítica: La guerra en Ucrania y sus repercusiones económicas y sociales han impactado a toda la región.

En este contexto, las relaciones de Venezuela con América Latina se caracterizan por:

¹⁹ Ver: <http://www.msn.com/es-us/noticias/mundo/rusia-y-venezuela-firman-16-acuerdos-de-cooperacion/C3%B3n-en-energ%C3%ADa-turismo-y-transporte/ar-AA1ii30h?apiversion=v2&noservercache=1&domshim=1&renderwebcomponents=1&wscse=1&batchservertelemetry=1&noservertelemetry=1>

²⁰ Ver: <https://transparenciave.org/wp-content/uploads/2022/09/Acuerdos-con-Rusia-alianza-geopolitica.pdf>

²¹ Ver: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/venezuela-y-rusia-firman-acuerdo-de-cooperacion-interparlamentaria>

Persistencia de la controversia del Esequibo: La disputa territorial con Guyana sigue siendo un tema espinoso, con acusaciones mutuas y falta de avances concretos hacia una solución.

Búsqueda de acercamientos: A pesar de las tensiones, se han visto algunos esfuerzos por parte de Venezuela para mejorar las relaciones con algunos países, como Colombia y Argentina.

Preocupaciones por la situación interna: Algunos países han expresado su preocupación por la situación de los derechos humanos y la democracia en Venezuela.

Cooperación en algunos sectores: Continúa la colaboración en áreas como la lucha contra el crimen organizado, el comercio y la energía, especialmente con países del Caribe.

Desafíos para la integración regional: La participación plena de Venezuela en mecanismos regionales como el Mercosur y la UNASUR sigue siendo limitada.

Expectativas para el futuro: Las relaciones de Venezuela con América Latina en 2024 dependerán en gran medida de la evolución de la situación interna del país, las dinámicas geopolíticas regionales y el compromiso de todos los actores con el diálogo y la cooperación.

i) Cambio climático

Posición de Venezuela ante el Cambio Climático en 2024: Entre Desafíos y Oportunidades

Venezuela, siendo un país altamente vulnerable a los efectos del cambio climático, se encuentra en una posición compleja con respecto a esta problemática. Si bien ha reconocido la importancia de actuar y ha suscrito acuerdos internacionales, aún existen brechas significativas en la implementación de políticas y acciones concretas.

ii) Aspectos Clave:

La vulnerabilidad de Venezuela, ante el Cambio Climático es altamente sensible a los efectos del cambio climático, incluyendo sequías, inundaciones, aumento del nivel del mar y eventos climáticos extremos. Estos eventos amenazan la seguridad alimentaria, la infraestructura, la salud pública y los ecosistemas.

Acuerdos Internacionales:

Venezuela ha firmado y ratificado la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Acuerdo de París, comprometiéndose a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y a adaptarse a los impactos del cambio climático.

- a) **Acciones Nacionales:** Se han desarrollado algunos planes y estrategias nacionales para abordar el cambio climático, como el Plan Nacional de Cambio Climático 2020-2030. Sin embargo, la implementación de estas iniciativas ha sido limitada debido a la falta de recursos financieros, capacidad institucional y voluntad política.
- b) **Desafíos:** Entre los principales desafíos se encuentran la dependencia de la industria petrolera, la deforestación, la debilidad del marco legal e institucional, y la falta de conciencia pública sobre la gravedad del problema.
- c) **Oportunidades:** Venezuela posee un alto potencial para la generación de energía renovable, como la solar y la eólica. La transición hacia una economía de también podría generar nuevas oportunidades de inversión y empleo.

iii) Situación Actual en 2024:

- i. Debates sobre la Responsabilidad Histórica: Existe un debate sobre la responsabilidad histórica de los países desarrollados en el Cambio Climático y la necesidad de que brinden apoyo financiero y tecnológico a países en vías de desarrollo como Venezuela.
- ii. Búsqueda de Financiamiento Internacional: Venezuela busca acceder a financiamiento internacional para apoyar sus esfuerzos de mitigación y adaptación al Cambio Climático.
- iii. Participación en Foros Internacionales: Venezuela participa en foros y negociaciones internacionales sobre el Cambio Climático, abogando por un enfoque justo y equitativo que tome en cuenta las necesidades y vulnerabilidades de los países en desarrollo.

iv) Perspectivas:

- i. Necesidad de un Compromiso Más Fuerte: Se requiere un compromiso político y social más fuerte para implementar las acciones necesarias para enfrentar el cambio climático en Venezuela.
- ii. Rol Clave de la Cooperación Internacional: La cooperación internacional será fundamental para apoyar los esfuerzos de Venezuela en materia de cambio climático.
- iii. Oportunidad para la Transformación: Abordar el cambio climático de manera efectiva puede ser una oportunidad para que Venezuela diversifique su economía, promueva el desarrollo sostenible y mejore la calidad de vida de sus ciudadanos.

CARICOM

Contexto General:

Las relaciones entre Venezuela y la Comunidad del Caribe (CARICOM) en 2024 se encuentran marcadas por la reclamación del Esequibo, un tema que genera tensiones entre Venezuela, Guyana y la organización caribeña. En este escenario existen otros elementos que complican la relación como es la Crisis económica y política que atraviesa el país, lo que ha impactado negativamente en las relaciones con algunos países miembros de CARICOM; sin embargo, persiste la colaboración en áreas como el comercio, la energía y el turismo.

Principales Acuerdos:

- i. Acuerdo de Comercio e Inversión entre Venezuela y CARICOM: Establece un marco para el comercio bilateral e inversiones.²²
- ii. Declaración de Georgetown: Establece mecanismos para la resolución de la reclamación sobre el Esequibo.²³

Situación Actual en 2024:

- i. Tensión por la disputa del Esequibo: En mayo de 2024, CARICOM emitió un comunicado instando al diálogo sobre la disputa, lo que generó el rechazo de Venezuela.²⁴

²² Ver http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp

²³ Ver de controversias entre Venezuela y CARICOM. http://www.sice.oas.org/tpd_e.asp

- ii. Esfuerzos por el diálogo: A pesar de las tensiones, se han realizado algunos esfuerzos por mantener el diálogo, como la reunión entre cancilleres en enero de 2024.²⁵
- iii. Preocupaciones por la democracia: Algunos países de CARICOM han expresado su preocupación por la situación de la democracia y los derechos humanos en Venezuela.

Perspectivas:

- i. Futuro incierto: Las relaciones entre Venezuela y CARICOM en el corto plazo son inciertas y dependerán de la evolución de la situación interna en Venezuela, la resolución de la disputa del Esequibo y el compromiso de ambas partes con el diálogo.
- ii. Posibilidades de cooperación: Existen oportunidades para la cooperación en áreas de interés común, como el comercio, la energía, el turismo y la lucha contra el crimen organizado.
- iii. Importancia del diálogo: El diálogo continuo y constructivo entre ambas partes será fundamental para superar las diferencias y avanzar hacia una relación más positiva.

OPEP

Venezuela asumió la vicepresidencia del Fondo OPEP para el Desarrollo Internacional (**OFID**) Venezuela asume la vicepresidencia del Fondo OPEP para el Desarrollo Internacional (**OFID**) para el período 2024-2025 de esta instancia. El Fondo OPEP para el Desarrollo Internacional (Fondo OPEP) es una institución multilateral de financiamiento para el desarrollo creada en 1976 por los Estados miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), con sede en Viena.

Inversiones

Consideraciones Clave y Oportunidades Potenciales

El panorama de las inversiones en Venezuela en 2024 presenta un contexto mixto, marcado por desafíos y oportunidades. Si bien existen riesgos asociados a la situación económica y política del país, también hay potenciales atractivos para ciertos sectores y perfiles de inversionistas.

Aspectos a Considerar:

Desafíos:

- i. Inestabilidad económica: Venezuela enfrenta una alta inflación, controles de cambio y una economía contraída.
- ii. Riesgo político: La situación política sigue siendo compleja e incierta.
- iii. Falta de transparencia legal: El marco legal para las inversiones puede ser poco claro y complejo.

²⁴ Ver: <https://mppre.gob.ve/publicacion/2364-venezuela-rechaza-comunicado-de-caricom-que-pretende-aupar-matriz-maliciosa-en-su-contrasobre-controversia-por-el-essequibo>

²⁵ Ver: <https://efe.com/mundo/2024-01-25/venezuela-y-guyana-se-comprometen-a-dialogar-sin-amenazas-y-a-abordar-el-acuerdo-de-1966/>

- iv. Infraestructura deficiente: La infraestructura en algunos sectores, como la energía y el transporte, presenta deficiencias.

Oportunidades:

- i. Sectores con potencial: Algunos sectores como el petróleo, el oro, la minería y el turismo tienen potencial de crecimiento a largo plazo.
- ii. Mano de obra calificada: Venezuela cuenta con una fuerza laboral calificada y relativamente accesible.
- iii. Precios de activos atractivos: Los precios de activos como bienes raíces y empresas pueden ser atractivos debido a la situación económica.
- iv. Posibles reformas: Existe la posibilidad de que se implementen reformas económicas que mejoren el clima de inversión.

Recomendaciones para Inversores:

- i. Realizar una investigación exhaustiva: Es fundamental analizar cuidadosamente los riesgos y oportunidades de cada inversión.
- ii. Considerar el perfil de riesgo: Solo invertir si se tiene un alto umbral de tolerancia al riesgo.
- iii. Diversificar las inversiones: No concentrar todas las inversiones en un solo sector o empresa.
- iv. Buscar asesoría profesional: Es recomendable contar con el asesoramiento de expertos en inversiones y legales con experiencia en Venezuela.
- v. Mantenerse informado: Es importante estar actualizado sobre la evolución de la economía y la política en Venezuela.

FUENTE DE INFORMACIÓN

Página Oficial de la Organización de Las Naciones Unidas

Página Oficial de la Corte Internacional de Justicia

Página Oficial de la Corte Penal Internacional de Justicia

Página web Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores

Páginas Web Embajadas de Venezuela en el exterior

Páginas Web de las embajadas extranjeras acreditadas en Venezuela

AGENCIAS DE NOTICIAS

AFP

CNN en español

El tiempo.com/noticias

cubaminrex.cu

asambleanacional.gob.ve

Prensa-latina.cu

LINKS ASOCIACIONES

- <https://cubaminrex.cu/es/convenio-cuba-venezuela-ejemplo-de-cooperacion-bilateral>.

*Visión y revisión de la política exterior de Venezuela
Enero-Junio 2024*

ÍNDICE

Resumen	1
Exordio	2
Introducción	3
Parte I	5
Enero- Junio	4
I.I Geopolítico:	5
I.II Económico:	6
I.III Social	8
Parte II Eventos del primer semestre.	8
I. Reunión de Davos	
II. Elecciones Parlamento Europeo	
III. El caso Macron	
IV. El G7	
Parte III VENEZUELA	10
Relaciones Bilaterales	10
Brasil	10
Cuba	10
I. Convenio Integral de Cooperación:	10
II. Acuerdos específicos:	11
Colombia	12
Situación Actual	12
Tratados y Acuerdos Firmados en 2024:	12
China	13
Acuerdo de Cooperación.	13
Puntos importantes a destacar.	14
Guyana	14
Situación Actual:	14
Irán	15
Áreas de Cooperación.	15
Nicaragua	16
Rusia	16
Multilaterales	17
i. Cambio Climático	18
ii. Aspectos Clave:	19
iii. Situación Actual en 2024:	19
iv. Perspectivas:	20
CARICOM	20

Contexto General:	20
Principales Acuerdos:	21
Situación Actual en 2024.	21
Perspectivas.	22
OPEP	22
Inversiones	22
Consideraciones Clave y Oportunidades Potenciales.	22
Aspectos a Considerar:	22
Desafíos:	22
Oportunidades.	23
Recomendaciones para los Inversores.	

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 2024

Recopilación y selección
por Gabriel Sira Santana

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Legislativo. B. Poder Ejecutivo. a. Ministerios. b. Empresas del Estado. c. Fundaciones del Estado. d. Misiones. e. Otros órganos y entes. C. Poder Judicial. D. Poder Ciudadano. a. Defensoría del Pueblo. E. Poder Electoral.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de honores, premios y condecoraciones*.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*. A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional.
2. *Identificación, migración y extranjería*.

IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Tributos*. 2. *Correo*. 3. *Servicios e industrias*.

V. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Educación*. A. Educación básica y media. B. Educación superior. 2. *Cultura*. 3. *Vivienda y hábitat*. 4. *Salud*.

VI. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Territorio nacional*. 2. *Ambiente y recursos naturales*. 3. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte terrestre. B. Sistema de transporte acuático y aéreo.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Legislativo*

Reglamento Orgánico Interno de la Asamblea Nacional (reimpresión). G.O. N° 6.792 Extraordinario del 18-01-2024.

Resolución mediante la cual se dictan las normas que rigen el Sistema Interno de Modificaciones Presupuestarias de la Asamblea Nacional para el Ejercicio Económico Financiero 2024, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. G.O. N° 42.831 del 04-03-2024.

B. *Poder Ejecutivo*

a. *Ministerios*

Resolución N° MPPSP/DGD/014/2024 del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, mediante la cual se crea el Reconocimiento “Orden al Mérito por Años de Servicio y Lealtad Institucional”, de este Ministerio. G.O. N° 42.892 del 03-06-2024.

b. *Empresas del Estado*

Decreto N° 4.937, mediante el cual se ordena la reforma parcial del Decreto N° 6.986 de 20-10-2009, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.289 de 21-10-2009 (creación de la empresa mixta Petroquiriquire, S.A.). G.O. N° 6.804 Extraordinario del 25-04-2024.

Decreto N° 4.939, mediante el cual se ordena la creación de la Empresa Mixta Petrolera Roraima. G.O. N° 6.804 Extraordinario del 25-04-2024.

c. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 4.953, mediante el cual se cambia la denominación de la Fundación “Dr. Alejandro Próspero Réverend”, creada mediante Decreto N° 5.348 de 11-05-2007, a Fundación “Dr. Salvador Allende”. G.O. N° 42.8783 del 21-05-2024.

d. *Misiones*

Providencia N° 3-2024 de la Fundación Misión Venezuela Bella, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de Organización y Funcionamiento de la Fundación Misión Venezuela Bella. G.O. N° 42.845 del 22-03-2024.

e. *Otros órganos y entes*

Decreto N° 4.918, mediante el cual se adscribe al Ministerio del Poder Popular para el Transporte, el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL). G.O. N° 42.817 del 09-02-2024.

Decreto N° 4.926, mediante el cual se prorroga por un lapso de seis meses, contado a partir del 17-03-2024, el plazo para el proceso de reestructuración de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP). G.O. N° 42.840 del 15-03-2024.

Resolución N° 9 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se crean los Centros de Desarrollo de la Calidad Educativa (CDCE), Estadales, Municipales y Parroquiales, adscritos a este Ministerio. G.O. N° 42.852 del 04-04-2024.

Providencia N° 2/2023 INSAI, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Instituto Nacional de Salud Agrícola Integral (INSAI). G.O. N° 42.853 del 05-04-2024.

Resolución N° 1/2024 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se prorroga, por un lapso de seis meses, contado a partir del 04-04-2024, el plazo para el proceso de supresión del Servicio Nacional de Administración y Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Confiscados y Decomisados, ordenado en el Decreto N° 4.795, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.597 del 27-03-2023. G.O. N° 42.868 del 29-04-2024.

Resolución N° 1-2024 del Comité Rector de la Cartera Productiva Única Nacional, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité Rector de la Cartera Productiva Única Nacional (CPUN). G.O. N° 42.885 del 23-05-2024.

Resolución N° 73 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se establecen los lineamientos sobre el funcionamiento territorial del Órgano Superior del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. G.O. N° 42.887 del 27-05-2024.

C. *Poder Judicial*

Resolución N° DDPG-2024-069 de la Defensa Pública, mediante la cual se dictan las Normas del III Concurso de Credenciales y de Conocimientos de la Carrera Defensoril. G.O. N° 42.850 del 02-04-2024

Resolución N° 120 de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, mediante la cual se crea el reconocimiento “Día de la Trabajadora y Trabajador Tribunalicio”, el cual está destinado a estimular y reconocer al personal tribunalicio a nivel nacional. G.O. N° 42.892 del 03-06-2024.

Resolución N° DDPG-2024-145 de la Defensa Pública, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de Permisos o Licencias, Incapacidades Temporales y Comisiones de Servicios de la Defensa Pública. G.O. N° 42.895 del 06-06-2024.

D. *Poder Ciudadano*

a. *Defensoría del Pueblo*

Resolución N° DdP-2024-064 de la Defensoría del Pueblo, mediante la cual se dicta la reforma del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Defensoría del Pueblo. G.O. N° 42.905 del 20-06-2024.

E. *Poder Electoral*

Resolución N° 231219-0159 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve dictar las normas sobre el sistema de modificaciones presupuestarias, aplicable al presupuesto de egresos del Consejo Nacional Electoral del ejercicio fiscal del año 2024. G.O. N° 42.795 del 10-01-2024.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de honores, premios y condecoraciones*

Acuerdo mediante el cual se conceden los honores del Panteón Nacional al héroe de la Patria General de Brigada Domingo Antonio Sifontes. G.O. N° 42.794 del 09-01-2024.

Acuerdo mediante el cual se conceden los Honores del Panteón Nacional a nuestras insignes heroínas patriotas Josefa Joaquina Sánchez y Eulalia Buroz. G.O. N° 42.834 del 07-03-2024.

Acuerdo mediante el cual se conceden los Honores del Panteón Nacional a José Cristóbal Hurtado de Mendoza y Montilla. G.O. N° 42.903 del 18-06-2024.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*

A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Ley Aprobatoria del “Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China sobre Servicios Aéreos”. G.O. N° 6.807 Extraordinario del 13-05-2024.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Türkiye Relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”. G.O. N° 6.808 Extraordinario del 13-05-2024.

2. *Identificación, migración y extranjería*

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, y para Relaciones Exteriores, mediante la cual se concede el beneficio de la supresión de visado de no migrantes (turista), hasta por un plazo de 90 días continuos, prorrogables por una sola vez y en igual término con el visado de la autoridad migratoria, a las ciudadanas y ciudadanos del Estado de Kuwait, titulares de pasaportes ordinarios, que deseen ingresar al territorio de la República Bolivariana de Venezuela con fines de recreo, salud o actividades que no involucren remuneración o lucro, ni denoten el ánimo de fijar domicilio permanente. G.O. N° 42.830 del 01-03-2024.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Tributos*

Decreto N° 4.911, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como de cualquier otro impuesto, tasa o contribución aplicable de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, en los términos y condiciones establecidos en este Decreto, a las importaciones definitivas y las ventas realizadas en el territorio nacional de combustibles derivados de hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la gasolina, realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. G.O. N° 42.797 del 12-01-2024.

Providencia N° SNAT/2023/000082 del SENIAT, mediante la cual se procede a la anulación de 2.000 unidades de Formularios de forma 33, que en ella se señalan. G.O. N° 42.800 del 17-01-2024.

Providencia N° 015-004-2024 del FONACIT, mediante la cual se dicta la normativa que establece el procedimiento correspondiente a la liquidación, autoliquidación, pago y declaración mensual de los aportes para la ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones. G.O. N° 42.813 del 05-02-2024.

Providencia N° SNAT/2024/000012 del SENIAT, mediante la cual se establecen las disposiciones para el disfrute del beneficio de exoneración del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras, por las operaciones de venta en el territorio nacional, de combustibles derivados de hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la gasolina. G.O. N° 42.822 del 20-02-2024.

Decreto N° 4.924, mediante el cual se exonera del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras los débitos que generen la compra, venta y transferencia de la custodia en títulos valores emitidos o avalados por la República o el Banco Central de Venezuela, así como los débitos o retiros relacionados con la liquidación del capital o intereses de los mismos y los títulos negociados a través de las bolsas de valores y bolsa agrícola, realizados en moneda distinta a la de curso legal en el país. G.O. N° 42.823 del 21-02-2024.

Providencia N° SNAT/2024/000018 del SENIAT, mediante la cual se prorroga el plazo para la declaración y pago del impuesto sobre la renta, correspondiente al ejercicio fiscal 2023. G.O. N° 42.826 del 26-02-2024.

Providencia N° SNAT/2024/000017 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de bandas de garantía para licores, en las cantidades que en ella se indican. G.O. N° 42.853 del 05-04-2024.

Decreto N° 4.944, mediante el cual se dicta el Arancel de Aduanas. G.O. N° 6.804 Extraordinario del 25-04-2024.

Decreto N° 4.949, mediante el cual se exonera del pago del impuesto sobre la renta, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a los enriquecimientos obtenidos por los tenedores, personas naturales y jurídicas residenciadas o domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela, provenientes de las inversiones que realicen en títulos valores u otros instrumentos de similar naturaleza emitidos y avalados por el Banco Central de Venezuela. G.O. N° 42.869 del 30-04-2024.

Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social Frente al Bloqueo Imperialista. G.O. N° 6.806 Extraordinario del 08-05-2024.

Decreto N° 4.952, mediante el cual se establece como monto de la contribución especial prevista en la Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista el 9 % del total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores, de conformidad con la referida Ley. G.O. N° 42.880 del 16-05-2024.

Providencia N° SNAT/2024/000042 del SENIAT, mediante la cual se establece las normas para la declaración y pago de la contribución especial para la protección de las pensiones de seguridad social frente al bloqueo imperialista. G.O. N° 42.881 del 17-05-2024.

Decreto N° 4.967, mediante el cual se prorroga hasta el 31-08-2024, la vigencia del Decreto N° 4.907 de 29-12-2023, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.784, Extraordinario de la misma fecha y en consecuencia quedan vigentes las exoneraciones o beneficios allí señalados, en los términos y condiciones indicados en el citado Decreto. G.O. N° 6.818 Extraordinario del 28-06-2024.

2. *Correo*

Providencia N° CJ/013/2023 de IPOSTEL, mediante la cual se establece un sistema de actualización de las tarifas relativas a los Servicios Postales Universales (SPU), Expresos y Conexos a Nivel Nacional e Internacional con el propósito de que las mismas garanticen la sustentabilidad y progresividad permanente conforme a los diferentes análisis de una estructura de costos emanados por el Instituto. G.O. N° 42.795 del 10-01-2024.

Providencia N° CJ/012/2023 de IPOSTEL, mediante la cual se dictan las normas que regulan el servicio de entregas a domicilio, efectuado mediante la utilización de plataformas digitales, redes sociales, postales o comerciales. G.O. N° 42.813 del 05-02-2024.

Providencia N° CJ/016/2023 de IPOSTEL, mediante la cual se dictan las normas que regulan el servicio de apartados de correos. G.O. N° 42.813 del 05-02-2024.

Providencia N° CJ/002/2024 de IPOSTEL, mediante la cual se deja sin efecto la Providencia Administrativa N° CJ/012/2023, de fecha 22-10-2023, publicada en la Gaceta Oficial N° 42.813, de fecha 05-02-2024. G.O. N° 42.827 del 27-02-2024.

Providencia N° CJ/005/2024 de IPOSTEL, mediante la cual se autoriza la impresión y circulación de 3 series de estampillas. 2 series en formato de 5 sellos postales por hoja. Una serie en formato de 10 sellos postales por cada hoja, cada serie con 1000 hojas de estampillas, para un total de 3000 hojas de estampillas; 1000 hojas de Recuerdo con un sello postal por cada hoja y demás especies postales de la emisión filatélica alusiva a “Faros de Venezuela, 30° Aniversario de Ochina”. G.O. N° 42.905 del 20-06-2024.

3. *Servicios e industrias*

Resolución Conjunta de la Vicepresidencia Sectorial de Obras Públicas y Servicios, Ministerios del Poder Popular para el Petróleo, para el Transporte, para Obras Públicas y Desa-

rollo Minero Ecológico, mediante la cual se regula el costo e índice de baremo de acuerdo al tipo de maquinaria pesada y asfalto en función al requerimiento técnico y operativo, así como todas las acciones necesarias para restablecer de manera rápida, efectiva y eficaz las situaciones sobrevenidas, emergencia o de atención preventiva, las cuales serán implementadas por todas las personas naturales y jurídicas, de derecho público y privado, en todo el territorio nacional. G.O. N° 42.808 del 29-01-2024.

Resolución N° 17 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se dicta el Reglamento para la autorización de la marca Norven Sello Oficial de Calidad Venezuela. G.O. N° 42.830 del 01-03-2024.

Resoluciones N° 12/2024, 13/2024, 14/2024, 15/2024, 16/2024 y 21/2024 Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante las cuales se establecen las Normas Venezolanas COVENIN, de carácter nacional, que en ellas se mencionan. G.O. N° 42.832 del 05-03-2024.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, para la Defensa, de Petróleo, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, y para el Transporte, mediante la cual se establecen los mecanismos de control a los transportistas y usuarios finales de abonos minerales o químicos en el territorio nacional. G.O. N° 42.858 del 12-04-2024.

Resolución N° 56/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 1522:2023 “Ácidos Clorhídrico, Nítrico, Sulfúrico y Óleum. Determinación de la Concentración. (2da. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 57/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 3454:2023 “Cilindros para Gases Licuados del Petróleo (GLP), Revisión Periódica y Mantenimiento. (1ra. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 58/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 1539:2023 “Especias, Condimentos y Afines. Requisitos. (3ra. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 59/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 684:2023 “Pinturas. Determinación de la Viscosidad Mediante el Viscosímetro de Stormer. (3ra. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 60/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 682:2023 “Pinturas. Determinación de la Estabilidad del Envase. (4ta. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 61/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 681:2023 “Pinturas. Determinación del Grado de Sedimentación. (3ra. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 62/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 680:2023 “Pinturas y Productos Afines. Determinación del Contenido de Material No Volátil. (3ra. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 63/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 676:2023 “Pinturas. Determinación de Valor pH en Sistemas Acuosos con Electrodo de Vidrio. (1ra. Revisión)”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Resolución N° 65/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 2402-1:2023 “Tipología de los Vehículos de Carga. Parte 1: Términos y Definiciones”. G.O. N° 42.894 del 05-06-2024.

Resolución N° 66/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 3192:2023 “Azúcar no Refinado. (1ra. Revisión)”. G.O. N° 42.894 del 05-06-2024.

Resolución N° 67/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 197-2:2024 “Seguridad de los Juguetes. Parte 2: Inflamabilidad. (3ra. Revisión)”. G.O. N° 42.894 del 05-06-2024.

Resolución N° 77/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 5033:2023 “Calibración de Instrumentos Medidores de Presión. Requisitos”. G.O. N° 42.910 del 28-06-2024.

Resolución N° 78/2024 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se declara como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional la Norma 3792:2023 “Envases Metálicos con Recubrimiento. Determinación de Formaldehído Residual. (1ra. Revisión)”. G.O. N° 42.910 del 28-06-2024.

V. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. Educación

A. Educación básica y media

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Educación y para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea la red de cooperación entre el Ministerio del Poder Popular para la Educación y el Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, para la articulación académica entre las Escuelas Técnicas, las Instituciones de Educación Universitarias Nacionales y la Misión Sucre. G.O. N° 42.800 del 17-01-2024.

Resolución N° 11 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dictan los Planes de Estudios para la Educación Técnica Profesional en la Modalidad de Educación de Jóvenes, Adultas y Adultos. G.O. N° 42.855 del 09-04-2024.

Resolución N° 12 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta el Plan de Estudio de Educación Primaria en la Modalidad de Educación de Jóvenes, Adultas y Adultos. G.O. N° 42.855 del 09-04-2024.

Resolución N° DM/013 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta la normativa para el proceso de acreditación y certificación de aprendizajes por experiencia en la modalidad de educación de jóvenes, adultas y adultos. G.O. N° 42.855 del 09-04-2024.

Resolución N° 14 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se identifica con el Epónimo “09 de Diciembre de 2024 - Bicentenario de la Batalla de Ayacucho”, a las promociones que egresen de las instituciones y centros educativos oficiales dependiente del Ejecutivo Nacional, Estadal, Municipal y las instituciones educativas de

gestión privada de los niveles de educación inicial, primaria, media general, educación media técnica, modalidad de educación de jóvenes, adultas y adultos, Inces y Misión Ribas en las menciones y especialidades correspondientes, para el período escolar 2023-2024. G.O. N° 42.882 del 20-05-2024.

B. *Educación superior*

Resolución N° 3 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Ciencias Aeronáuticas; otorgará los Grados Académicos que en ella se señalan. G.O. N° 42.801 del 18-01-2024.

Resolución N° 4 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación: Educación Física, como el conjunto de actividades académicas, que conducen al otorgamiento del Título de Licenciada o Licenciado en Educación Física. G.O. N° 42.801 del 18-01-2024.

Resolución N° 5 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación: Educación en Geografía, Historia y Ciudadanía, como el conjunto de actividades académicas, que conducen al otorgamiento del Título de Licenciada o Licenciado en Educación en Geografía, Historia y Ciudadanía. G.O. N° 42.801 del 18-01-2024.

Resolución N° 6 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación: Educación en Lenguas Extranjeras Mención Inglés, como el conjunto de actividades académicas, que conducen al otorgamiento del Título de Licenciada o Licenciado en Educación en Lenguas Extranjeras Mención Inglés. G.O. N° 42.801 del 18-01-2024.

Resolución N° 12 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Urología. G.O. N° 42.808 del 29-01-2024.

Resolución N° 22 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Enfermería en Nefrología. G.O. N° 42.839 del 14-03-2024.

Resolución N° 23 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Medicina Forense. G.O. N° 42.839 del 14-03-2024.

Resolución N° 24 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Medicina Física y Rehabilitación. G.O. N° 42.839 del 14-03-2024.

Resolución N° 25 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Psiquiatría y Salud Mental Comunitaria. G.O. N° 42.839 del 14-03-2024.

Resolución N° 45 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se incorpora al contenido del Libro de Oportunidades de Estudios Universitarios, concebido desde la territorialización, las opciones que podrán desplegar las y los aspirantes a estudios de Programas Nacionales de Formación (PNF), Programas de Formación de Grado (PFG), Carreras largas y cortas, en el Sistema Nacional de Ingreso (SNI) que en ella se mencionan. G.O. N° 42.892 del 03-06-2024.

Resolución N° 47 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se dictan los lineamientos orientadores para la acreditación y certificación de aprendizajes y saberes por experiencia. G.O. N° 42.903 del 18-06-2024.

2. *Cultura*

Providencia N° 102 del SAREN, mediante la cual se establece la tasa en cero Petros (0 PTR) por concepto de prestación de servicios de registro de asociaciones civiles de carácter religioso. G.O. N° 6.796 Extraordinario del 08-03-2024.

Decreto N° 4.929, mediante el cual se declara el 19 de marzo de cada año como “Día Nacional de los Artesanos y Artesanas de Venezuela”, como reconocimiento y celebración a los hombres, mujeres, pueblos y comunidades que se dedican y defienden esta forma de producción ancestral que expresa a la sociedad, no como trabajo, ni como símbolo si no como vida física compartida. Fecha que servirá, además, para celebrar, enaltecer y divulgar la historia, la obra y a los hombres y mujeres practicantes de la artesanía venezolana. G.O. N° 6.797 Extraordinario del 15-03-2024.

Decreto N° 4.930, mediante el cual se declara el 2 de febrero de cada año como “Día Nacional de las Muñecas y Muñecos de Trapo de Venezuela”, dedicado al reconocimiento y conmemoración de esta ancestral actividad creativa, y en honor al natalicio de Zobeyda Jiménez representante del arte y la cultura popular del país. Fecha que servirá, además, para celebrar, enaltecer y divulgar la historia de esta manifestación cultural y la contribución del movimiento nacional de artesanas y artesanos. G.O. N° 6.797 Extraordinario del 15-03-2024.

Providencia N° 7/2024 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural a los documentos audiovisuales y radiofónicos que se encuentran registrados en las redes y medios de comunicación social, así como los testimonios de los actores políticos protagonistas y testigos de los hechos sucedidos durante los días 11, 12, 13 y 14 de abril de 2002, así como la carta escrita de puño y letra en cautiverio por el Comandante Eterno Hugo Rafael Chávez Frías, en la cual desmiente su renuncia a la Presidencia de la República y la bibliografía histórica que recoge la gesta cívico-militar. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

Providencia N° 11/2024 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural la “Tradición Oral en Torno a la Casa de Teresa de Jesús Bolívar, Viuda de Sáñez”. G.O. N° 42.899 del 12-06-2024.

3. *Vivienda y hábitat*

Resolución N° 44 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se ordena la ocupación temporal del lote de terreno, bienhechurías e inmuebles denominados “Villa Costa del Caribe”, y a su vez, se ordena la ocupación de urgencia, ubicado en la dirección que en ella se señala, con los linderos y coordenadas que en ella se especifican. G.O. N° 42.838 del 13-03-2024.

Resolución N° 61 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se ordena levantar la medida administrativa de ocupación temporal y de urgencia, del lote de terreno, bienhechuría e inmuebles denominado “Parque Hábitat El Ingenio”, ubicado en la Parroquia Guatire, municipio Zamora en el Estado Miranda. G.O. N° 42.861 del 17-04-2024.

Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. G.O. N° 6.805 Extraordinario del 01-05-2024.

4. *Salud*

Providencia N° 3/2024 del INSAI, mediante la cual se establece el Programa Nacional de Prevención, Vigilancia y Control de la Rabia Silvestre, en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.867 del 26-04-2024.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Territorio nacional*

Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba. G.O. N° 6.798 Extraordinario del 03-04-2024.

2. *Ambiente y recursos naturales*

Resolución N° 18 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dictan las condiciones especiales de aprovechamiento para la temporada 2023-2024, bajo criterios de pausa ecológica, a los fines de la investigación de las especies Baba (Caiman Crocodilus Crocodilus) y Chigüire (Hydrochaeris Hydrochaeris). G.O. N° 42.833 del 06-03-2024.

Resolución N° 22 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dictan las normas para la gestión integral de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. G.O. N° 42.871 del 03-05-2024.

3. *Transporte y tránsito*

A. *Sistema de transporte terrestre*

Exhorto Oficial del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante el cual se establece la tarifa mínima del pasaje urbano en Bs. 12 y el pasaje máximo urbano será de Bs. 13. En el caso, de las operadoras estatales el pasaje mínimo urbano será de Bs. 10. G.O. N° 42.842 del 19-03-2024.

Resolución N° 14 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la tarifa máxima oficial para las rutas suburbanas a nivel nacional, a ser cobradas por los prestadores del servicio público de transporte terrestre de pasajeras y pasajeros, respectivamente, con la finalidad de concretar y equilibrar tanto a los transportistas como a los usuarios del servicio; según como en ella se indica. G.O. N° 42.842 del 19-03-2024.

B. *Sistema de transporte acuático y aéreo¹*

Resolución N° 1 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se dicta el Sistema de Derechos Aeronáuticos para los Trámites y Servicios Prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil. G.O. N° 42.802 del 19-01-2024.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-059-24 del INAC, mediante la cual se dicta las condiciones mediante las cuales se regulan las operaciones de aeronaves de aviación general con matrícula extranjera en el territorio nacional. G.O. N° 42.823 del 21-02-2024.

Resolución N° 9 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se dicta la normativa técnica aplicable para la investigación de accidentes, incidentes graves e incidentes de aviación civil. G.O. N° 42.832 del 05-03-2024.

¹ Transcripciones disponibles en el Boletín de Derecho Aeronáutico editado por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), en <http://www.cidep.com.ve>

Comentarios Legislativos

COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE LEY PARA LA CREACIÓN DEL ESTADO DE LA GUAYANA ESEQUIBA (Diciembre 2023)

GUÍA DE LECTURA

Allan R. Brewer-Carias

Profesor, emérito Universidad Central de Venezuela

Director de la Revista

Resumen: *Este estudio analiza el primer Proyecto de Ley que se presentó por el Poder Ejecutivo ante la Asamblea Nacional para la creación de un Estado de la federación en el territorio de la Guayana Esequiba, y sus implicaciones.*

Palabras Clave: *Federación; Territorio Esequibo; Guyana*

Abstract: *This study analyzes the first Bill that was presented by the Executive Branch before the National Assembly for the creation of a State of the Venezuelan Federation in the territory of Guayana Esequiba, and its implications.*

Key words: *Federation; Guayana Esequiba Territory; Guyana.*

El día 5 de diciembre de 2023 y con posterioridad al refrendo consultivo sobre la cuestión del Territorio Esequibo celebrado el 3 de diciembre de 2023, según se anunció en la prensa, el Presidente de la República entregó al Presidente de la Asamblea un Proyecto de Ley para la creación del Estado de la Guayana Esequiba,¹ a los efectos de implementar el conjunto de medidas que anunció ese día, y que en general estuvieron referidas a implementar básicamente lo que se expresó en la quinta pregunta del referendo consultivo.

Dicho Proyecto de Ley se aprobó de inmediato en primera discusión, teniendo por objeto, el cual, como lo dice la Exposición de Motivos y lo repite el artículo 1°:

“establecer un conjunto de medios y mecanismos orientados a la defensa del territorio de la Guayana Esequiba, actualmente usurpado por la República Cooperativa de Guyana, como resultado del írrito Laudo Arbitral de 1899, con el propósito de asegurar la soberanía e integridad territorial de la República Bolivariana de Venezuela,”

En ese sentido, el artículo 2 del Proyecto de Ley definió expresamente la finalidad de la misma, así:

“1. Preservar la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional como derechos irrenunciables de la Nación.

¹ Véase las referencias en el reportaje de Carlos Eduardo Sánchez, “El Presidente refirió que este instrumento dará pie a la implementación de la decisión tomada por el pueblo de Venezuela en el referéndum consultivo,” en Últimas Noticias, 5 de diciembre de 2023, disponible en: https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/essequibo/maduro-entrega-a-la-an-ley-para-creacion-de-la-guayana-essequiba/?utm_source=substack&utm_medium=email

2. Ratificar la vigencia del Acuerdo de Ginebra de 1966 como único instrumento jurídico válido para una solución práctica y mutuamente aceptable de la controversia sobre la Guayana Esequiba.
3. Otorgar a la Guayana Esequiba la categoría de estado dentro de la división político territorial de la República Bolivariana de Venezuela y establecer el régimen de funcionamiento de los Poderes Públicos de esa entidad.
4. Proteger a la población actual y futura del territorio de la Guayana Esequiba y garantizar sus derechos humanos, de conformidad con lo establecido en la República Bolivariana de Venezuela.”

Conforme al artículo 7 del Proyecto, todos los órganos del Poder Público, en ejercicio de sus competencias, deben colaborar activamente en la consecución de los fines de esta Ley, “en aplicación de lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tomando en cuenta su estrecha vinculación con la garantía de la integridad territorial, soberanía y autodeterminación de la Nación.”

Con tales objeto y finalidad, el Proyecto presentado se dividió en tres capítulos fundamentales: el Primero, con declaraciones generales sobre la posición de Venezuela sobre el Laudo Arbitral de 1899, el Acuerdo de Ginebra y el sometimiento de resolución de conflictos internacionales a terceros; el segundo sobre la creación del Estado Guayana Esequiba; y el tercero sobre acciones de protección del territorio de la Guayana Esequiba.

Todo el articulado del Proyecto de Ley y su objeto, por lo demás, se rige, como lo dispone el artículo 3 de la Ley,

“por los principios de integridad territorial, independencia, libertad, soberanía, inmunidad, autodeterminación nacional, cooperación, igualdad entre los Estados, no intervención en asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, respeto a los derechos humanos, y solidaridad.”

Nuestra intención, con estas notas es comentar el contenido del Proyecto de Ley, en el texto que ha circulado en las redes sociales y que se informó que había sido aprobado en primera discusión, como una especie de guía de lectura del mismo para facilitar su comprensión general, consciente de que se trata de comentarios provisionales pues habrá que esperar el texto de la Ley sancionada para analizarlo debidamente.

I. DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

El Capítulo Primero del Proyecto de ley, además de identificar el objeto (art. 1) y la finalidad (art. 2) de la ley, contiene una serie de declaraciones generales fundamentales, definitorias de la política del Estado en relación con la cuestión de la Guayana Esequiba, que en cierta forma se refieren al contenido del texto de las primeras tres preguntas formuladas en el referendo consultivo, que son las siguientes:

1. *La declaración del carácter irrito del Laudo Arbitral de 1899*

En primer lugar, la ratificación del *carácter irrito del Laudo Arbitral de 1899*, a cuyo efecto, el artículo 4 dispone que:

“Artículo 4. Se declara irrito el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral reunido en París el 3 de octubre 1899, mediante el cual se pretende despojar a Venezuela del territorio de la Guayana Esequiba que históricamente le pertenece desde la creación de la Capitanía General de Venezuela en 1777, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad.”

Se trata de una declaración principista que fundamentalmente es una ratificación, precisada, del contenido de la norma del artículo 10 de la Constitución, y de lo que fue el texto de la primera pregunta del referendo consultivo.

2. *La declaración del carácter del Acuerdo de Ginebra de 1966 como único instrumento que regula la solución de la controversia del Esequibo*

En segundo lugar, la ratificación del *carácter del Acuerdo de Ginebra de 1966*, a cuyo efecto, el artículo 5 del Proyecto de Ley dispone que:

Artículo 5. A los fines de esta Ley, el Acuerdo para Resolver la Controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la Frontera entre Venezuela y Guayana Británica, conocido como Acuerdo de Ginebra de 1966, constituye el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y mutuamente aceptable para la República Bolivariana de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana en relación con la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba.”

El artículo repite el texto de la segunda pregunta del referendo consultivo sobre el Acuerdo de Ginebra de 1966, instrumento internacional que es precisamente conforme al cual la cuestión del Territorio Esequibo entre Guyana y Venezuela está siendo conocida por la Corte Internacional de justicia desde 2018, y sobre lo cual la Corte declaró su competencia desde 2020.

3. *La declaración general de que en el futuro no se someterá a terceros la resolución de controversias sobre asuntos relacionados con su independencia e integridad territorial*

En tercer lugar, una declaración general de política internacional hacia futuro sobre *no sometimiento a mecanismos de resolución de controversias*, que se formula en el artículo 6 del Proyecto de Ley, con el siguiente texto:

Artículo 6. La República Bolivariana de Venezuela no someterá a mecanismos de resolución de controversias por parte de terceros, incluyendo arbitrajes y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, los asuntos relacionados con su independencia e integridad territorial.

La República Bolivariana de Venezuela hará reserva expresa en todo tratado internacional que prevea mecanismos de resolución de controversias por parte de terceros, excluyendo de la aplicación de tales mecanismos todos los asuntos relacionados con sus intereses vitales, tales como la independencia e integridad territorial.”

Tal como está redactada esta norma, no es más que una declaración de principios en materia de política internacional de no someter hacia el futuro (“no someterá”), es decir, a partir de la entrada en vigencia de la Ley, la resolución de controversias sobre asuntos relacionados con la independencia e integridad territorial de la R a terceros, incluyendo mecanismos de arbitraje o resolución judicial por la Corte Internacional de Justicia.

Nada en esta norma permite deducir que mediante el Proyecto de Ley se esté desconociendo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para el asunto que está conociendo relacionado con la cuestión de límites con Guyana y en particular, sobre la nulidad del Laudo Arbitral de 1899.

4. *La declaración general del deber ciudadano de defender el Esequibo*

Y, en cuarto lugar, una declaración del deber de todos los venezolanos de proteger la soberanía sobre la Guayana Esequiba, que se formula en el artículo 8 del proyecto, con el siguiente texto:

“**Artículo 8.** Todos los venezolanos y venezolanas tienen el deber de resguardar, proteger y reivindicar la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela sobre el territorio de la Guayana Esequiba, así como la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

II. LA CREACIÓN DEL ESTADO GUAYANA ESEQUIBA

1. *El nuevo Estado y su superficie*

Siguiendo los lineamientos de la pregunta quinta del referendo consultivo, el artículo 9 del Proyecto de ley “crea el Estado Guayana Esequiba dentro de la organización político territorial de la República Bolivariana de Venezuela” como “una entidad autónoma en lo político, con personalidad jurídica plena y patrimonio propio e independiente.”

Conforme al artículo 10, del proyecto de Ley, ese nuevo Estado de la Federación:

“tendrá la superficie del actual territorio de la Guayana Esequiba, comprendida dentro de los siguientes límites: Norte: Océano Atlántico; Sur: Brasil; Este: Río Esequibo y por el Oeste: Estados Delta Amacuro y Bolívar.”

2. *El gobierno y administración del nuevo Estado*

El gobierno y administración del Estado Guayana Esequiba, como el de todos los Estados, “corresponde a un Gobernador” que debe ejercer las funciones que le otorga la Constitución y la ley, y quien en todo caso debe “ser venezolano por nacimiento, mayor de veinticinco años y de estado seglar,” y debe ser electo “por un periodo de cuatro años por mayoría de las personas que voten,” pudiendo ser reelecto (art. 11).

Tal como se dispuso en la Disposición Transitoria Primera,

“Hasta tanto se celebren las elecciones en el Estado Guayana Esequiba, de conformidad con el Acuerdo de Ginebra y el derecho internacional, el gobierno y administración del Estado será ejercido por un Jefe de Gobierno designado por el Presidente de la República”.

La redacción de esta Disposición Transitoria sugiere que hasta tanto no se resuelva la controversia con Guyana conforme al “Acuerdo de Ginebra y al derecho internacional,” que será cuando puedan realizarse las elecciones en el nuevo Estado de la Federación, en la nueva entidad no habrá un Gobernador electo sino un Jefe de Gobierno designado por el Presidente de la República.

El Proyecto de Ley agregó, además, en la Disposición Transitoria Tercera, que la sede del jefe de Gobierno del nuevo Estado Guayana Esequiba será la ciudad de Tumeremo, ubicada en el Municipio Sifontes del Estado Bolívar, “hasta tanto se alcance una solución práctica y mutuamente aceptable con la República Cooperativa de Guyana en torno a la controversia territorial.”

3. *El Poder Legislativo en el nuevo Estado.*

En cuanto al Poder Legislativo Estatal, el artículo 12 del Proyecto de ley dispone que el mismo “será ejercido por un Consejo Legislativo conformado por siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios que lo conformen.” Dicho Consejo Legislativo debe ejercer “las funciones que le otorga la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

Conforme a la Disposición Transitoria Segunda del Proyecto de Ley, “hasta tanto se celebren las elecciones en el Estado Guayana Esequiba para el Consejo Legislativo, de conformidad con el Acuerdo de Ginebra y el derecho internacional, el Poder Legislativo del estado será ejercido por la Asamblea Nacional.”

De la redacción de esta Disposición Transitoria, igualmente se deduce que hasta tanto no se resuelva la controversia con Guyana conforme al “Acuerdo de Ginebra y al derecho internacional,” que será cuando puedan realizarse las elecciones en el nuevo Estado de la Federación, en la nueva entidad no habrá un Consejo Legislativo, sino que será la Asamblea Nacional la que ejercerá el Poder Legislativo en la nueva entidad político territorial.

4. *La Contraloría del nuevo Estado*

El artículo 13 del Proyecto de Ley estableció que en nuevo Estado “tendrá una Contraloría que gozará de autonomía orgánica y funcional,” y “ejercerá, conforme a la Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República.” Conforme a la Disposición Transitoria Tercera, la sede de dicho órgano también será la ciudad de Tumeremo en el Estado Bolívar, igualmente “hasta tanto se alcance una solución práctica y mutuamente aceptable” con Guyana “en torno a la controversia territorial.”

5. *Repercusiones en el ámbito institucional del poder nacional de la creación del nuevo Estado Guayana Esequiba.*

Como en los Estados de la Federación se deben elegir diputados y senadores, en el artículo 14 del Proyecto de Ley se regula el tema respecto del nuevo Estado Guayana Esequiba, indicándose que:

“tendrá una representación parlamentaria en la Asamblea Nacional que será elegida por los habitantes de ese territorio, de conformidad con las normas que dicte el Consejo Nacional Electoral.”

Sin embargo, la Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de Ley dispone igualmente que:

“hasta tanto se celebren las elecciones en el Estado Guayana Esequiba, de conformidad con el Acuerdo de Ginebra y el derecho internacional, la representación parlamentaria en la Asamblea Nacional será escogida en una circunscripción nacional, de conformidad con las normas que dicte el Consejo Nacional Electoral.”

Por otra parte, como los Estados de la Federación forman parte del sistema de administración financiera del sector público, el artículo 15 del Proyecto de Ley obliga al Ejecutivo Nacional a “incorporar la estructura orgánica y funcional del Estado Guayana Esequiba” de conformidad con la ley que regula la materia.

Igualmente, como en el nuevo Estado Guayana Esequiba deben funcionar tribunales de la República, el artículo 16 del Proyecto de Ley le asigna al Tribunal Supremo de Justicia la función de:

“crear tribunales con competencia en el territorio de la Guayana Esequiba o atribuir dicha competencia a tribunales existentes, a los fines de garantizar el acceso a la justicia y la protección judicial de los habitantes de ese Estado.”

III. ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LA GUAYANA ESEQUIBA

1. *Un nuevo mapa de Venezuela*

En el artículo 17 del Proyecto de Ley se declara que “el mapa político de la República Bolivariana de Venezuela deberá incluir el territorio del Estado Guayana Esequiba como parte integrante del territorio nacional,” siendo dicho mapa, “de uso obligatorio por parte de todos los órganos y entes del Poder Público,” aún cuando esto no responda a la realidad, porque como se establece en los artículos anteriores y en sus respectivas Disposiciones Transitorias, ello solo tendrá lugar cuando se resuelva la controversia con Guyana conforme al “Acuerdo de Ginebra y al derecho internacional.”

En todo caso, a partir de la vigencia de la ley, el nuevo mapa es obligatorio, estableciéndose:

En primer lugar, la prohibición de:

“la publicación del mapa político de la República Bolivariana de Venezuela sin la incorporación del territorio del Estado Guayana Esequiba”(art. 17).

En segundo lugar, sanciones de “multa que oscile entre mil (1.000) y cien mil (100.000) veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el Banco Central de Venezuela, a quien:

“elabore, publique o distribuya mapas, planos o cartas totales o parciales de la República Bolivariana de Venezuela o cualesquiera otras formas que incluyan su representación, que omitan el territorio del Estado Guayana Esequiba” (art. 18).

Las multas deben ser impuestas por el Presidente del Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar, de conformidad con la ley que regula la cartografía nacional, para lo cual debe seguir previamente el procedimiento administrativo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, debiendo, el monto de las mismas, ingresar al Fisco Nacional (art. 18).

2. *La declaración como documento histórico de toda información relacionada con le Guayana Esequiba*

En el artículo 19 del Proyecto de Ley se declara como:

“documento histórico de la nación y recurso fundamental de interés superior para el Estado toda la información que guarde relación, directa o indirecta, con el territorio de la Guayana Esequiba o con hechos o situaciones de interés para la determinación de los derechos de la República Bolivariana de Venezuela sobre dicho territorio, la reconstrucción de sus antecedentes históricos o la defensa de los derechos de la República sobre dicho territorio ante cualquier jurisdicción.”

Como una de las consecuencias de esta declaración general sobre el carácter de documento histórico de las informaciones sobre el Territorio Esequibo y los derechos de Venezuela sobre el mismo, se establece un deber general de que la misma sea puesta a disposición del Estado, salvo que la información sea disponible al público, estableciéndose así en el artículo 20 del proyecto de Ley lo siguiente:

“**Artículo 20.** Las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, órganos o entes de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, que posean, administren o gestionen, por cualquier título, la información a que hace referencia esta Ley deben ponerla a disposición de la República Bolivariana de Venezuela, por órgano de la Comisión Presidencial de Estado para la Garantía de la Integridad Territorial y Asuntos Limitrofes, salvo que tuvieren certeza de que dicha información consistiere en documentos o información disponibles al público.”

3. *Las prohibiciones de contratación impuestas a los órganos y entes públicos con entidades que estén operando en la Guayana Esequiba*

En el artículo 21 del Proyecto de Ley se estableció una prohibición general dirigida a “los órganos y entes del Poder Público” de:

“celebrar contratos o acuerdos con personas jurídicas que se encuentren operando o colaboren con la operación en el territorio de la Guayana Esequiba o las aguas pendientes por delimitar entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, con base en concesiones, autorizaciones o permisos otorgados unilateralmente por Guyana en violación del Acuerdo de Ginebra y el derecho internacional.”

4. *El establecimiento de restricciones a los derechos políticos de los ciudadanos*

Por su parte, el artículo 22 del proyecto de Ley establece lo que se identifica como “prohibición de acceso a cargos públicos,” al disponer lo siguiente:

“**Artículo 22.** No podrán ser postulados a cargos de elección popular o ejercer cargos públicos las personas que, incumpliendo el deber previsto en el artículo 130 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley, favorezcan públicamente la posición de la República Cooperativa de Guyana en torno a la Guayana Esequiba o deshonren los símbolos patrios de la Nación.”

Esta restricción a los derechos políticos de los ciudadanos a ocupar cargos públicos y a ser electos, es inconstitucional pues conforme a lo establecido en los artículos 39 y 65 de la Constitución, dichos derechos solo se encuentran restringidos respecto de las personas sujetas a inhabilitación política o a interdicción civil, por razones de edad en los términos que para cada cargo establece la Constitución, o que hayan sido condenadas por delitos que afecten al patrimonio público.

Una Ley no puede crear una restricción para el ejercicio de cargos públicos por nombramiento o por elección, por causa de las opiniones que pueda expresar una persona sobre cualquier asunto, incluyendo el tema de la Guayana Esequiba, pues además, sería violatoria de la libertad de expresión del pensamiento que garantiza el artículo 57 de la propia Constitución, donde solo se restringe “el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorio y los que promuevan la intolerancia religiosa.”

Por otra parte la indeterminación de la fórmula utilizada en la redacción de la norma para imponer la inconstitucional restricción, al referirse a las personas que “favorezcan públicamente la posición de la República Cooperativa de Guyana en torno a la Guayana Esequiba Guyana,” puede dar lugar a abusos de poder en su aplicación por parte de los órganos administrativos que tengan a su cargo el nombramiento de funcionarios o de los órganos electorales que han de recibir postulaciones para cargos de elección popular.

EL 28% DE LAS LEYES APROBADAS POR LA AN EN 2023 NO SE HAN PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL*

Laura Louza Scognamiglio**

Directora y fundadora de la ONG Acceso a la justicia

Resumen: *En la República Bolivariana de Venezuela no se publican todas las Gacetas Oficiales, hay instrumentos “perdidos”, cuyos números no aparecen. Se trata de uno de los rasgos de la ausencia de Estado de derecho en el país y de la inseguridad jurídica que reina en él.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional, Gaceta Oficial, opacidad, Poder Legislativo.*

Abstract: *In the Bolivarian Republic of Venezuela, not all Official Gazettes are published; there are 'missing' issues whose numbers do not appear. This is one of the characteristics of the absence of the rule of law in the country and the legal uncertainty that prevails there.*

Key words: *National Assembly, Official Gazette, opacity, Legislative Power.*

Un porcentaje importante de las leyes que la Asamblea Nacional (AN) ha aprobado en 2023 ha terminado en el limbo porque no han sido publicadas aún en la Gaceta Oficial, por lo tanto, técnicamente no han entrado en vigor ni se puede exigir su cumplimiento ni a las autoridades ni a los ciudadanos.

El año pasado, el Parlamento venezolano aseguró haber dictado 14 instrumentos legislativos¹, pero una revisión realizada por Acceso a la Justicia de la lista de textos arrojó que 4 de ellos no han sido sometidos al último trámite para considerar que en realidad están vigentes². La cifra supone el 28,57 % del total.

El artículo 215 de la Constitución de 1999 es claro al señalar que «la Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente “cúmplase” en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela». Por su parte, el artículo 1 del Código Civil establece que «la Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha a posterior que ella misma indique». Algo similar estipula la Ley de Publicaciones Oficiales, cuyo artículo 10 señala que «las leyes y demás actos jurídicos del Estado de efectos generales entrarán en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela».

* <https://accesoalajusticia.org/28-leyes-aprobadas-an-2023-no-publicado-gaceta-oficial/>

** Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pantheon-Assas (París II); Magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; Fundadora y directora ejecutiva de la ONG venezolana Acceso a la Justicia, <https://accesoalajusticia.org/>.

¹ <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/an-culmina-2023-con-14-leyes-sancionadas-y-la-victoria-del-referendo-por-el-esequibo>

² <https://accesoalajusticia.org/leyes-dictadas-por-la-an-promulgadas-y-publicadas-en-gaceta-oficial-2021-2022>

UNA TENDENCIA PREOCUPANTE

La revisión realizada por Acceso a la Justicia arrojó que los textos cuya suerte se desconoce son la Ley Especial de las Trabajadoras y Trabajadores Agrícolas, sancionada el 26 de julio de 2023; la Ley Aprobatoria del Acuerdo entre los gobiernos de Venezuela y de Turquía relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, sancionada a finales de septiembre de 2023; la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero del Año 2024; y la Ley Especial de Endeudamiento Anual, ambas sancionadas el 14 de diciembre.

Hasta el momento no se ha informado si el presidente Nicolás Maduro vetó parcial o totalmente alguno de los instrumentos, o si por el contrario los promulgó (para lo cual tiene 10 días a partir de su recepción), pero por alguna causa los mismos no han sido enviados al Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial (Saingo) para su publicación en el diario oficial del Estado, o si los recibió se desconocen las razones por las cuales estas Gacetas no son públicas. En el caso de la Ley aprobatoria del acuerdo en materia de inversiones entre Venezuela y Turquía, queda a discreción del Ejecutivo el momento de su promulgación según lo dispone el artículo 217 de la carta magna, no así en los otros casos.

El último escenario planteado ya se ha producido en el pasado. La Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora fue sancionada por la AN el 11 de octubre de 2022; sin embargo, su publicación en la Gaceta Oficial no se produjo sino hasta el 29 de noviembre de 2023, es decir, que entró en vigor más de 13 meses después.

Los retrasos en la publicación de las leyes que el Parlamento sanciona se registran desde hace años, y aunque en 2023 el número de normas de las que se perdió la pista tras ser aprobadas por los diputados fue menor al registrado en el período previo, cuando ocho de esos instrumentos jurídicos corrieron esta misma suerte³, lo cierto es que esta práctica y sus peligrosos efectos se mantienen vigentes.

SIETE AÑOS EN LAS SOMBRAS

De las cuatro leyes aprobadas en 2023 por la AN cuyo paradero se desconoce hasta ahora, destacan tanto la del presupuesto nacional como la Ley de Endeudamiento para el presente año. Ambas normas son de gran trascendencia e impacto para los ciudadanos, por cuanto prevén los fondos que el Estado destinará a servicios tan fundamentales como la educación, salud, seguridad y al pago de pensiones o jubilaciones, así como a inversiones en infraestructuras y servicios públicos.

Sin embargo, desde 2015 las autoridades han optado por no difundir el texto íntegro del proyecto de ingresos y gastos de la nación, algo que viola flagrantemente disposiciones como las contenidas en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el cual estipula que la administración de los fondos públicos estará «regida por los principios constitucionales de legalidad, eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad, equilibrio fiscal y coordinación macroeconómica».

Debemos advertir que la opacidad que rodea al presupuesto público impide el ejercicio de la contraloría social y fomenta la corrupción administrativa. También llama la atención que la Contraloría General de la República no haya dicho nada al respecto desde 2015, lo que demuestra una vez más su falta absoluta de autonomía.

³ <https://accesoalajusticia.org/38-leyes-sancionadas-an-2022-todavia-no-han-aparecido-gaceta-oficial-no-han-entrado-vigor/>

A VECES MENOS, ES MÁS

La productividad de la AN electa en 2020 ha ido disminuyendo, aunque esto no es necesariamente negativo, lo importante es que haya debate y conocimiento previo de los proyectos de leyes que se van a discutir. Pero los debates no son nada frecuentes en un Parlamento cuyos curules están ocupados en más de 90 % por el partido gobernante y aliados.

Ahora bien, si nos atenemos a las cifras sobre el número de leyes aprobadas, el resultado es el siguiente: en 2023 14 leyes fueron sancionadas, lo que es un tercio menos que las 21 de 2022. Por su parte, las 21 aprobadas por los diputados en 2022 fueron 44 % menos que las de 2021, cuando 38 instrumentos recibieron el visto bueno de la AN.

Durante el año pasado, el Legislativo también aprobó en primera discusión 14 proyectos de ley, entre los cuales destacan el polémico borrador de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones No Gubernamentales y Afines; el de Desarrollo y Producción de Cervezas Artesanales; el de Prevención, Atención y Tratamiento de Enfermedades de Transmisión Sexual; y que el busca castigar todo tipo de discriminación.

Los proyectos de Ley de la Danza; del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat; de Pesca; de Fomento de Exportaciones no Petroleras; de Defensa de la Guayana Esequiba; y de Atención Integral a las Personas Sordas y Personas con Discapacidad Auditiva también recibieron un primer visto bueno.

Sin embargo, el grueso del año 2023 el Parlamento lo dedicó a aprobar acuerdos políticos (73), mientras que aprobó la designación de 14 embajadores por parte del presidente y nombró al actual Consejo Nacional Electoral (CNE).

Para este año, una de las promesas del Poder Legislativo es renovar al Consejo Moral Republicano⁴, lo que implica designar a un nuevo fiscal general de la República, un defensor del Pueblo y un contralor general. No obstante, hasta el momento ese proceso no se ha iniciado; se espera que cuando lo haga haya transparencia y, sobre todo, que se cumpla lo establecido en la Constitución, lo que no ha ocurrido desde su entrada en vigencia a finales de 1999, ocasionando la falta de independencia de sus autoridades.

REFLEXIONES FINALES

La irregularidad expuesta refuerza la situación de indefensión e inseguridad jurídica en la que se encuentran los habitantes de Venezuela, por cuanto hay incertidumbre en relación a si algunos de los instrumentos aprobados por los diputados están en vigor o no. Esto es otro ejemplo de la ruptura institucional en Venezuela, causa de la emergencia humanitaria compleja que afecta al país.

Pese a que el número de leyes cuya situación legal se desconoce es menor en 2023 respecto a años anteriores, lo cierto es que esta práctica no termina de desaparecer y parece formar parte de la opacidad estructural que invade a la administración venezolana⁵. Lo más grave es que los proyectos de leyes no son de conocimiento público y tampoco hay frecuentes debates en la AN ni una consulta transparente y plural de los instrumentos legislativos durante su discusión en el Parlamento.

⁴ <https://accesoalajusticia.org/an-por-fin-fija-mirada-consejo-moral-republicano-promete-renovar-lo-2024/>

⁵ Enlace a la tabla sobre las leyes de la AN, promulgadas por el Ejecutivo Nacional y publicadas en Gaceta Oficial 2021-2024: <https://accesoalajusticia.org/leyes-dictadas-por-la-an-promulgadas-y-publicadas-en-gaceta-oficial-2021-2022/>

LA “REVIVENCIA” DEL FANTASMA DE LA IMPLANTACIÓN DEL “ESTADO COMUNAL” EN LA VÍSPERA DE LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DE 2024

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor, emérito Universidad Central de Venezuela
Director de la Revista*

Resumen: *Este comentario analiza la situación actual de las instancias del llamado Estado Comunal, del cual solo se han creado los Consejos Comunales, con el propósito de vaciar de contenido a instancias del Estado Constitucional, entre ellas, los Municipios.*

Palabras Clave: *Consejo Comunal; Estado Comunal; Municipios*

Abstract: *This comment analyzes the current situation of the instances of the so-called Communal State, of which only the Communal Councils have been created, with the purpose of emptying of content of the Constitutional State institutions, among them, the Municipalities.*

Key words: *Communal Council; Communal State; Municipalities.*

I. EL RÉGIMEN LEGAL DEL PODER POPULAR PARA AFIANZAR EL ESTADO SOCIALISTA

El 28 de mayo de 2024, según se anunció en la prensa,¹ la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Poder Popular, que puede considerarse como la Ley matriz del esquema del Estado Comunal o del Poder Popular que aún cuando fue rechazado por el pueblo en el referendo sobre la reforma constitucional de 2007, se implementó inconstitucionalmente, en fraude incluso a la voluntad popular, mediante un conjunto de leyes orgánicas sancionadas en diciembre de 2010,² que fueron las siguientes: *Ley Orgánica del Poder Popular*,³ *Ley Orgánica de las Comunas*,⁴ *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal*,⁵ *Ley Orgánica de Planifi-*

¹ Véase Hernán Lugo-Galicia, “Si el chavismo pierde, le queda la Asamblea Nacional para afectar al gobierno de Edmundo González con el llamado Poder Popular,” en *El Nacional*, junio 2, 2024, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/si-el-chavismo-pierde-le-queda-la-asamblea-nacional-para-afectar-al-gobierno-de-edmundo-gonzalez-con-el-llamado-poder-popular/>

² Véase sobre todas esas leyes: Allan R. Brewer-Carías et al, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.

³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1330 de 17-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html>

*cación Pública y Comunal*⁶ y *Ley Orgánica de Contraloría Social*.⁷ Además, en el mismo marco de estructuración del Estado Comunal montado sobre el Poder Popular se destaca la sanción de la *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno*,⁸ y la reforma de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*,⁹ y la sanción de las *Leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas*,¹⁰ y de los *Consejos Locales de Planificación Pública*.¹¹

Debe señalarse, es ese esquema legislativo, que, en 2021, la Asamblea Nacional amenazó con sancionar la *Ley Orgánica de las Ciudades Comunales*, la cual sin embargo no llegó a publicarse.¹²

Por otra parte, antes, desde 2006, incluso antes de la propuesta de reforma constitucional de 2007, ya se había sancionado la *Ley de los Consejos Comunales*,¹³ reformada posteriormente y elevada al rango de ley orgánica en 2009,¹⁴ y vuelta a reformar en 2023,¹⁵ que fue con la que se comenzó el inconstitucional proceso de desmunicipalización de la participación ciudadana, sustituyéndose al Municipio como la unidad política primaria en la organización nacional que exige la Constitución (art. 168) conforme al sistema de descentralización política (distribución vertical) del poder que la misma establece en el marco de la forma federal del Estado; por un sistema de entidades sin autonomía política alguna que se han denominado del “Poder Popular” como son los Consejos Comunales, directamente vinculadas, controlados y dependientes en un esquema centralizado del poder, dirigido desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional, por un Ministerio el Poder Popular.

II. EL ESTADO COMUNAL PARA AFIANZAR EL ESTADO SOCIALISTA

Con este conjunto de Leyes Orgánicas se buscó definir, al margen de la Constitución y en violación a la misma,¹⁶ el marco normativo de un nuevo *Estado Socialista, paralelo al Estado Constitucional*, que se ha denominado “Estado Comunal” y que si nos atenemos a las experiencias históricas precedentes, todas fracasadas, unas desaparecidas como el de la Unión Soviética, y otros en vías de extinción como el de Cuba, no es otra cosa sino un Estado Co-

⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1326 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/%201328-161210-2010-10-1437.html>

⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.963 Extra. de 22-02-2010

⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28-12-2010

¹⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.017 Extra. de 30-12-2010

¹¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.017 Extra. de 30-12-2010

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el inconstitucional proyecto de “Ley de las Ciudades Comunales,” o un paso más en la desconstitucionalización del Estado, mediante su desmunicipalización,” en *Revista de Derecho Público*, N° 165-166, enero-junio 2021, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2021, pp. 432- 444

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006

¹⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009. Véase la sentencia N° 1.676 de 03-12-2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley Orgánica de los Consejos Comunales. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1676-31209-2009-09-1369.html>

¹⁵ Sancionada el 22 de junio de 2023.

¹⁶ Véase el estudio de José Ignacio Hernández, Jesús María Alvarado Andrade y Luis A. Herrera Orellana, “Sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Popular,” en pp. 509 ss. de este libro.

munista, para el cual *se adopta al Socialismo como doctrina oficial pública impuesta a los ciudadanos para poder participar*, montado en un sistema Centralizado, Militarista y Policial para el ejercicio del poder; y para lo cual se adoptaron expresa y textualmente los postulados marxistas más tradicionales sobre el comunismo, como son la propiedad social de los medios de producción; eliminación de la división social del trabajo; y reinversión social del excedente productivo tal como ha quedado plasmado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal de 2010¹⁷ (arts. 2; 3.2; 3.3; 3.8; 5; 6.12; 6.15 y 9).

Ello, incluso se reafirmó en la reforma de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales de 2023, que fueron definidos en la misma “como una *instancia de gobierno comunitario* para la participación protagónica en el ejercicio directo de la soberanía popular” (art. 1) que supuestamente “permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos [...], en la *construcción del nuevo modelo de sociedad socialista...*” (art. 2), es decir, “con el fin de establecer la *base sociopolítica del socialismo* que consolide un *nuevo modelo político, social, cultural y económico*” (art. 3).

III. LAS DIVERSAS INSTANCIAS DE AGREGACIÓN QUE CONFORMAN EL ESTADO COMUNAL

En las mencionadas Leyes Orgánicas, se regulan reiterativamente las diversas instancias del Estado Comunal, constituidas, conforme a la Ley Orgánica del Poder Popular,

“por los diferentes sistemas de agregación comunal y sus articulaciones, para ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal: *consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales* y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular,” (artículo 8.9).

Ello se repite en la Ley Orgánica de las Comunas, que define a las instancias del Poder Popular como las constituidas:

“por los diferentes sistemas de agregación comunal: *consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales* y los otros que, de acuerdo a la Constitución de la República y la ley, surjan de la iniciativa popular” (art. 4.12. Igualmente, en la Ley Orgánica del Sistema de Economía Comunal, art. 6.10).

La misma Ley Orgánica de las Comunas en su artículo 60, precisó que estos diversos tipos de sistemas de “agregación” son:

1. El Consejo Comunal: como instancia de articulación de los movimientos y organizaciones sociales de una comunidad.
2. La Comuna: como instancia de articulación de varias comunidades organizadas en un ámbito territorial determinado.
3. La *Ciudad Comunal*: constituida por iniciativa popular, mediante la agregación de varias comunas en un ámbito territorial determinado.
4. *Federación Comunal*: como instancia de articulación de dos o más ciudades que correspondan en el ámbito de un Distrito Motor de Desarrollo.
5. *Confederación Comunal*: instancia de articulación de federaciones comunales en el ámbito de un eje territorial de desarrollo.
6. Las demás que se constituyan por iniciativa popular.”

¹⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html>

Todas estas instancias del Poder Popular enumeradas en esas Leyes, como lo dispone su artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Popular, adquieren personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular de las Comunas, con lo que en definitiva, se deja en manos del Ejecutivo Nacional la decisión de registrar o no un consejo comunal, una comuna o una ciudad comunal, y ello lo hará, por supuesto, aplicando la letra de la Ley lo que significa que si está dominada por “voceros” que no sean socialistas, no cabe su registro ni, por tanto, su reconocimiento como persona jurídica, así sea producto de una iniciativa popular genuina.

IV. DESDE 2010 SOLO LOS CONSEJOS COMUNALES SE HAN CREADO CONFORME A LAS LEYES ORGÁNICAS

Ahora bien, después de catorce años de vigencia de las Leyes Orgánicas del Poder Popular, puede decirse que solo se han establecido conforme a lo establecido en las leyes los Consejos Comunales, que, según lo informado oficialmente, para 2021 eran *49 mil* Consejos Comunales.¹⁸

Ninguna otra “instancia de agregación” comunal se ha establecido conforme a lo previsto en las Leyes, por lo que puede estimarse que es falso lo indicado oficialmente el gobierno, de que en el país se hubieran constituido *3.640 Comunas*.¹⁹ Y si ello hubiese sido así, ello sería “ilegal”, contrario a la letra de la Ley Orgánica de las Comunas que exige que para crear una Comuna necesariamente ello tiene que ser el resultado de un *referendo aprobatorio* de las mismas, en el cual están llamados a participar todos los ciudadanos del área respectiva de la misma.

En efecto, para la creación de Comunas, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica de Comunas de 2010, las mismas solo pueden constituirse “por iniciativa popular” a través de la agregación de comunidades organizadas. Sin embargo, la Ley nada dispone sobre el número de comunidades organizadas que se requieren para la constitución de una comuna, remitiendo al Reglamento, tanto para las que se constituyan “en el área urbana como en el área rural.”

En todo caso, como lo precisa el artículo 10 de la misma Ley Orgánica de las Comunas, la “iniciativa popular” para su constitución “corresponde a los consejos comunales y a las organizaciones sociales que hagan vida activa en las comunidades organizadas, quienes deberán previamente conformarse en comisión promotora” (art. 10).

En esta forma, una vez tomada la “iniciativa popular” por diversos Consejos Comunales para la constitución de las Comunas, conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica de Comunas, las mismas se rigen por una “Carta Fundacional” que debe ser aprobada “por mayoría simple” “mediante *referendo*” por los *ciudadanos y ciudadanas* de las comunidades organizadas del ámbito geográfico propuesto”.

Dicha Carta Fundacional es el:

¹⁸ Véase lo declarado por Nicolás Maduro. En la Plataforma oficial del Ministerio de Ecosocialismo, 21 de octubre de 2021, Disponible en hww.minec.gob.ve/constituidos-49-mil-consejos-comunales-en-el-territorio-nacional/#:~:text=Constituidos%2049%20mil%20Consejos%20Comunales%20en%20el%20territorio%20nacional%20-%20Minec&text=Prensa%20Presidencial%20%2F%20Parque%20Nacional%20Waraira,%2C%2021%2F10%2F2021.

¹⁹ Véase la información en el portaoficial del Ministerio de Ecosocialismo, “Jefe De Estado: Poder Popular Organizado en Comunas es el arma para el desarrollo de la patria,” 26 diciembre 2022, disponible en: [www.minec.gob.ve/jefe-de-estado-poder-popular-organizado-en-comunas-es-el-arma-para-el-desarrollo-de-la-patria/#:~:text=De%20las%20comunas%20registradas%20\(3.640,fortalecer%20la%20participaci%C3%B3n%20del%20pueblo](http://www.minec.gob.ve/jefe-de-estado-poder-popular-organizado-en-comunas-es-el-arma-para-el-desarrollo-de-la-patria/#:~:text=De%20las%20comunas%20registradas%20(3.640,fortalecer%20la%20participaci%C3%B3n%20del%20pueblo)

“instrumento aprobado en referendo popular, donde las comunidades expresan su voluntad de constituirse en Comuna, en su respectivo ámbito geográfico, contentiva de la declaración de principios, censo poblacional, diagnóstico sobre los principales problemas y necesidades de su población, inventario de las potencialidades económicas, sociales, culturales, ambientales, y opciones de desarrollo” (art. 4.3).

Este *referendo aprobatorio* debe tener lugar en un lapso perentorio de 60 días siguientes a la notificación que se haga al Ministerio de Poder Popular sobre la conformación de la comisión promotora de constitución de la comuna respectiva (art. 13.3).

Hasta la fecha (junio de 2024), *no se conoce que en el país se haya realizado “referendo popular” alguno en alguna área geográfica determinada del territorio nacional en el cual se haya aprobado la creación de alguna “comuna,”* y menos que se hayan celebrado 3.640 referendos en el territorio nacional, razón por la cual las mismas anunciadas por el Gobierno, si existen, es en violación de la ley.

V. LOS CONSEJOS COMUNALES COMO “GOBIERNOS” SIN REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA: LA AUSENCIA DE SUFRAGIO UNIVERSAL DIRECTO Y SECRETO EN LA DESIGNACIÓN DE LOS “VOCEROS” DE LOS CONSEJOS COMUNALES

Por otra parte, conforme a todas estas Leyes Orgánicas del Poder Popular, *ninguna de las personas que ejercen la titularidad de los órganos del Poder Popular, incluyendo los “voceros o voceras” de los Consejos Comunales, tienen su origen en elecciones efectuadas mediante sufragio directo, universal y secreto de todos los electores inscritos en el registro electoral en el área específica de las entidades.* Ni siquiera puede decirse que tienen su origen en elecciones indirectas, pues en ningún caso hay elección directa de primer grado, como es el caso de los propios Consejos Comunales.

En efecto, conforme a Ley Orgánica de los Consejos Comunales, al concebir a estos órganos como “*instancias de gobierno comunitario,*” ello significa que se trata de *entidades políticas de gobierno,* y como tales, de acuerdo a la Constitución, tienen que estar integrador por ciudadanos mayores de 18 años (denominados voceros), que tiene que ser electos por los ciudadanos mayores de 18 años inscritos en el registro electoral del Área geográfica de los mismos, mediante sufragio universal directo y secreto como lo mandan los artículos 39 y 64 de la Constitución.

Sin embargo, en forma totalmente inconstitucional, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, dispone que dichos voceros pueden ser electos y pueden votar para elegirlos, los habitantes mayores de 15 años (art. 7), y además, establece que la elección, aún cuando se debe realizar “a través de votaciones universales, directas y secretas, mediante proceso electoral de manera uninominal,”(art. 8), la misma no es por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Área respectiva, sino por unas Asambleas de ciudadanos en los cuales puede haber extranjeros y menores de 18 años (arts. 4.6 y 8), que se constituyen tuteladas y controladas por el Ministerio del Poder Popular (art. 5) y que pueden llegar a estar conformadas solo por el 20% de los habitantes del Área.

VI. LAS INSTANCIAS DEL PODER POPULAR COMO ESTRUCTURAS PARALELAS AL ESTADO CONSTITUCIONAL, PARA ASEGURAR SU EXTINCIÓN Y SUSTITUCIÓN

Como hemos señalado, el Estado Comunal que se establece en las Leyes del Poder Popular, se ha establecido como un “Estado paralelo” al Estado Constitucional cuyos órganos electos por votación popular directa universal y secreta son los que conforme a la Constitución ejercen el Poder Público.

Se trata de dos Estados establecidos en paralelo, uno regulado en la Constitución, y otro regulado en unas leyes inconstitucionales, pero con previsiones que, de llegar a ser aplicadas, podrían permitir al Estado Comunal ahogar y secar al Estado Constitucional, hasta destruirlo.

A tal efecto, en la Ley Orgánica del Poder Popular se establecen unas previsiones para regular las relaciones entre el Estado o el Poder Público y el Poder Popular, que en general se dispone que “se rigen por los principios de igualdad, integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, en el marco del sistema federal descentralizado consagrados en la Constitución de la República” (art. 26), pero que en su texto no es así; y que son las siguientes:

En *primer lugar*, se establece como obligación legal para los órganos, entes e instancias del Poder Público que regula la Constitución de promover, apoyar y acompañar las iniciativas populares para la constitución, desarrollo y consolidación de las diversas formas organizativas y de autogobierno del pueblo (art. 23).²⁰ En particular, incluso, la Ley Orgánica de Comunas dispone que “los órganos integrantes del Poder Ciudadano apoyarán a los consejos de contraloría comunal a los fines de contribuir con el cumplimiento de sus funciones” (art. 48).

En *segundo lugar*, se sujeta a todos los órganos del Estado Constitucional que ejercen el Poder Público, a los mandatos de las organizaciones del Poder Popular, al instaurarse un nuevo principio de gobierno, consistente en “gobernar obedeciendo.” El artículo 24 de la LOPP en efecto dispone:

Artículo 24. Actuaciones de los órganos y entes del Poder Público. Todos los órganos, entes e instancias del Poder Público guiarán sus actuaciones por el principio de gobernar obedeciendo, en relación con los mandatos de los ciudadanos, ciudadanas y de las organizaciones del Poder Popular, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República y las leyes.

Como las organizaciones del Poder Popular no tienen autonomía política pues no sus “voceros” no son electos democráticamente mediante sufragio universal, directo y secreto por los ciudadanos, sino designados por asambleas comunales en las cuales incluso pueden participar menores de edad y extranjeros, controladas e intervenidas por el partido oficial y el Ejecutivo Nacional. Este, además, controla y guía todo el proceso organizativo del Estado Comunal, para asegurar que se en el ámbito exclusivo de la ideología *socialista*, sin que tenga cabida vocero alguno que no sea socialista.

Por ello, este principio de “gobernar obedeciendo” es una limitación a la autonomía política de los órganos del Estado Constitucional que han sido electos conforme a la Constitución, como la Asamblea Nacional, los Gobernadores y Consejos Legislativos de los Estados y los Alcaldes y Concejos Municipales, a quienes se le impone en definitiva la *obligación de obedecer lo que disponga el Ejecutivo Nacional y el partido oficial enmarcado en el ámbito exclusivo del socialismo como doctrina política*. La voluntad popular expresada en la elección de representantes del Estado Constitucional, por tanto, no tiene valor alguno, y al pueblo se le confisca su soberanía trasladándola de hecho a unas asambleas que no lo representan.

En *tercer lugar*, en particular, se establece la obligación para el Poder Ejecutivo Nacional, para que “conforme a las iniciativas de desarrollo y consolidación originadas desde el Poder Popular,” planifique, articule y coordine “acciones conjuntas con las organizaciones sociales, las comunidades organizadas, las comunas y los sistemas de agregación y articulación que surjan entre ellas, con la finalidad de mantener la coherencia con las estrategias y políticas de carácter nacional, regional, local, comunal y comunitaria” (art. 25).

²⁰ Una norma similar está en el artículo 62 de la Ley Orgánica de las Comunas, a los efectos de “la constitución, desarrollo y consolidación de las comunas como forma de autogobierno.”

En *cuarto lugar*, se establece la obligación para los órganos y entes del Poder Público en sus relaciones con el Poder Popular, de dar “preferencia a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación y articulación que surjan entre ellas, en atención a los requerimientos que las mismas formulen para la satisfacción de sus necesidades y el ejercicio de sus derechos, en los términos y lapsos que establece la ley” (art. 29).

Igualmente se prevé que los órganos, entes e instancias del Poder Público, en sus diferentes niveles político-territoriales, deben adoptar “medidas para que las organizaciones socio-productivas de propiedad social comunal, gocen de prioridad y preferencia en los procesos de contrataciones públicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras” (art. 30).²¹

En *quinto lugar*, se establece la obligación para la República, los estados y municipios, de acuerdo con la ley que rige el proceso de transferencia y descentralización de competencias y atribuciones, la obligación de transferir “a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación que de éstas surjan; funciones de gestión, administración, control de servicios y ejecución de obras atribuidos a aquéllos por la Constitución de la República, para mejorar la eficiencia y los resultados en beneficio del colectivo” (art. 27).²²

Con ello, se dispone legalmente el vaciamiento de competencias de los Estados y Municipios, de manera que queden como estructuras vacías, con gobiernos representativos electos por el pueblo pero que no tienen materias sobre las cuales gobernar.

Este proceso se reforzó en la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y en la ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. En efecto, la transferencia de competencias de los Estados a los Municipios, a las comunidades y a los grupos vecinales que se prevé en la Constitución (art. 184), y que en la Ley Orgánica de Régimen Municipal anterior se atribuía a los Consejos Legislativos de los Estados para establecer el procedimiento a dichos fines, se ha cambiado radicalmente, asignándose esa función al Consejo Federal de Gobierno organizado en la ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, la cual se lo ha organizado de manera tal que está completamente controlado por el Ejecutivo Nacional (art. 11). En esta forma se ha limitado inconstitucionalmente la autonomía de los Estados y Municipios que les garantiza la Constitución.

A tal efecto, la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone, en su artículo 281 que “la transferencia de competencias y servicios de los estados a los municipios, y de éstos a las instancias del Poder Popular, se realizará de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno,” y en esta ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, se asigna al Consejo, el atender “al establecimiento del régimen para la transferencia de las competencias entre los entes territoriales, y a las organizaciones detentadoras de la soberanía originaria del Estado”(art. 1); siendo por tanto ese órgano ahora el encargado de “de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y municipios, “ correspondiéndole establecer “los lineamientos que se aplican a los procesos de transferencia de las competencias y atribuciones de las entidades territoriales, hacia las

²¹ En particular, conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica de las Comunas, se dispone que “todos los órganos y entes del Poder Público comprometidos con el financiamiento de proyectos de las comunas y sus sistemas de agregación, priorizarán aquéllos que impulsen la atención a las comunidades de menor desarrollo relativo, a fin de garantizar el desarrollo territorial equilibrado.

²² Esta misma norma se repite en la Ley Orgánica de las Comunas (art. 64). El 31 de diciembre de 2010, aún estaba pendiente en la Asamblea Nacional la segunda discusión del proyecto de Ley Orgánica del Sistema de Transferencia de Competencias y atribuciones de los Estados y Municipios a las organizaciones del Poder Popular.

organizaciones de base del Poder Popular” (art. 2). Lineamientos que, además, declara esa Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno que son “vinculantes para las entidades territoriales (art. 2).

Por último, el proceso de transferencias de competencias para vaciar a los Estados y Municipios de las suyas constitucionales, se completó con la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones de 2012²³ dictada con el objeto de regular los mecanismos de transferencia de la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos del Poder Público Nacional y de las entidades político territoriales, a las organizaciones de base del Poder Popular, en violación abierta a la autonomía de los Estados y Municipios y a la estructura federal del Estado prevista en la Constitución.

²³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.954, de 28-06-2012. Véase sobre esta Ley los siguientes comentarios publicados en la *Revista de Derecho Público*, No. 130, abril-junio 2012, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2012: Jesús María Casal, “Un paso más en la construcción del Estado socialista comunal,” pp. 89-100; Carlos Eduardo Herrera, “El Decreto N° 9.043 un paso más en la creación vía legislativa del Poder Popular,” pp. 101-118; José Luis Villegas Moreno, “Hacia la instauración del Estado Comunal en Venezuela: Comentario al Decreto Ley Orgánica de la Gestión Comunitaria de Competencia, Servicios y otras Atribuciones, en el contexto del Primer Plan Socialista-Proyecto Nacional Simón Bolívar 2007-2013,” pp. 129-138; Juan Cristóbal Carmona Borjas, “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones,” pp. 139-146; Cecilia Sosa G. “El carácter orgánico de un Decreto con fuerza de Ley (no habilitado) para la gestión comunitaria que arrasa lentamente con los Poderes estatales y municipales de la Constitución,” pp. 147-156; José Ignacio Hernández G., “Reflexiones sobre el nuevo régimen para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones,” pp. 157-164; Alfredo Romero Mendoza, “Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones,” pp. 165-176; Enrique J. Sánchez Falcón, “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones o la negación del federalismo cooperativo y descentralizado,” pp. 177-186.

CINCO PREOCUPACIONES SOBRE LA NUEVA LEY DE PENSIONES*

Laura Louza Scognamiglio

Directora y fundadora de la ONG Acceso a la justicia

Resumen: *El parlamento venezolano aprobó “Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista” que establece una contribución obligatoria para el sector privado por cada uno de sus trabajadores activos. La novísima obligación se suma a la contribución parafiscal de protección social ya existente y establecida en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y la Ley del Seguro Social, que regulan las contribuciones para los pensionados y jubilados. La nueva ley es inconstitucional por ser discriminatoria y violar el principio de legalidad tributaria y parece más una medida de última hora para conseguir fondos para las venideras elecciones presidenciales que para los pensionados y jubilados.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional (AN), Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), Ley de Protección de las Pensiones de la Seguridad Social, Pensionado.*

Abstract: *The Venezuelan Parliament approved the 'Law for the Protection of Social Security Pensions Against the Imperialist Blockade,' which establishes a mandatory contribution from the private sector for each of its active workers. This new obligation is added to the already existing parafiscal contribution for social protection, established in the Organic Law of the Social Security System and the Social Security Law, which regulate contributions for pensioners and retirees. The new law is unconstitutional as it is discriminatory and violates the principle of tax legality, and it seems more like a last-minute measure to raise funds for the upcoming presidential elections than to benefit pensioners and retirees.*

Key words: *National Assembly (NA), Venezuelan Institute of Social Security (IVSS), Law for the Protection of Social Security Pensions, pensioner.*

Nicolás Maduro anunció el 1 de mayo que su Gobierno presentaría a la Asamblea Nacional (AN) una ley para imponerle al sector privado una «contribución especial» para mejorar las pensiones de los jubilados venezolanos.¹ En cuestión de horas, el Parlamento aprobó la Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista² (en lo sucesivo Ley de Pensiones).

«Frente al bloqueo y las nuevas sanciones del 18 de abril el esfuerzo (por elevar el monto de las pensiones y demás prestaciones sociales) lo tenemos que hacer todos, no me pueden echar todo el carro a mi o a nosotros», justificó el gobernante.

* <https://accesoalajusticia.org/cinco-preocupaciones-nueva-ley-pensiones/>

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=NiCJlo5DQ5o>

² http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=T028700046262/0&Nombrerd= spgoin& CodAsocDoc=3578&Sesion=585129897

«Nada nos va a detener porque nosotros no somos una colonia de nadie», declaró desafiante Maduro a las horas de que se conociera la decisión de Estados Unidos de reimponer sanciones contra la industria del petróleo y del gas por el incumplimiento de las autoridades venezolanas a los compromisos electorales asumidos meses antes.³

Al revisarse el texto de la Ley de Pensiones, se encontraron por lo menos cinco motivos de preocupación.

I. UN INSTRUMENTO DESEQUILIBRADO Y DISCRIMINATORIO

La nueva Ley de Pensiones establece, en su artículo 6 que la contribución especial será pagada por «las personas jurídicas, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o, de hecho, de carácter privado, domiciliadas o no en la República Bolivariana de Venezuela, que realicen actividades económicas en el territorio nacional», y en su artículo 7 señala que la misma será de «hasta el 15% del total de los pagos realizados por el contribuyente a las trabajadoras y trabajadores por concepto de salario y bonificaciones de carácter no salarial».

La novísima obligación se suma a la contribución parafiscal de protección social ya existente y establecida en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y la Ley del Seguro Social, que regulan las contribuciones para los pensionados y jubilados.

En otras palabras, a partir de ahora las personas jurídicas de carácter privado que realicen actividades económicas en el país, sean nacionales o extranjeras, y que además tengan trabajadores activos, deberán aportar no solo las cotizaciones previstas en las leyes antes mencionadas (las cuales oscilan entre el 9 y 11% de los salarios que pagan a sus trabajadores), sino también la contribución de la Ley de Pensiones, que fue fijada por decreto presidencial en 9%⁴.

De lo anterior queda claro que todas las personas jurídicas de carácter privado, que realicen actividades económicas en el país y tengan trabajadores activos, independientemente de que sean con o sin fines de lucro (OSFL), deben contribuir en igual proporción, lo que contraría el principio de progresividad establecido en el artículo 316 de la Constitución, que exige la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente. También contraría el artículo 317, que señala que no podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que puedan tener carácter confiscatorio.

En otros tiempos, las OSFL tenían exoneración o exención de pago de tributos; ahora, en su gran mayoría se les trata de la misma manera que a las empresas, las cuales perciben lucro y pueden trasladar sus costos a sus productos o servicios. En la Ley de Pensiones, los únicos que están exonerados por 1 año son «los emprendimientos debidamente registrados ante el Registro de Nacional de Emprendimientos (RNE)» (artículos 2 y 3 del Decreto n° 4.952, publicado en la Gaceta Oficial n° 42.880 del 16 de mayo de 2024).⁵

Recordemos que, de acuerdo con la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos,⁶ se entiende como tal la «actividad económica con fines de lucro ejercida por una o más personas», que cuenta con una duración de hasta 2 años y que esté debidamente inscrito en el Registro Nacional de Emprendimiento.

³ <https://www.bbc.com/mundo/articles/c6pykw9gpyro>

⁴ <https://accesoalajusticia.org/normas-para-la-declaracion-y-pago-de-la-contribucion-especial-para-la-proteccion-de-las-pensiones-de-seguridad-social/>

⁵ <https://ojdt.com.ve/archivos/gacetas/2024-05/42880.pdf>

⁶ <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-para-el-fomento-y-desarrollo-de-nuevos-emprendimientos-2021116202828.pdf>

Además, la nueva Ley de Pensiones parece olvidar que el mayor patrono del país es el Estado, y aun así no le impone ningún aporte, ni siquiera a sus múltiples formas asociativas. Según datos de Transparencia Venezuela del presupuesto de 2022⁷ (en ausencia de datos oficiales), el Estado venezolano cuenta con más de 5,5 millones de personas en sus nóminas, y por ello también es de donde han salido la mayoría de los pensionados y jubilados del país.

Así, pretender que, con el aporte de una parte del mercado laboral, esto es, el empleo privado, se aumenten de manera sustantiva las pensiones de los trabajadores y jubilados de los sectores público y privado, no tiene lógica alguna, menos aún si, además, quien va a manejar los recursos que otros aportan es el mismo Estado que no rinde cuentas de los ingresos que percibe. Prueba de ello es que no se conoce oficialmente el presupuesto público desde 2015.

La Ley de Pensiones, al establecer que la contribución prevista recaee únicamente en el sector privado, es discriminatoria, pues genera una desigualdad con relación a las cargas fiscales entre entidades de trabajo privadas y públicas; ello afecta de forma desigual el flujo de caja y el precio final de productos y/o servicios, generando aumentos de precios como recientemente se ha anunciado, por ejemplo, en el caso de las escuelas privadas⁸.

II. ¿PARA PENSIONES O PARA ALGO MÁS?

Otro motivo de alarma es el hecho de que la contribución no será pagada al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), ente que tiene la competencia legal de pagar las pensiones de vejez, incapacidad, maternidad, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, por muerte, cesantía o paro forzoso.

El artículo 9 de la Ley de Pensiones le asigna la tarea de la recaudación de la contribución especial al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat), que es el organismo encargado del cobro de los impuestos.

Esto último genera dudas con relación al destino de los fondos, debido a que las cotizaciones pagadas al IVSS son recabadas por la Tesorería de la Seguridad Social, una instancia independiente del fisco nacional (artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social), cuya responsabilidad es administrar los recursos obtenidos de los aportes patronales y de los trabajadores para tres fines muy específicos: pago de pensiones, asistencia médico-sanitaria de los trabajadores e indemnizaciones por accidentes, invalidez, embarazo o pérdida de trabajo.

En cambio, los recursos recaudados por el Seniat terminan en el tesoro nacional y de allí las autoridades los pueden emplear indistintamente para financiar, por ejemplo, la educación, la sanidad pública, la seguridad y defensa, la justicia, las obras públicas de infraestructura, el pago de los funcionarios públicos, o hacer frente a los compromisos relacionados con la deuda pública interna y externa y el sostenimiento de empresas públicas, o incluso para las transferencias a los estados y municipios.

Así, surge la pregunta: si todo va a un mismo destino cuando el Seniat lo cobra, ¿cómo se garantiza que los fondos derivados de la nueva contribución se dediquen únicamente a las pensiones de los trabajadores?

⁷ <https://runrun.es/el-megafono/467799/transparencia-venezuela-de-55-millones-de-trabajadores-publicos-mas-de-4-millones-son-militares/>

⁸ <https://laverdad.com/piden-evaluar-ley-de-pensiones-tras-aumento-de-matricula-en-colegios-privados/>

Esta situación se agrava ya que el Estado venezolano, como ya se indicó anteriormente no ha publicado oficialmente el presupuesto público desde 2015, por lo que resultará casi imposible conocer no solo cuánto se recauda, sino además qué recursos específicamente se destinarán al pago de pensiones.

III. ¿SOLO SE APLICA A PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER PRIVADO CON TRABAJADORES ACTIVOS?

Como ya se dijo, la Ley de Pensiones establece que son sujetos pasivos las personas jurídicas, que tengan una actividad económica en el territorio del país o con impacto en él (para las no domiciliadas en Venezuela), y que tengan trabajadores activos.

De tal manera, quienes tengan esas características tendrán que declarar y pagar mensualmente la nueva contribución (artículo 9).

Aclaremos que no debe confundirse el concepto de actividad económica con actividad sin fines de lucro, pues cualquier entidad que tenga una actividad que genere recursos realiza una actividad económica y, por tanto, estaría sujeta a los términos de la ley, aunque no tenga fines de lucro.

Por otro lado, esto significa que, si una entidad empresarial, fundacional o asociativa no cuenta con trabajadores o no tiene actividad económica, ¿debe igualmente declarar y pagar? De conformidad con la propia Ley de Pensiones, no debería ni lo uno ni lo otro.

Sin embargo, el sistema informático del Seniat no deja declarar en cero, como ocurre con otros tributos, por lo que se plantea la duda sobre si la persona jurídica de carácter privado tiene actividad económica, pero no tiene trabajadores activos, de todas formas, debe declarar y, por tanto, pagar.

En tal sentido, muchas empresas, donde solo sus propietarios trabajan en ellas, u OSFL que funcionan con voluntarios, se han planteado declarar por lo menos un trabajador, aunque no lo tengan y la ley no lo exija, y en consecuencia pagar el aporte correspondiente.

Evidentemente esto es irregular, por lo que expertos en materia tributaria han aclarado que como en el supuesto antes señalado no se configura el hecho imponible, pues tampoco la base imponible,⁹ no existe el deber de declarar y pagar.

No obstante, se entiende la preocupación antes mencionada, porque en Venezuela no hay un Estado de derecho; es más, en un conflicto entre el Estado y un particular el sistema de justicia por lo general actúa a favor del primero. Esto se agrava porque la administración de justicia casi nunca otorga medidas cautelares para el particular, tales como la suspensión de los efectos de una acción estatal en su contra, lo que sería lo pertinente en caso de que el Seniat multara o tomara alguna decisión contra un contribuyente que no haya declarado y pagado, a pesar de no tener que hacerlo.

Así, es probable que los contribuyentes opten por declarar y pagar, reportando, aunque sea un trabajador, lo que es menor al costo de una fiscalización, posiblemente acompañada de una multa y, quizás, de algún tipo de procedimiento judicial que, además de costoso, resultará probablemente infructuoso.

⁹ <https://x.com/ServiTributos/status/1798704497876996325?t=IIHSfocHh4www8OoVfFIWA&s=08>

IV. ¿Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

El artículo 317 de la Constitución establece que «No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes».

Sin embargo, el Código Orgánico Tributario en su artículo 3, numeral 3 señala que «Solo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código (...) Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales».

Así, el artículo 8 de la Ley de Pensiones, siguiendo lo indicado por la norma arriba transcrita, faculta al presidente de la República a determinar los sectores que podrían estar exonerados del pago de la contribución que la misma exige.

Esto significa que ambas normas son inconstitucionales al no regular estos aspectos de manera específica en la propia ley, como en cambio exige el artículo 317 constitucional citado.

V. DUDAS SOBRE EL MONTO A PAGAR POR TRABAJADOR

Las dudas surgen, entre otras razones, porque el segundo párrafo del artículo 7 de la ley sostiene que «En ningún caso la base del cálculo de los pagos realizados a cada trabajadora o trabajador será menor al ingreso mínimo integral indexado definido por el Ejecutivo Nacional». Pues bien, voceros del partido de Gobierno han comunicado que el ingreso mínimo integral indexado como base mínima tributable aplicada al período de un mes por trabajador está compuesto por la suma del bono de guerra de \$90 y el cestaticket de \$40, lo que arroja un total de \$130 como monto mínimo a pagar.¹⁰

Estas declaraciones llaman la atención, porque ni el Decreto n° 4.952, publicado en la Gaceta Oficial n° 42.880 del 16 de mayo de 2024¹¹, ni la Providencia n° SNAT/2024/000042 emitida por el Seniat¹², publicada en la Gaceta Oficial n° 42.881 del 17 de mayo de 2024¹³, indican que el ingreso mínimo integral indexado como base mínima tributable sea de \$130.

Es más, el Decreto n° 4.805 publicado en Gaceta Oficial n.° 6.746 del 1 de mayo de 2023¹⁴, mediante el cual se establece el aumento del ingreso mínimo mensual, en su artículo 6° al referirse a este concepto determina que comprende la suma del bono de guerra (Bs. 750, artículo 2.b) y el cestaticket (Bs. 1.000, artículo 1), lo que arroja un total de Bs. 1.750. Esto, a la tasa publicada por el Banco Central de Venezuela corresponde a \$48 (tasa del día anterior a la publicación de esta nota de prensa).

No obstante, el artículo 5 del decreto antes mencionado indica que:

«El Ejecutivo Nacional ordenará el ajuste mensual, tomando como referencia el tipo de cambio publicado por el Banco Central de Venezuela, de los montos fijados en este Decreto para el Cestaticket Socialista y el Bono contra la Guerra Económica, pudiendo ordenar su ajuste a efectos de proteger el valor del mismo y el poder adquisitivo de los trabajadores y las trabajadoras».

¹⁰ <https://x.com/torrealbaf/status/1785806168813617527?t=Kc45VAQQhwraPgMdWbhS4Q&s=08>

¹¹ <https://ojdt.com.ve/archivos/gacetas/2024-05/42880.pdf>

¹² <https://accesoalajusticia.org/normas-para-la-declaracion-y-pago-de-la-contribucion-especial-para-la-proteccion-de-las-pensiones-de-seguridad-social/>

¹³ <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/mayo/1752024/1752024-7071.pdf#page=2>

¹⁴ <https://bonus.com.ve/wp-content/uploads/2023/09/Gaceta-Oficial-6.746.pdf>

Así, el presidente de la República publica por su cuenta de X (antes Twitter) cuáles son los montos que denomina «indexados» en bolívares del cestaticket y bono de guerra. Esto también lo hace el exministro de Trabajo, Francisco Torrealba, hoy en día diputado de la AN por el partido de Gobierno.

El problema surge porque esto no se regula en instrumento normativo alguno ni se publica en Gaceta Oficial, por lo que, conforme al principio de legalidad, hasta tanto no sean modificadas las normas del Decreto n° 4.805 que regulan esos conceptos y su reforma sea publicada en Gaceta, jurídicamente hablando no debería ser aplicable dicha indexación o ajuste.

De tal forma que en este estado de confusión no queda claro si se debe declarar y pagar por cada trabajador el monto mínimo de \$48 según lo establecido en el Decreto n° 4.805, o más bien el monto publicado por redes sociales como indexado, que es de \$130. La Ley de Pensiones se refiere a un ingreso mínimo integral indexado y no solo a un ingreso mínimo integral como el Decreto antes mencionado. Por ello, aunque no haya norma jurídica que regule esa indexación, asociaciones de profesionales dedicadas a estos temas han declarado que se debe considerar que el monto indexado es de \$130 como ha establecido el Ejecutivo nacional¹⁵.

Lo anterior es otra muestra de la situación del Estado de derecho en Venezuela, donde se decretan ajustes de conceptos como el cestaticket y bonos por redes sociales y no se redactan las normas jurídicas correspondientes ni se publican en Gaceta Oficial.

REFLEXIÓN FINAL

En vista de su repentina aprobación, masivo ámbito de aplicación y falta de definición sobre el monto real de aumento de la pensión de los trabajadores, la Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista parece más bien un intento de las autoridades por obtener fondos de manera urgente, entre otros, con fines electorales.

A esto se añade que el instrumento contiene una serie de irregularidades y fallas que hacen dudar de su capacidad real para recuperar el paupérrimo poder adquisitivo de los pensionados y jubilados. Una de esas deficiencias es el hecho de que el principal empleador, el Estado, no está obligado a realizar aportes de pago, pero sí el reducido y golpeado sector privado.

El que los fondos sean recaudados por la autoridad tributaria (el Seniat) tampoco es una buena señal, porque esos recursos van a un pote único, el del fisco nacional y de allí, pueden ser destinados a otros fines. Sin embargo, la asignación de esta responsabilidad al IVSS tampoco daría muchos más motivos para confiar, porque históricamente este organismo ha sido incapaz de cumplir su obligación de garantizar a los venezolanos una seguridad social de calidad, como denunciarnos en 2020.¹⁶

La lamentable situación de millones de pensionados y jubilados venezolanos, obligados a malvivir con míseros ingresos, es prueba de cómo se malgastó la última bonanza petrolera que vivió el país en la primera década del presente siglo, en la que las autoridades no se preocuparon para una época de «vacas flacas», como la actual, una vez terminada la de «vacas gordas».

¹⁵ <https://araquereyna.com/promulgada-ley-de-proteccion-de-las-pensiones-de-seguridad-social-frente-al-bloqueo-imperialista/>

¹⁶ <https://accesoaljusticia.org/estafa-ivss-cobros-por-anos-sin-nada-cambio/>

Finalmente, debe destacarse la rapidez con la que se empezó a recaudar este tributo, sin que nunca se haya indicado cuánto recibirán los pensionados por los fondos percibidos en su nombre.

Esto demuestra cómo una vez más se cobra en nombre de los más necesitados sin que estos sepan por cuánto será ese beneficio, ni tengan seguridad si es que ello ocurre.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2024

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
*Abogada
Secretaria de Redacción de la Revista*

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Ordenamiento Jurídico*. A Leyes Orgánicas: Carácter Orgánico

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos sociales educativos y culturales*. A. Derecho a la Educación.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Régimen de los jueces. 2. *Régimen Municipal*. *Servicios Públicos*. *Tarifa*. *Naturaleza*.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Libertad Económica*. *Derecho al ejercicio libre de la actividad económica*. A. Limitaciones. B. Principio de no confiscatoriedad del Tributo.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*. *Vicios de Fondo: Falso supuesto*.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo*. *Amparo Cautelar*.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de interpretación constitucional*. *Inadmisibilidad*. 2. *Revisión Constitucional*. *Impropio*. 3. *Revisión de oficio*. 4. *Acción de amparo constitucional*. A. Competencia. B. Inadmisibilidad. C. Abandono de trámite.

VIII. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

1. *Propiedad*. *Violación al derecho de propiedad*.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Ordenamiento Jurídico

A. Leyes Orgánicas: Carácter Orgánico

TSJ-SC (203)

19-3-2024

Ponencia Conjunta

Caso: La Sala Constitucional declara la Constitucionalidad del carácter orgánico de la **Ley Orgánica para la inclusión, igualdad y desarrollo integral de las personas con discapacidad**, sancionada en sesión ordinaria del 14 de marzo de 2024, con el objeto de que esta Sala se pronuncie acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico atribuido a dicho instrumento de rango legal.

Verificada la competencia de esta Sala Constitucional, es imperioso señalar que en sentencia de este órgano identificada con el n° 537 del 12 de junio de 2000, caso: “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*” [Véase: *Revista de Derecho Público* No 82, abril-junio, 2000 pp. 141 y ss], se fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando criterios de división lógica distintos, a saber: **i)** obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; **ii)** obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público; y **iii)** obedece al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el mencionado artículo 203 se refiere a “(...) las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas”.

Siguiendo este hilo argumental, es de apreciar que, según el artículo 203 de la Constitución, son materias reservadas a la ley orgánica: **i)** las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas **ii)** a la organización de los Poderes Públicos, **iii)** al desarrollo de derechos constitucionales, y **iv)** a las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Siendo esto así, se ha precisado por esta Sala que los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter taxativo, lo que implica que indistintamente la ley a la cual se pretenda considerar como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal.

En torno a la delimitación constitucional de las materias propias de la ley orgánica, la Sala ha subrayado, en general, que“(...) con las leyes orgánicas se pretende fundamentalmente que las materias reguladas por estas tengan mayor estabilidad que aquellas materias que son propias de las leyes ordinarias, dada la especial rigidez de aquellas normas respecto de estas, cuya aprobación y ulterior modificación o derogación se somete a requisitos especiales -como el concurso más amplio de voluntades en la Asamblea Nacional- en cuanto regulan la materia de que se trate, aunque la ratio del número de leyes orgánicas -tanto por determinación constitucional como las que derivan de un criterio material- incluidas en el texto constitucional, encierran diversas motivaciones (p. ej. prolongar el espíritu de consenso en materias trascendentales o poner a cubierto el desarrollo de los derechos fundamentales)” (*vid.* sentencia de esta Sala n° 34 del 26 de enero de 2004, caso: *Vestalia Sampedro de Araujo*). [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 97-98 enero-junio 2004 pp. 107 y ss].

Cónsono con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional en el asunto, ha fijado que el rasgo predominante “(...) es sin duda la del aspecto material que en la definición de ley orgánica impera en la actualidad, teniendo en cuenta que -a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999- son materias exclusivas de esta categoría de ley, además (i) de las que en casos concretos así haya considerado el propio texto constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), las leyes orgánicas relativas (ii) a la organización de los poderes públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes” (vid. sentencia de esta Sala n° 229 del 14 de febrero de 2007, caso: “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No 229, enero-marzo 2007 en pp. 86 y ss].

En este sentido, la Sala ha querido hacer notar que en atención al rol que el propio Texto Fundamental confiere a estos calificados textos normativos, la mención de una ley como orgánica adquiere especial relevancia de cara a su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes y, en tal virtud, es menester señalar que la inclusión de tal expresión implica necesariamente el reconocimiento de su posición preeminente frente a otros textos normativos, asunto que no queda sujeto a la plena discreción del cuerpo legislador, sino sometido a los criterios técnicos o materiales que la misma Constitución dispuso (vid. sentencia de esta Sala n° 2.573 del 16 de octubre de 2002, caso: “*Ley Orgánica contra la Corrupción*”).

Así, ha aclarado esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que se pueda calificar de orgánicas a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada (vid. sentencia de esta Sala n° 1.159 del 22 de junio de 2007, caso: “*Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico*”).

Sobre la base de las consideraciones que han sido precedentemente explanadas, denota esta Sala que la “*Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad*” que ha sido sometida al conocimiento analítico de esta Máxima Instancia Constitucional para verificar la constitucionalidad del carácter orgánico con que fue calificado su nombre, tiene por objeto garantizar el respeto a la dignidad humana de las personas con discapacidad y el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, reconociendo su autonomía y libre desenvolvimiento de la personalidad, a través de la atención integral que deben brindarle el Estado, las familias y la sociedad para asegurar su buen vivir, bienestar, calidad de vida, seguridad y envejecimiento saludable, activo, digno y feliz.

Ello así, es importante hacer notar que en el artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se prevé que:

“Artículo 81. Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana”.

Denótese así como la Ley que aquí está siendo objeto de análisis sobre la constitucionalidad de su carácter orgánico, desarrolla el *supra* transcrito precepto, el cual tiene inmerso un derecho de rango constitucional expresamente reconocido a las personas con discapacidad,

con el fin de asegurar a todas ellas el reconocimiento de su dignidad humana como sujetos plenos de derecho; todo ello enmarcado en las políticas de inclusión social y comunitaria que desarrolla el Estado venezolano para el bienestar de las familias y la sociedad.

Advierte además esta Sala que en el texto de la *“Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad” sub examine*, fue dictada empleando una técnica legislativa adecuada, y su cuerpo legal está dividido en *“Capítulos”* definidos con meridiana claridad, en los que se plasmaron los derechos y deberes de las personas con discapacidad, los principios que informan esta especial regulación e incluso se definieron regímenes especiales y las infracciones que buscan asegurar el cabal cumplimiento de lo dispuesto en su texto normativo; debiendo destacarse que la señalada Ley Orgánica está regida de acuerdo a su artículo 3 por los principios de: *“Enfoque de los derechos humanos, Respeto a la dignidad, autonomía individual, independencia y libertad de las , personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones, Igualdad y no discriminación, Solidaridad y corresponsabilidad social, Participación e inclusión, Respeto por las diferencias y la diversidad, Accesibilidad e igualdad, Equidad e igualdad de género, integralidad, enfoque diferenciado, transversalidad y sostenibilidad de las políticas públicas, Prioridad y preferencia en la atención, Igualdad de condiciones y equiparación de oportunidades, No segregación, Corresponsabilidad del Estado, las familias y la sociedad, Interés superior de las niñas, niños y adolescentes, Prevención y atención integral a las personas con discapacidad a lo largo de su vida”*.

Así, puede inferirse que la referida Ley Orgánica desarrolla los mecanismos necesarios para garantizar la eficacia de diferentes derechos constitucionales de las personas con discapacidad, tales como: el respeto a su dignidad humana, a la inclusión e igualdad a través de la equiparación de oportunidades y condiciones laborales satisfactorias y al desarrollo integral a través de su formación, capacitación y acceso al empleo, consagrados en el artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a lo anterior, resulta significativo acotar que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa que Venezuela es un Estado Democrático y Social y de Derecho y de Justicia. Esto significa que dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultado de las influencias provenientes del Estado o externas a él. Son estas influencias las que van configurando a la sociedad, que tanto la ley como quien la administra, deben ir tomando en cuenta a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida, signada por el valor dignidad del ser humano.

El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado, sino el desarrollo y bienestar de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin.

Un Estado de esta naturaleza, persigue un equilibrio social que permita el desenvolvimiento de una buena calidad de vida y para lograr su objeto, las leyes deben interpretarse con miras al cumplimiento de esa meta, para resolver los conflictos que puedan provenir de cualquier área del desarrollo humano, sea económico, cultural, político, etc.

Por su parte, el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela resalta el deber de responsabilidad social propio de todo Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, a manera de garantizar las bases esenciales para el desarrollo del ser humano; así expone el referido artículo que:

“El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”.

Al amparo de los anteriores señalamientos, esta Sala Constitucional advierte que la presente Ley Orgánica contempla una regulación normativa en aras de garantizar el derecho a la atención y desarrollo integral de las personas con discapacidad, consagrando sus elementos básicos y esenciales como factor que garantiza el desarrollo como ser humano a través del necesario marco legislativo que contribuye a la mejor aplicación del precepto constitucional contenido en el artículo 81, tal como se expresa en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo referido a su Capítulo V *“De los Derechos sociales y de las familias”*, cuando dispone:

“Los derechos sociales contenidos en la Constitución consolidan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad en un momento histórico en que los venezolanos y venezolanas se redescubren como actores de la construcción de un nuevo país, inspirando en los saberes populares que le dan una nueva significación al conocimiento sociopolítico y jurídico del nuevo tiempo.

...omissis...

Todos estos derechos constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad, en un propósito de realización compartida para producir la gobernabilidad corresponsable, la estabilidad política y la legitimidad jurídica necesarias para el funcionamiento de la sociedad democrática”.

En tal sentido, dentro de los aspectos fundamentales y más sustantivos de nuestra Carta Magna de 1999, para el desarrollo integral de la sociedad venezolana, se encuentra el sólido conjunto de disposiciones referidas a los Derechos Políticos del pueblo venezolano, y dentro de estos, un capítulo especialmente relacionado con aquellos vinculados a la democratización de todos los ámbitos de la vida colectiva; y es por esta razón que la *“Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad”* dedica un Capítulo para el ejercicio de estos derechos consagrando específicamente *“[...]el derecho a participar de forma activa, protagónica, sin discriminación alguna y en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los asuntos de la vida pública y política que sean de su interés [...]”*.

Este enfoque sobre el cumplimiento pleno de los derechos y las garantías de la dignidad humana para la totalidad de la ciudadanía y sin exclusión de ninguna índole, resulta el más adecuado para el desarrollo integral de las personas con discapacidad.

En tal sentido, se observa que el marco normativo bajo examen tiene como finalidad garantizar derechos fundamentales intrínsecos a la dignidad humana como lo son la igualdad, la inclusión, la salud, la educación y la protección familiar, así como diferentes derechos civiles y políticos, ya que atiende a la necesidad del ser humano de que se permita su desarrollo y crecimiento personal como persona con discapacidad como parte de la misma sociedad. En este sentido, resulta pertinente que el Estado, como manifiesta evolución natural, garantice la protección progresiva de estos derechos y de otros derechos que se interrelacionan con otra serie de garantías y/o derechos constitucionales que guardan cierta conexidad con el desarrollo de la dignidad humana.

En el mismo orden de ideas, resulta pertinente resaltar que el fin último y objeto primordial del Estado (*ex* artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de una prosperidad social, siendo este su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo, en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción.

Es por ello, que la consecución de esos valores de resguardo para el ser humano justifican la actividad humana, representada a través del Estado, en este sentido debe citarse lo expuesto por José María Guix Ferreres: “*La actividad humana procede del hombre. Por consiguiente, no puede orientarse a otro objetivo último que el mismo hombre. La creación de riquezas, el dominio del universo, la misma organización de la vida social no son más que objetivos intermedios y subordinados; el fin último, en el plano natural, es el desarrollo y perfeccionamiento del hombre tanto en sus facultades personales como en sus relaciones sociales. El hombre (y lo mismo podemos decir de la sociedad) vale más por lo que es y por lo que se hace con su actividad que por las cosas que posee*”. (*Vid.* GUIX FERRERES, José María, citado por Sarmiento García, Jorge; *Derecho Público*, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 45).

De estos postulados y finalidades del Estado, los cuales son asumidos por la mayoría de las Constituciones modernas, y que son concebidos no solo como un mero número de normas rectoras de las instituciones políticas del Estado, sino como un conjunto efectivo de normas jurídicas contentivas de deberes y derechos de los ciudadanos, las cuales se incorporan y confluyen en un juego de interrelación con los ciudadanos en un sistema de valores jurídicos, sociales, económicos y políticos que deben permitir su desarrollo dentro de una sociedad armónica, es que el Estado debe reinterpretar sus funciones en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y de dignidad humana.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo aquí sancionado por la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la “*Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad*”, pues esta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en las citadas normas constitucionales que hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto conforme al criterio fijado por esta Sala en su sentencia n° 537 del 12 de junio de 2000, caso: “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*”, la “*Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad*”, ostenta el carácter técnico-formal que la establece en una ley que desarrolla el ejercicio del derecho constitucional a la igualdad, inclusión y desarrollo de la persona con discapacidad (*ex* artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), subsumible en la tercera categoría normativa (desarrollo legislativo mediante una ley de un derecho constitucional) prevista en el artículo 203 constitucional.

Con base en las anteriores consideraciones, este Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la **constitucionalidad del carácter orgánico** conferido a la “*Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad*”, y así se decide.

TSJ-SC (205)

22-3-2024

Ponencia Conjunta

Caso: La Sala Constitucional declara la Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica para la defensa de la Guayana Esequiba sancionada por la Asamblea Nacional en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2024.

...Verificada la competencia de esta Sala Constitucional, es imperioso señalar que en sentencia de este órgano identificada con el Nro. 537 del 12 de junio de 2000, caso: “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*” [Véase: *Revista de Derecho Público* No 82, abril-junio, 2000 pp. 141 y ss.], se fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes - u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando criterios de división lógica distintos, a saber: *i)* obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; *ii)* obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público; y *iii)* obedece al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el mencionado artículo 203 se refiere a “...*las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas*”.

Siguiendo este hilo argumental, es de apreciar que, según el artículo 203 de la Constitución, son materias reservadas a la ley orgánica: *i)* las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas *ii)* a la organización de los Poderes Públicos, *iii)* al desarrollo de derechos constitucionales, y *iv)* a las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Siendo esto así, se ha precisado por esta Sala que los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter taxativo, lo que implica que indistintamente la ley a la cual se pretenda considerar como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal.

En torno a la delimitación constitucional de las materias propias de la ley orgánica, la Sala ha subrayado, en general, que “...*con las leyes orgánicas se pretende fundamentalmente que las materias reguladas por estas tengan mayor estabilidad que aquellas materias que son propias de las leyes ordinarias, dada la especial rigidez de aquellas normas respecto de estas, cuya aprobación y ulterior modificación o derogación se somete a requisitos especiales -como el concurso más amplio de voluntades en la Asamblea Nacional- en cuanto regulan la materia de que se trate, aunque la ratio del número de leyes orgánicas -tanto por determinación constitucional como las que derivan de un criterio material- incluidas en el texto constitucional, encierran diversas motivaciones (p. ej. prolongar el espíritu de consenso en materias trascendentales o poner a cubierto el desarrollo de los derechos fundamentales)...*” (vid. Sentencia de esta Sala Nro. 34 del 26 de enero de 2004, caso: Vestalia Sampedro de Araujo). [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 97-98, enero-junio 2004, pp. 107 y ss].

Cónsono con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional en el asunto, ha fijado que el rasgo predominante “...*es sin duda la del aspecto material que en la definición de ley orgánica impera en la actualidad, teniendo en cuenta que -a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999- son materias exclusivas de esta categoría de ley, además (i) de las que en casos concretos así haya considerado el propio texto constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), las leyes orgánicas relativas (ii) a la organización de los poderes públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes...*” (vid. Sentencia de esta Sala Nro.

229 del 14 de febrero de 2007, caso: “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No 229, enero-marzo 2007 en pp. 86 y ss].

En este sentido, esta Sala Constitucional ha querido hacer notar que en atención al rol que el propio Texto Fundamental confiere a estos calificados textos normativos, la mención de una ley como orgánica adquiere especial relevancia de cara a su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes y, en tal virtud, es menester señalar que la inclusión de tal expresión implica necesariamente el reconocimiento de su posición preeminente frente a otros textos normativos, asunto que no queda sujeto a la plena discreción del cuerpo legislador, sino sometido a los criterios técnicos o materiales que la misma Constitución dispuso (*vid.* Sentencia de esta Sala Nro. 2.573 del 16 de octubre de 2002, caso: “*Ley Orgánica contra la Corrupción*”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No. 89-90/91-92, enero-diciembre, 2002 pp. 87 y ss].

Así, ha aclarado esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que se pueda calificar de orgánicas a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada (*vid.* Sentencia de esta Sala Nro. 1.159 del 22 de junio de 2007, caso: “*Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico*”).

Sobre la base de las consideraciones que han sido precedentemente explanadas, denota esta Sala que la “*Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba*”, que ha sido sometida al conocimiento analítico de esta Máxima Instancia Constitucional para verificar la constitucionalidad del carácter orgánico con que fue calificado su nombre, tiene por objeto establecer los medios y mecanismos orientados a la defensa del territorio de la Guayana Esequiba, con el propósito de asegurar y garantizar la soberanía e independencia del territorio venezolano así como los bienes jurídicos ambientales común e irrenunciables, así como también, promover la cooperación pacífica entre naciones e impulsar y consolidar la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos.

Ello así, es importante hacer notar que en el artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se prevé que: “[e]l territorio y demás espacios geográficos de la República son los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad”.

Siendo, pues, que el *uti possidetis iuris* ha sido reconocido como un principio general del Derecho Internacional, y no como una mera parte del Derecho Internacional Regional o una norma consuetudinaria de carácter general, se concluye que la misma, en vista de su entidad, justifica la posición sostenida por el Estado Venezolano a lo largo de su existencia respecto a la extensión de su territorio y demás elementos de su espacio geográfico, y con especial énfasis luego del despojo sufrido a raíz del Laudo Arbitral de París de 1899.

En ese sentido, esta Sala en sentencia número 1470 del 16 de noviembre de 2023, dejó sentando la postura del constituyente al reforzar los principios de soberanía e integridad territorial consagrando en el artículo 10 de la Constitución que el territorio y demás espacios geográficos son los que correspondían a la Capitanía General antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones y transformaciones del territorio efectuadas en los tratados no viciados de nulidad, como es el caso del laudo arbitral de París de 1899. Tal determinación del constituyente se encuentra claramente reflejada en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, al señalar expresamente que:

“Se realizaron cambios importantes en la definición del espacio geográfico venezolano. En este sentido, se adoptó la expresión más amplia de espacio geográfico para sustituir la de territorio. En efecto, espacio geográfico alude a los espacios continentales, insulares y marítimos, quedando el territorio como componente del primero de los citados. Sin embargo, no se altera la determinación del espacio geográfico nacional al reiterar la versión tradicional de la Constitución del año 1830 y que se repite hasta la de 1961, es decir, el que correspondía a la Capitanía General de Venezuela para el 19 de abril de 1810.

No obstante, se agregó la frase con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad. Con ello se corrige la omisión del Congreso Constituyente de 1961 con relación a los laudos y arbitrajes determinantes de nuestras fronteras actuales, como son los de los años 1865, 1891, 1899 y 1922; y se establece de una manera categórica que Venezuela no reconoce los laudos viciados de nulidad, como es el caso del Laudo de París de 1899 que despojó a Venezuela del espacio situado en la margen occidental del Río Esequibo.

Por otra parte, se deslinda conceptualmente el espacio insular como parte de la organización político territorial de Venezuela y como espacio sujeto a la soberanía venezolana. Por tal razón se menciona las islas por sus nombres y se extiende en ámbito de la soberanía hasta las demás islas, islotes, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma continental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva”.

En esa misma sentencia esta Sala afirma que la perspectiva del constituyente, es el reflejo del arquetipo de la Nación, representa en lo sustancial una proposición incuestionable del contrato social, en la medida que el espacio geográfico constituye la base material sobre la cual se erige el Estado y se ejerce el Poder Público, la idea de la venezolanidad, la independencia, tiene como imagen primordial la de la República, la consagración de la soberanía plena en la Guayana Esequiba, trasciende la dimensión jurídica y constituye un verdadero símbolo en sentido estricto, que representa y complementa la identidad cultural en lo político, social y económico. De esta forma, se evidencia claramente la íntima relación y trascendencia que tiene el espacio geográfico para la preservación de la identidad nacional y el desarrollo cultural, económico y social de la Nación, según establece claramente el artículo 15 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En razón a dicho contexto y en ejecución directa de nuestra Carta Magna, se crea la *“Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba*, la cual tiene su origen en el mandato popular expresado a través de la voluntad del pueblo venezolano en el Referendo Consultivo soberano y legítimamente realizado el 3 de diciembre de 2023, que constituyó el ejercicio de un derecho fundamental convocado en la República Bolivariana de Venezuela por iniciativa de la Asamblea Nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Fundamental.

Aunado a ello, la mencionada Ley cuyo objeto no es la delimitación fronteriza, se invoca la obligación del Estado sobre la adopción de medidas necesarias para garantizar la independencia, soberanía, seguridad e integridad del espacio geográfico, sobre la base de la concepción estratégica defensiva nacional.

Así pues, la *“Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba”* recoge un mandato del pueblo soberano e independiente, que en el texto *sub examine*, fue dictada empleando una técnica legislativa adecuada, y su cuerpo legal está dividido en *“Capítulos”* definidos con meridiana claridad, en los que se plasmaron, la finalidad de la creación de esta norma, los principios que informan esta especial regulación e incluso ratifica el carácter írrito del Laudo emitido por el Tribunal Arbitral en París el 3 de octubre de 1899, mediante el cual se pretende despojar a Venezuela del territorio de la Guayana Esequiba, que históricamente le pertenece desde la creación de la Capitanía General de Venezuela en 1777, así como el reconocimiento para alcanzar una solución práctica, pacífica y mutua aceptable para la República

Bolivariana de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, en relación con la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba, es el Acuerdo de Ginebra de 1966, todo ello, en consonancia con lo consagrado en el artículo 10 de la Carta Magna.

Debe destacarse que la señalada Ley Orgánica está regida de acuerdo a su artículo 3 por los principios de: “integridad territorial, independencia, libertad, soberanía, inmunidad, autodeterminación nacional, cooperación, igualdad entre los Estados, no intervención en asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales respecto a los derechos humanos, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”.

Así, puede inferirse que la referida Ley Orgánica desarrolla los mecanismos necesarios para alcanzar la resolución de la controversia histórica entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, y para proteger la soberanía sobre la Guayana Esequiba, así como la integridad territorial, la autodeterminación de los pueblos, los bienes jurídicos ambientales común e irrenunciables y los intereses de la Nación.

Aunado a lo anterior, resulta significativo acotar que el artículo 8 la “**Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba**”, establece el deber de proteger la soberanía sobre la Guayana Esequiba, lo cual resulta consonó con los artículos 10 al 15, en concordancia con los artículos 1, 130 al 135 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra la obligación a todos los ciudadanos y a los órganos que ejercen el Poder Público de defender la patria, resguardar y proteger la soberanía, la integridad territorial y la autodeterminación e intereses de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que a juicio de la Sala no existe ninguna antinomia que pueda generar incertidumbre u ocasionar algún conflicto normativo o hermenéutico en la aplicación del Derecho en Venezuela.

Por ello, esta Sala en su sentencia número 1469/2023, claramente estableció que es “...un deber patriótico e insoslayable enaltecer como principio rector la integridad del territorio venezolano contemplado en el ya citado artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana, producto de la lucha histórica de la Nación, por lo que se insta a la ciudadanía venezolana, fiel a sus raíces libertadoras, para que en el ejercicio de la soberanía real, directa y protagónica concebida en el texto de la República Bolivariana de Venezuela, sea la principal partícipe del inicio de esta loable gesta de protección y preservación del espacio geográfico nacional que debe ser resguardado como uno de los tesoros que enriquecen a Venezuela...”

En consonancia con lo anterior, tenemos que el artículo 9 de la “**Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba**” crea el Estado Guayana Esequiba dentro de la organización política territorial de la República Bolivariana de Venezuela, como una entidad autónoma en lo político, con personalidad jurídica plena y patrimonio propio e independiente.

En razón a ello, es imperioso indicar que conforme a lo previsto en el artículo 16 de la Carta Magna, que consagra la organización política de la República Bolivariana de Venezuela, donde se indica que la división político territorial realizada a nuestro territorio será regulada a través de ley orgánica, la cual deberá garantizar la autonomía y la descentralización político administrativa, se evidencia que la “**Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba**”, se adecua a los aspectos fundamentales y más sustantivos sobre principios contenidos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha sostenido que la institucionalidad democrática, la soberanía e independencia de la República Bolivariana de Venezuela, tiene sus bases en el Texto Constitucional, el cual constituye una manifestación jurídica de un acuerdo social, en el que se plasmaron conceptos y categorías propios de nuestra tradición, cultura e historia, así la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra principios, conceptos y categorías, que serían vaciados de contenido, si sus bases fundamentales se sometieran a la

injerencia y determinación de órganos supranacionales, que pretendan anular no sólo principios y derechos fundamentales (i.e. principio de participación política, derecho al voto, independencia, autodeterminación, soberanía e integridad territorial), sino que además desconocer una de las bases materiales del Estado, su espacio geográfico (Ver sentencia número 1470 del 16 de noviembre de 2023)

Al amparo de los anteriores señalamientos, esta Sala Constitucional advierte que la presente *“Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba”* contempla una regulación normativa en aras de garantizar la soberanía e independencia, así como la autodeterminación nacional y divulgación de los hechos históricos y fundamentos jurídicos relacionados con la controversia histórica entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, a través del necesario marco legislativo que contribuye a la mejor aplicación del precepto constitucional contenido en el artículo 1, respecto al principio fundamental de la República Bolivariana de Venezuela que es irrevocablemente libre e independiente y fundamentada en los morales de la libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de nuestro Libertador Simón Bolívar.

De estos postulados y finalidades del Estado, los cuales son asumidos por la mayoría de las Constituciones modernas, y que son concebidos no solo como un mero número de normas rectoras de las instituciones políticas del Estado, sino como un conjunto efectivo de normas jurídicas contentivas de deberes y derechos de los ciudadanos, las cuales se incorporan y confluyen en un juego de interrelación con los ciudadanos en un sistema de valores jurídicos, sociales, económicos y políticos que deben permitir su desarrollo dentro de una sociedad armónica, es que el Estado debe reinterpretar sus funciones en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y de dignidad humana.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo aquí sancionado por la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la *“Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba”*, pues esta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con ella se pretende regular uno de los supuestos previstos en las citadas normas constitucionales que hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto conforme al criterio fijado por esta Sala en su sentencia Nro. 537 del 12 de junio de 2000, caso: *“Ley Orgánica de Telecomunicaciones”*, la presente *“Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba”*, ostenta el carácter técnico-formal que la establece en una ley que desarrolla el ejercicio del derecho constitucional a asegurar la soberanía e integridad territorial de la República Bolivariana de Venezuela, así como la autodeterminación nacional como derecho irrenunciable de la Nación en correspondencia con los artículos 1, 10 y 16 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), subsumible en la tercera categoría normativa (desarrollo legislativo mediante una ley de un derecho constitucional) prevista en el artículo 203 constitucional.

Con base en las anteriores consideraciones, este Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25, numeral 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la **constitucionalidad del carácter orgánico** conferido a la *“Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba”*, y así se decide

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Sociales educativos y culturales*

A. *Derecho a la Educación*

TSJ-SPA (73)

9- 4-2024

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: José Rafael Marcano Molina

...En relación al derecho a la educación, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha establecido que:

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

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

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

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

En efecto, la educación es un servicio público, un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad y constituye factor primordial del desarrollo nacional, que puede ser prestado por el Estado o impartido por los particulares, dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquel y con su estímulo y protección moral.

Así, la Educación, como todo derecho comporta un deber de un sujeto distinto, esto es, implica derechos para quien la recibe y obligaciones para quien la imparte. En este sentido, los particulares que imparten educación deben cumplir una serie de requisitos, esto es, deben ejercer el servicio dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado, sistema este que aparece regulado en la Ley Orgánica de Educación, que lo estructura en diversos niveles.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional

A. Régimen de los jueces

TSJ-SPA (298)

16-5-2024

Magistrado Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Wilson Javier Méndez Sánchez

La Sala Político-Administrativa reitera que las decisiones en las que se dejan sin efecto las designaciones de los jueces o juezas que son de libre nombramiento y remoción, no están sometidas a la exigencia “de motivar o dar razones específicas y legales de su remoción

...Ahora bien, debe destacarse que, el objeto del acto recurrido era dejar sin efecto el nombramiento del accionante como Juez Itinerante de los Tribunales de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy.

Es por ello, que no estamos frente a un acto administrativo de naturaleza sancionatoria, por lo tanto, es facultad de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, actuando por delegación de la Sala Plena, dejar sin efecto el nombramiento de los Jueces o Juezas que han sido designados discrecionalmente y sin haber participado en el concurso de oposición, siempre que no medie una causa disciplinaria que obligue a la actuación de los órganos encargados especialmente de aplicar las sanciones.

Así, ha sido doctrina reiterada de esta Sala, que la separación del cargo de un Juez (designado de forma discrecional) no requiere ni de la apertura de un procedimiento sancionatorio ni de las razones o motivos por los cuales se decide remover. (*Vid.*, sentencia números 01989 [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 107 Julio-Septiembre 2006 en pp. 135 y ss] y 0874 del 2 de agosto de 2006 y 8 de agosto de 2016, respectivamente).

De manera que, el acto cuya nulidad se pretende no fue dictado por la Comisión Judicial en ejercicio de una potestad sancionatoria, estima la Sala, en aplicación del criterio de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal contenido en la sentencia número 2.414 de fecha 20 de diciembre de 2007, que como lo que se persigue es la remoción de un Juez cuyo nombramiento ha sido efectuado de forma discrecional, el acto administrativo que determine su separación del cargo, no tiene que ser sometido a procedimiento administrativo sancionatorio alguno, por cuanto la garantía de estabilidad del juez y, por consiguiente, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se obtienen con el concurso de oposición que instituyó el Texto Constitucional en su artículo 255. (*Vid.*, entre otras, sentencias de esta sala números 00015 del 14 de enero de 2009, 00480 del 27 de mayo de 2010, 00868 del 22 de septiembre de 2010, 0505 del 26 de abril de 2011 y 1183 del 6 de agosto de 2014).

Por último, cabe resaltar que, en los casos como el presente, el derecho a la defensa se ejerce con posterioridad al acto, pudiendo elegir el recurrente entre: 1) el recurso de reconsideración conforme al artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, 2) el recurso de nulidad de acuerdo al artículo 32, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales efectivamente ejerció en fechas 13 de agosto de 2018 y 11 de abril de 2019, respectivamente.

En consecuencia, por todo lo antes expuesto esta Sala desecha la denunciada violación del derecho a la defensa y al debido proceso. **Así se decide.**

2. *Régimen Municipal. Servicios Públicos. Tarifa. Naturaleza*

TSJ-SPA (209)

2-5-2024

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: SURNET TELECOM, C.A

Con vista en la normativa citada, se aprecia que la tarifa a que se hace alusión está destinada a obtener los recursos necesarios para el sostenimiento del servicio público de aseo urbano en ese ente local, el cual es de vital importancia para la ciudadanía, cuyo pago deben realizar todos los usuarios del servicio en el plazo de treinta (30) días a partir de la emisión de la factura respectiva. Asimismo, deben contar con la solvencia bajo examen todas aquellas personas naturales o jurídicas que: *i*) soliciten una licencia de actividades económicas o su renovación, y *ii*) requieran la emisión de cualquier autorización o acto administrativo en el marco de las competencias municipales.

Sobre la naturaleza jurídica de dicha tarifa, el criterio jurisprudencial acogido de manera pacífica y reiterada es que dicho importe se trata de un precio y no una tasa, el cual se ratifica en esta oportunidad. (*Vid.*, sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nros. 01002 del 5 de agosto de 2004 caso: *DHL Fletes Aéreos*; 1129 del 27 de junio de 2007, caso: *Almacenes y Depósitos Integrales Portuarios, C.A. (DEPORCA)*; 00237 del 29 de marzo de 2023, caso: *Taurel & Cia Sucursales, C.A.* y de la Sala Constitucional Nros. 02166 del 14 de septiembre de 2004, caso: *Jairo José Aranguren Piñuela*; y 1345 del 13 de agosto de 2008, caso: *Aero-postal Alas de Venezuela*).

Por su parte, los artículos 44, 75 y 90 de la Reforma Parcial de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda, publicada en la Gaceta Oficial de ese municipio bajo el número 376-10/2018, Extraordinario de fecha 31 de octubre de 2018, prevén:

“Artículos 44. *El contribuyente o responsable del pago del Impuesto sobre Actividades Económicas deberá realizar durante los primeros quince (15) días de cada mes, una declaración jurada mensual de ingresos brutos ante la Administración Tributaria Municipal, en la que determinará el monto del Impuesto de Actividades Económicas que pagará por cada una de las actividades que desarrolló durante el mes al que se refiere la declaración”.*

“Artículo 75. *A los fines de esta Ordenanza son obligaciones tributarias: (...)*

93. Presentar dentro del plazo establecido en esta Ordenanza, las declaraciones Juradas Mensuales de Ingresos Brutos (...)”.

“Artículo 90. *El contribuyente o responsable que no presente las declaraciones a las que hace mención los artículos 44, 46 y 50 de esta Ordenanza, dentro de los lapsos establecidos, será sancionado con multa equivalente a quinientas mil unidades tributarias (500.000 U.T.) y clausura temporal del establecimiento hasta tanto presente la declaración omitida.*

En caso que el contribuyente o responsable haya presentado la declaración fuera de los lapsos establecidos en los mencionados artículos, será sancionado con multa equivalente a doscientas cincuenta mil unidades tributarias (250.000 U.T.)”.

Las normas transcritas señalan: *i*) la obligación que tienen los particulares de presentar su Declaración Jurada Mensual de Ingresos Brutos ante la Administración Tributaria Municipal dentro de los primeros quince (15) días de cada mes; y *ii*) la pena de multa y cierre del establecimiento ante el incumplimiento de esta obligación.

Precisado lo anterior, se observa que no es un hecho controvertido que la recurrente no cumplió con su deber de pagar la factura correspondiente al servicio de aseo urbano y por ende, del deber formal de presentar la referida declaración jurada.

Ante ambos supuestos acertadamente el juzgado de primera instancia señaló que la referida obligación de declaración de impuestos se trata de un deber formal tributario, y por tal razón, la sanción impugnada adoptada por el Municipio fue aplicada ante el evidente incumplimiento en que se encontraba la recurrente de dicho deber formal.

En este orden de ideas, aprecia esta alzada que el Municipio Baruta con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, puede ejercer las acciones administrativas y judiciales para lograr que se cobre lo adeudado, se mantenga la regularidad y eficacia de tal servicio. De ahí que la actuación de la administración municipal se ciñó de manera estricta a la normativa vigente, con la finalidad de lograr el cumplimiento por parte de la actora de su obligación de pagar el servicio de aseo urbano.

[...] Como se reseñó en líneas precedentes, si bien la tarifa correspondiente al servicio de aseo urbano no tiene carácter tributario cuando lo presta un concesionario, la multa impuesta a través del acto administrativo impugnado en el presente juicio sí ostenta naturaleza tributaria.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Libertad Económica. Derecho al ejercicio libre de la actividad económica*

A. *Limitaciones*

TSJ-SC (208)

17-5-2024

Magistrado Ponente: Tania D'Amelio Cardiet

Caso: Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA)

Respecto a la supuesta violación del derecho a “*dedicase a la actividad económica de su preferencia*”, a los efectos del análisis de la referida, estima esta Sala Constitucional conveniente reproducir la norma contenida en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra el aludido derecho a la libertad económica, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 112: Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

La norma *supra* transcrita consagra las más amplias facultades conferidas por el Constituyente a todos los habitantes de la República, para dedicarse a las actividades económicas de su preferencia. No obstante, el citado precepto admite, además, no sólo la posibilidad del Estado de plantear directrices en la materia, sino también la posibilidad de limitar el alcance de dicha libertad en beneficio del interés general.

En ese sentido, esta Sala Constitucional en sentencia número 985 del 11 de junio de 2001, en un caso similar al de autos, dejó sentado que el mencionado derecho no fue consagrado como un derecho absoluto, pues así lo establece el citado precepto constitucional, ya que el mismo está limitado por la propia constitución y las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

Siendo ello así, circunscribiendo lo anterior, observa esta Sala que las medidas de embargo y prohibición de enajenar y gravar acordadas por la Administración Pública Tributaria sobre los bienes de la sociedad mercantil denominada Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA), implica una limitación temporal de índole legal al ejercicio a la libertad económica tendiente a la protección del interés social, por incurrir en ilícitos tributarios.

Aunado ello, tal como se dejó sentado en líneas anteriores la prenombrada empresa fue notificada del inicio del procedimiento administrativo de fiscalización de la obligación tributaria, participándosele en detalle de las presuntas violaciones en las que incurrió, y visto “...las normas versan sobre hechos y elementos probatorios previamente constituidos que, de por sí, constatan si el obligado en el cumplimiento de los deberes formales acató apegado a los lineamientos previos exigidos por el Fisco, por lo que el momento de presentarse la verificación, la misma versa sobre las mismas pruebas que permiten indagar si el contribuyente o responsable lleva la documentación y la información contable en sentido acorde con las formas requeridas por la Administración Fiscal”. (Vid., sentencia de la Sala Constitucional número 808 del 9 de julio de 2014, caso: *Soluciones del Futuro, C.A.*).

Sobre la base de lo anterior, resulta importante destacar que el Código Orgánico Tributario, en su artículo 239 y siguientes desarrolla las medidas cautelares que puede acordar la Administración Tributaria, y ofrece distintas medidas cautelares necesarias para evitar la producción de perjuicios graves e irreparables, observándose que en el caso de autos que el embargo decretado por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), sobre los bienes de la empresa Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA), al igual que la prohibición de enajenar y gravar, es una medida con efecto conservativo o de aseguramiento, pues está destinada a impedir que se modifique la situación existente.

Aprecia esta Sala que, en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le fija a la Administración Tributaria, se encuentra frecuentemente obligada a incidir legalmente sobre alguno de los atributos que conforman la propiedad, pero no cabe dudas acerca del interés general que tal actividad administrativa persigue, como lo es la atención de las necesidades colectivas, la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de fines de tipo social.

Por lo tanto, el decreto de alguna de las medidas previstas en el Código Orgánico Tributario, no afecta la norma constitucional que ampara el derecho de propiedad, pues -justamente- las restricciones o limitaciones que el ordenamiento legal establezca en desarrollo de esta disposición constitucional (para salvaguardar el interés público en la recaudación de los tributos), obedecen a la protección que la Constitución garantiza a dicho derecho; en consecuencia esta Sala considera que no se produjo en el caso bajo estudio violación alguna de principio de libertad económica, ya que la Administración Tributaria ajustó su actuación a la normativa establecida en el Código Orgánico Tributario.

B. *Principio de no confiscatoriedad del Tributo*

TSJ-SC (208)

17-5-2024

Magistrado Ponente: Tania D'Amelio Cardiet

Caso: Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA)

En relación a la presunta violación al “*derecho de no confiscatoriedad*” que -a su entender- lo cual atenta contra el principio de capacidad contributiva; en ese sentido, resulta importante destacar que el principio de capacidad económica se encuentra vinculado a los derechos de libertad económica y de propiedad, contenidos en los artículos 316 y 317 de la Carta Magna, transgresión que incide directa y proporcionalmente en la esfera subjetiva regulada

por los artículos 112 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagran el derecho a toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, y el derecho a la propiedad.

A tal efecto, el principio de no confiscación del tributo, encuentra su basamento legal en el artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y cuyo postulado establece “*Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*”, cuya concepción se encuentra fundamentado en la inviolabilidad del derecho de propiedad por vía de una tributación desproporcionada y fuera del contexto de la capacidad para contribuir con las cargas públicas; tal postulado se concibe como un límite a la imposición desproporcionada y como una garantía a la propiedad de los particulares.

En este orden de ideas, es necesario destacar que esta Sala Constitucional en sentencia 1886/2004, estableció el supuesto y la consecuencia de tal principio, de la manera siguiente:

“...respecto a la no confiscatoriedad del tributo previsto en el Texto Constitucional, considera la Sala que tal confiscatoriedad se configura cuando la tributación impuesta es desproporcionada, excesiva y fuera del contexto de la capacidad de contribuir del contribuyente, cuya consecuencia es la absorción por parte del Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado, si así sucede, entonces el patrimonio es la fuente de donde se sustraen los recursos y el impuesto resulta confiscatorio, por cuanto por medio de él es que el Estado toma por vía coactiva una parte del patrimonio del administrado sin compensación alguna. Este principio ha sido previsto en la Constitución a fin de limitar e impedir esta imposición exagerada así como para garantizar el derecho a la propiedad de los particulares...”

De acuerdo a lo anterior, se entiende que el denominado principio de capacidad contributiva, que alude, por una parte, a la aptitud para concurrir con los gastos públicos y, por otra, a la capacidad económica de los contribuyentes como medida concreta de distribución de las cargas tributarias. Asimismo, esta capacidad comporta una doble condición que se traduce como causa del deber de contribuir, visto que todo tributo debe obedecer a una determinada capacidad contributiva, y como un límite al deber de sostenimiento de las cargas públicas en aras de justicia y razonabilidad en la imposición. Tal capacidad se manifiesta a través de los índices o presupuestos reveladores de enriquecimientos idóneos para concurrir a los referidos gastos, siendo uno de los principales la obtención de rentas que resulten gravables de acuerdo a la respectiva normativa legal.

Conforme a la no confiscatoriedad del tributo, esta Sala Constitucional aprecia que su concepción encuentra fundamento en la inviolabilidad del derecho de propiedad por vía de una tributación desproporcionada y fuera del contexto de la capacidad para contribuir con las cargas públicas; tal postulado se concibe como un límite a la imposición desproporcionada y como una garantía a la propiedad de los particulares. Ello es así, visto que si bien el derecho individual a la propiedad queda sujeto a determinadas limitaciones impuestas por el propio ordenamiento jurídico, en atención a fines relativos a la función social, la utilidad pública y el interés general, tales restricciones deben entenderse respetando el propio derecho constitucional, sin vaciarlo de contenido.

En el estricto ámbito impositivo, la confiscatoriedad de un tributo supone la apropiación indebida de los bienes del contribuyente por parte del Estado, en virtud de la aplicación de una determinada normativa que desborda los límites de la razonabilidad por lo exagerado y grosero de su cuantía, en abierto detrimento de la capacidad de los particulares para contribuir con las cargas fiscales. Así, para determinar el efecto confiscatorio de un tributo se impone precisar hasta qué límites puede llegar la tributación para no afectar la capacidad contributiva de los particulares y el derecho de propiedad de éstos.

Sobre la base de los conceptos que anteceden, se observa de las actas procesales que cursan en el presente caso, se evidencia que la Agropecuaria La Costanera C.A. (AGRO-LACCA), al realizar la Declaración del Impuesto sobre la Renta, omitió ingreso bruto global (artículo 13 del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta), relacionado con el período fiscal comprendido desde el 1° de enero de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2021, conducta infractora en perjuicio de los intereses fiscales, imponiendo una multa de siete millones seiscientos cincuenta y dos mil setecientos bolívares con noventa y siete céntimos (Bs.7.652.700,97) e intereses moratorios por la cantidad de cuatrocientos dieciocho mil trescientos cuarenta y uno con cero céntimos (Bs. 418.341,00).

Esta conducta infractora en perjuicio de los intereses fiscales, dio lugar a que la Administración Tributaria impusiera la multa, prevista en el artículo 112 del Código Orgánico Tributario, observando esta Sala que la misma fue calculada en forma proporcional a los días de retraso en que incurrió el contribuyente en atención a cada uno de los períodos indicados, considerando el cien por ciento (100%) de los tributos retenidos o percibidos por cada mes de retraso en su enteramiento, hasta un máximo de trescientos por ciento (300%) del monto de del tributo omitido, conforme lo señala la aludida norma; cuyos cálculos reflejan que la determinación de tal sanción estuvo orientada precisamente por el principio de proporcionalidad y además de racionalidad; actuando así conforme a derecho.

Por lo tanto, esta Sala Constitucional considera que el incumplimiento que se imputa es de naturaleza objetiva, de manera que al constatar el órgano tributario que el responsable directo incurrió en la omisión de ingreso bruto global, conducta que causó la infracción que se configurara, con la consecuencia inmediata de la imposición de la sanción de carácter patrimonial. Por tal razón, la pena prevista en el aludido artículo 112 se aplicó de manera proporcional por cada día de retardo.

Aunado a ello, es menester destacar que el sistema de recaudación fiscal resulta de vital importancia para cualquier Nación, por cuanto coadyuvan al desarrollo económico del país, por lo que requieren adaptarse a las realidades socio-históricas y financieras de su conglomerado social, al tal punto que el conjunto de acciones que lleva a cabo el Estado implica la decisión de indagar cuáles serán las consecuencias y efectos sobre el ciudadano en general, aún más cuando se trata de exacciones del patrimonio particular, ya que actualmente la materia tributaria representa un fuerte aporte al presupuesto de la Nación.

Siendo ello así, el sistema tributario o sistema de recaudación tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley (artículo 133 de la Constitución), en ese ejercicio de solidaridad social que debe caracterizar este mecanismo, el Estado obtiene un conjunto de recursos que en definitiva deben ser gestionados en pro de la búsqueda de mayor felicidad y del buen vivir de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, quedará de parte del legislador establecer en qué casos las recaudaciones hechas en el marco del sistema de seguridad social tendrán o no el carácter de tributos a los efectos de que sea aplicable la normativa tributaria.

Conforme a ello, y visto que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), consideró que existía un riesgo de que la contribuyente no pagara tanto la multa como los intereses de la misma por la demora de no pagar en el tiempo oportuno dictó las medidas necesarias, aras de salvaguardar el interés público en la recaudación de los tributos, lo cual en el presente caso no se vulneró el principio de no confiscatoriedad denunciado.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos. Vicios de Fondo: Falso supuesto*

TSJ-SPA (26)

7-4- 2024

Magistrado Ponente: Juan Carlos Hidalgo Pandares

Caso: Rafael David Guzmán Reverón, actuando con el carácter de Procurador del estado Bolivariano de Miranda, en representación del ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA.

Con relación al vicio de falso supuesto, debe reiterarse que el mismo se produce cuando la Administración al dictar un determinado acto fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que ocurrieron de manera distinta a la apreciación efectuada por el órgano administrativo de que se trate, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho. Igualmente, cuando los hechos que sirven de fundamento a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración los subsume de manera errónea en el derecho positivo, se materializa el denominado falso supuesto de derecho. Por tal motivo, dicho vicio -en sus dos (2) manifestaciones- afecta la causa de la decisión administrativa, lo que en principio acarrea su nulidad. (*Vid.*, entre otras, sentencia de esta Sala número 00342, de fecha 21 de marzo de 2018).

En el caso bajo estudio, aprecia la Sala de la lectura del Decreto Presidencial número 6.543 del 2 de diciembre de 2008, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39.072 de fecha 3 de ese mismo mes y año, que no se evidencia la existencia de las aseveraciones planteadas por la parte actora, es decir, el acto recurrido no hace alusión alguna a la calidad del servicio de salud prestado por la gobernación del estado Bolivariano de Miranda o respecto a los bienes utilizados para tal fin, por lo que mal puede decirse que este se fundamentó en los hechos que el accionante denuncia como falsos.

En efecto, el Decreto, en su tercer considerando, expone como basamento fundamental, el deber del Estado de “(...) *garantizar el acceso a los establecimientos de atención médica, adoptando políticas, planes y estrategias, a fin de mejorar la calidad de vida de la colectividad*”.

Visto lo anterior, se desecha el alegato relativo al falso supuesto de hecho. **Así se decide.**

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo. Amparo Cautelar*

TSJ-SP (209)

2-5-2024

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: SURNET TELECOM, C.A

Previamente este Máximo Tribunal advierte que la representación judicial de la contribuyente alegó en su escrito de fundamentación a la apelación, que el Tribunal *a quo* “(...) *NO ADMINISTRÓ JUSTICIA oportuna y adecuadamente en lo que respecta al DEBIDO TRÁMITE del AMPARO CAUTELAR y las MEDIDAS CAUTELARES de SUSPENSIÓN DE EFECTOS e INNOMINADAS contenidas en el CAPÍTULO XIV del RECURSO CONTENCIOSO TRIBUTARIO (...)*”. (Mayúsculas del texto).

En relación con dicha denuncia, esta Superioridad estima importante destacar que aún cuando la empresa actora solicitó conjuntamente con el recurso contencioso tributario “*medida de amparo cautelar, y subsidiariamente medida cautelar de suspensión de efectos e inno-minadas*” del acto administrativo impugnado, el Órgano Jurisdiccional de la causa no emitió el pronunciamiento sobre estas dos peticiones.

Al respecto, se estima pertinente reiterar lo expuesto por esta Sala a lo largo de su jurisprudencia en cuanto a que, en tales casos, dicha acción adquiere un carácter accesorio del recurso principal al cual fue acumulado, resultando en consecuencia, subordinada a éste, por lo que su destino será temporal, provisorio y dependerá del pronunciamiento judicial definitivo que se emita en el asunto principal.

En efecto, si bien esta forma de ejercicio conjunto le atribuye carácter cautelar a la solicitud de amparo, produciendo efectos suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto mientras dure el juicio, se ha indicado también que la acción así tramitada difiere de las medidas cautelares ordinarias, en atención a la naturaleza de la protección demandada; es decir, al resguardo y restablecimiento de derechos y garantías constitucionales, otorgando una tutela temporal pero inmediata de la lesión y restituyendo la situación jurídica infringida al estado en que se encontraba antes de verificarse la amenaza o violación, hasta tanto sea dictada la sentencia definitiva en la causa principal (*vid.*, entre otras, la sentencia de esta Sala Político-Administrativa Nro. 00332 del 14 de abril de 2004, caso: *The News Caffé & Bar, C.A.*).

Asimismo, esta Sala en su decisión Nro. 00402 del 20 de marzo de 2001 (caso: *Marvin Enrique Sierra Velasco*), [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 85-86-87-88 enero-diciembre 2001 pp. 320 y ss] advirtió la incompatibilidad del tratamiento dado a la acción de amparo ejercida en forma conjunta, con la intención del Constituyente materializada en los artículos 26, 27, 257 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, revisando el trámite que se le había venido dando a la solicitud de amparo incoada en esos términos, para concluir, visto el carácter cautelar de tal petición al ser ejercida conjuntamente, en la necesidad de desaplicar los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a los fines de lograr el restablecimiento de derechos de rango constitucional en la forma más expedita posible y fijar un procedimiento especial para la tramitación de la referida cautela.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, cuando hubiere sido ejercida una acción de amparo constitucional en forma conjunta al recurso contencioso de anulación, en el caso de autos, contencioso tributario, la misma, tal como se indicó, deberá ser tramitada como una medida cautelar, para lo cual habrá de analizar el juzgador en primer lugar, el *fumus boni iuris*, con el fin de revisar si existe una presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales invocados y, en segundo lugar, el *periculum in mora*, determinable por la simple verificación del requisito anterior vista la violación o amenaza de violación de tales derechos concebidos en la Carta Magna, los cuales le permitirán concluir en la necesidad o no de otorgar la referida protección y el restablecimiento de la situación jurídica infringida. Ahora bien, previo a tal revisión corresponderá al tribunal que conoce de la causa, pronunciarse sobre la admisión de la acción principal. (*vid.*, sentencia de esta Sala Nro. 00705 del 18 de junio de 2008, caso: *Municipio José Gregorio Monagas del Estado Anzoátegui*).

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de interpretación constitucional. Inadmisibilidad*

TSJ-SPA (83)

11-4-2024

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Ricardo Rafael Baroni Uzcategui

No obstante, esta Sala advierte que, aun cuando en las actas procesales se encuentra admitido el mencionado recurso de interpretación, a través del señalado auto del 10 de noviembre de 2011, dictado por el Juzgado de Sustanciación, esta Máxima Instancia se encuentra compelida a pronunciarse sobre la admisibilidad al verificar una situación que constituye un supuesto de inadmisión, aunque la causa se encuentre en estado de sentencia, por ser este aspecto de orden público.

En tal sentido, el análisis de la procedencia de este particular recurso de interpretación está condicionado, según la jurisprudencia pacífica y reiterada de este órgano jurisdiccional, al cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos: *(i)* legitimación para recurrir; *(ii)* que la interpretación solicitada verse sobre un instrumento legal, aun cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretación de sus normas; *(iii)* que se precise el motivo de la interpretación; *(iv)* que no exista un pronunciamiento anterior sobre el punto debatido y, de haberlo hecho, que no sea necesario su modificación; *(v)* que no se pretenda sustituir los recursos procesales existentes u obtener una declaratoria de condena o constitutiva; *(vi)* que no se acumule a la pretensión otra acción de naturaleza diferente, incompatible o contradictoria, y *(vii)* que el objeto de la interpretación no sea obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional para la solución de un caso concreto que esté siendo conocido por otro órgano jurisdiccional; y a las causales de inadmisibilidad establecidas expresamente en el mencionado artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el artículo 31, numeral 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (*Vid.*, sentencias Nros. 01009, 01408, 00383 y 00785 de fechas 14 de junio de 2007, 7 de octubre de 2009, 15 de abril y 2 de julio de 2015, respectivamente).

Ahora bien, siendo que la “*legitimación para recurrir*” para este tipo de acción, se evidencia al verificar la conexidad entre el recurso intentado y un determinado caso concreto, lo cual posee un doble propósito: por un lado, evitar un simple ejercicio académico de interpretación y por el otro, permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda que alegue como fundamento. (*Vid.*, sentencia de esta Sala Nro. 93 del 27 de julio de 2000).

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha señalado que el solicitante de la interpretación debe demostrar por lo menos que ante una determinada situación concreta se haya suscitado una duda por las diversas interpretaciones dadas al mismo precepto legal, y que existe un interés general en la solución del conflicto, pudiendo el intérprete percibir los criterios dispares, circunstancias que en el caso de marras no ha ocurrido, concretándose la ilegitimidad para solicitar la aludida interpretación y, por tanto, la inadmisibilidad del recurso. (*Vid.*, sentencias de esta Máxima Instancia, Nros. 57 y 942 de fechas 17 de abril de 1986 y 21 de julio de 1999, respectivamente). **Así se declara.**

Al tiempo, estima esta Sala que el solicitante del presente recurso en concreto formuló una serie de denuncias contra las referidas normas, objeto del recurso de interpretación, cuestionando la constitucionalidad y legalidad de las mismas, lo que amerita un pronunciamiento sobre una situación jurídica en particular que de ser decidida excedería a la facultad de interpretación que tiene atribuida la Sala, y que en lugar de aclarar una duda razonable podría inapropiadamente adelantar opinión en un asunto que, como otros, debe

ser resuelto por el mecanismo y la autoridad judicial correspondiente, razón por la que se declara inadmisibile la solicitud *sub examine*. (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 1363 del 25 de noviembre de 2015). **Así se establece.**

En consecuencia, esta Sala declara inadmisibile el recurso de interpretación ejercido y revoca el auto de admisión del 10 de noviembre de 2011, emanado del Juzgado de Sustanciación. **Así se decide.**

2. Revisión Constitucional. Improponible

TSJ-SC (61)

6-2-2024

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suarez

Caso: Oscar Ramon Figura

...Esta Sala observa del pedimento y de los alegatos del solicitante que si bien el requiere la revocatoria de la sentencia n° 1160 dictada por esta Sala Constitucional el 10 (*rectius* 11) de agosto de 2023, tal situación conllevaría al análisis de la misma, en tal sentido lo que se pretende es la revisión de la referida sentencia.

Ahora bien, la Sala observa que el cardinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorga la atribución de “*revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva*”.

Asimismo, los cardinales 10 y 11 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establecen que la Sala Constitucional es competente para revisar las sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales de la República y las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

De allí que las sentencias dictadas por la propia Sala Constitucional no pueden ser objeto de la revisión constitucional por no encontrarse prevista dicha competencia en las normas antes citadas y, ello es así, conforme al principio de la cosa juzgada formal, según el cual sobre los asuntos ya conocidos y decididos por esta Sala, no es posible dictar un nuevo pronunciamiento (Vid. Sentencias números 2048 del 27 de noviembre de 2006, caso: “*Inversiones L.N.H.*”, 827 del 18 de junio de 2009, caso: “*Ascander Contreras Uzcátegui, Jesús Antonio Villarreal Hidalgo, José Lorenzo Torres Dugarte y José Francisco Botello Wilson*”, 496 del 12 de abril de 2011 caso: “*Embotelladora Terepaima, C.A.*”, 532 del 8 de mayo de 2013, caso: “*Alfonso Marquina*” y 1323 del 8 de octubre del 2013, caso: “*Industrias Kondor, C.A.*”, entre otras).

Cabe considerar entonces, lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo Justicia, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 3. *El Tribunal Supremo de Justicia es el más alto tribunal de la República, contra sus decisiones, en cualquiera de sus Salas, no se oír, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo que dispone la presente Ley*”.

De esta manera, de conformidad con la norma antes mencionada, resulta forzoso para esta Sala declarar improponible en derecho la solicitud de revisión constitucional, planteada por el ciudadano **OSCAR RAMÓN FIGUERA GONZÁLEZ**, actuando en su condición de Secretario General del Comité Central del Partido Comunista de Venezuela (PCV), de la sentencia n° 1160, dictada por esta Sala Constitucional el 10 (*rectius* 11) de agosto de 2023, en el expediente n° 2023-708, por ser la máxima instancia constitucional y por no ser posible oír ni admitir acción o recurso alguno contra sus decisiones. Así se declara.

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela, por autoridad de la Ley, declara **IMPROPONIBLE EN DERECHO** la solicitud de revisión planteada por el ciudadano **OSCAR RAMÓN FIGUERA GONZÁLEZ**, actuando en su condición de Secretario General del Comité Central del Partido Comunista de Venezuela (PCV), de la sentencia n°1160, dictada por esta Sala Constitucional el 10 (*rectius* 11) de agosto de 2023, en el expediente n° 2023-708.

3. *Revisión de oficio***TSJ-SC (208)****17-5-2024**

Magistrado Ponente: Tania D'Amelio Cardiet

Caso: Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA)

Estudiadas como han sido las actas que conforman el expediente, esta Sala pasa a pronunciarse sobre la presente revisión de oficio, no sin antes reiterar que el numeral 10 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, consagra la posibilidad de revisar las sentencias dictadas por los demás tribunales de la República, cuando se trate de sentencias definitivamente firmes, y, por otra parte, que el numeral 11 del mencionado artículo 25 permite la posibilidad de revisar los fallos de las demás Salas integrantes del Tribunal Supremo de Justicia, y esta posibilidad de revisión sólo procede cuando se denuncien: a) violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República y b) cuando estas sentencias se hayan dictado con ocasión a: (i) error inexcusable, (ii) dolo, (iii) cohecho o (iv) prevaricación; las referidas normas se limitaron a reproducir el supuesto de hecho establecido en la norma constitucional (336.10), el cual ha sido objeto de un desarrollo exhaustivo por esta Sala (*vid.* Sentencia número 93 del 6 de febrero de 2001, caso: *CORPOTURISMO*; sentencia número 325 del 30 de marzo de 2005, caso: *Alcido Pedro Ferreira* y otros; entre otras).

En el presente caso, esta Sala Constitucional, al observar el contenido y alcance de la sentencia número 03, dictada el 15 de diciembre de 2022, por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental, verificó que la misma no tomó en consideración criterios jurisprudenciales de esta Sala y de la Sala Político-Administrativa, toda vez, que la cautela otorgada vació de contenido y de objeto el fallo definitivo, al pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido contrarió la jurisprudencia vinculante en la materia dictada por esta Sala en la sentencia número 1508 del 6 de junio de 2003, caso: *Jesús Alberto Díaz Peña*), que se dejó sentado lo siguiente:

“Teniendo en consideración lo antes expuesto, y habiendo realizado un análisis exhaustivo del presente expediente, esta Sala Constitucional observa que, en el caso de autos, el recurso por abstención interpuesto conjuntamente con una solicitud de amparo cautelar a la cual se refiere la parte accionante en su escrito contentivo de la acción de amparo, fue incoado por la empresa SINDICATO AGRÍCOLA 168, C.A. contra la abstención en que supuestamente habría incurrido el Gerente de Ingeniería Municipal del Municipio Baruta, al no emitir la constancia de culminación de obra correspondiente a la edificación propiedad de dicha empresa, a la cual estaba obligado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

(Omissis)

Con relación al llamado amparo cautelar, estima la Sala necesario aclarar que aun cuando el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone que el mismo puede solicitarse ‘conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas’, ello no resulta del todo ajustado al artículo 27 constitucional transcrito supra ni tampoco con la naturaleza y efecto de esta acción, pues el amparo cautelar como toda cautela se caracteriza por su instrumentalidad y mutabilidad, de modo que es posible solicitarla conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación para suspender los efectos del acto administrativo impugnado, pero no con un recurso por abstención o carencia, el cual está justamente fundamentado en la inexistencia de un acto o bien en la omisión de realizar una determinada actuación a la cual la Administración está obligada legalmente, de manera que admitir la posibilidad de ejercicio conjunto con dicho recurso de una solicitud de amparo cautelar, significaría quitarle a éste su naturaleza cautelar y las características antes mencionadas, pues lejos de ser un medio para precaver sobre el fondo del recurso y la ejecución de la sentencia que respecto al mismo se dicte, se convertiría en un medio arbitrario para conseguir de manera anticipada, inmutable y definitiva, lo que se corresponde con el objeto del recurso ejercido.

(Omissis)

En atención a lo expuesto y con relación al contenido y efecto del ‘amparo cautelar’ acordado el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital en el fallo del 8 de enero de 2002, la Sala observa que la misma no cumple el objeto propio de las medidas cautelares que es garantizar la ejecución de lo juzgado, toda vez que con lo ordenado en el fallo parcialmente transcrito, se creó una situación jurídica a favor de la empresa SINDICATO AGRÍCOLA 168, C.A. que no ostentaba al momento de interponer el recurso principal accesorio al cual se decretó la medida antes referida. Ello sin lugar a dudas contraria la naturaleza de la acción de amparo constitucional, así como del amparo cautelar que como ya ha apuntado esta Sala se trata de una cautela que permite precaver presuntas violaciones a derechos constitucionales mientras se decide el mérito del recurso de nulidad ejercido” (destacado de la Sala).

Como puede observarse, la sentencia objeto de revisión de oficio dictada por Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental, al decretar un amparo cautelar pronunciándose sobre el mérito del asunto controvertido, vació de contenido la pretensión y adelantó la decisión que debía resolverse en la oportunidad de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; apoyándose en el simple hecho de haber sido notificada la sociedad mercantil Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA), a través del “**CARTEL DE NOTIFICACIÓN publicado en el Diario VEA DIGITAL en fecha 16/11/2022...**”, ello así resultaba insuficiente para decretar procedente el amparo cautelar; independientemente de que la parte actora hubiese alegado “...que al exigir dicho cobro, se ve lesionado el Derecho a la Defensa de la recurrente, debido a que se le podría estar causando un gravamen irreparable en caso de resultar declarado con lugar el Recurso Contencioso Tributario...”; pues se insiste en que tal proceder judicial implicó quitarle al amparo cautelar, su naturaleza cautelar, pues lejos de ser un medio para precaver sobre el fondo del recurso y la ejecución de la sentencia que respecto al mismo se dicte, se convertiría en un medio arbitrario para conseguir de manera anticipada, inmutable y definitiva, lo que se corresponde con el objeto del recurso ejercido.

Aunado a ello, se evidencia que también se apartó de los criterios sentados por la Sala Político-Administrativa, relacionados con el principio de legalidad en materia tributaria, no constituye un derecho subjetivo constitucional que pueda ser protegido mediante amparo, si bien de los alegatos esgrimidos por la representación judicial de la empresa Agropecuaria La Costanera C.A. (AGROLACCA), en su escrito libelar, específicamente en las razones de derecho en las cuales fundamenta el amparo cautelar, que denuncia la violación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, previsto en el artículo 317 de la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela, el referido precepto constitucional denunciado está vinculado con el principio de legalidad en materia tributaria, pues “...*dicho principio, tal como ha sido concebido por nuestro Constituyente, se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación; en consecuencia, considera esta Sala que tal precepto de vinculación con la legalidad no configura per se la consagración de un verdadero derecho subjetivo constitucional que sea susceptible de tutela judicial directa, y que como tal pueda invocarse autónomamente...*” (Ver sentencia número 2005-05444 del 4 de agosto de 2005, caso: *Inter-casa, C.A., contra Superintendencia Nacional Aduanera y Tributario*).

De acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores, esta Sala Constitucional verificó que la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2022, por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental, no sólo estaba directamente vinculada con aspectos de orden legal y a criterios jurisprudenciales de esta Sala y de la Sala Político-Administrativa, que son señalados en la parte motiva de la misma, sino también, ante todo, a valores, principios, normas, derechos y garantías constitucionales, tales como, en general, derecho a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva, los principios de la capacidad contributiva, legalidad tributaria, la generalidad del tributo, a la responsabilidad social, al sistema socio-económico, a la seguridad jurídica y a la Justicia, entre otras reflejadas en la misma y en el proceso que le dio lugar al fallo sub examine (*vid.* arts. 1, 2, 3, 26, 49, 257 y 317 del Texto Fundamental), las cuales están estrechamente ligadas a la seguridad y mantenimiento de la paz social del Estado venezolano que señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y han sido objeto de interpretación por parte de esta Sala Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia, esta Sala Constitucional declara ha lugar a la revisión constitucional y, por consiguiente, anula la sentencia número 03 dictada el 15 de diciembre de 2022 por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental. Así se decide.

Así entonces, esta Sala considera oportuno citar el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone:

“Efectos de la revisión

Artículo 35. Cuando ejerza la revisión de sentencias definitivamente firmes, la Sala Constitucional determinará los efectos inmediatos de su decisión y podrá reenviar la controversia a la Sala o tribunal respectivo o conocer de la causa, siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada” (Resaltado de este fallo).

Por ello, acuerda esta Sala resolver de forma definitiva y visto que no es necesaria ninguna actividad probatoria, por lo que, en aras de evitar una reposición que dilataría inútilmente o de forma indebida el proceso, pasa a resolver el fondo del asunto, observando esta Sala Constitucional de los argumentos esgrimidos por la referida sociedad mercantil, denuncia la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso, así como también la violación a la capacidad contributiva, no confiscatoriedad del tributo, derecho de propiedad y libertad económica, los cuales están íntimamente vinculados entre sí, y en tal imbricación opera una suerte de interdependencia en la vigencia de los preceptos constitucionales antes mencionados, en los términos en los cuales ha sido planteado por la parte actora.

4. *Acción de amparo constitucional*A. *Competencia*

TSJ-SC (173)

21-2-2024

Magistrada Ponente: Michel Adriana Velásquez Grillet

Caso: Ronal Javier Hernández

Debe esta Sala determinar -preliminarmente- su competencia para conocer de la presente acción de amparo, y, a tal efecto, se observa que, en el caso de autos, la acción de amparo constitucional fue ejercida en contra de la Contraloría General de la República y el Consejo Nacional Electoral, con fundamento en las -presuntas- vías de hechos practicadas por estas autoridades, destinadas a impedir que el accionante de autos participe en unas elecciones municipales pautadas, según lo que se alega en el libelo, para el año 2021.

Ahora bien, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece cuáles son las competencias de esta Sala Constitucional, dentro de las cuales se debe destacar la indicada en el numeral 18 de la citada norma, referida a “*Conocer en única instancia las demandas de amparo constitucional que sean interpuestas contra los altos funcionarios públicos o altas funcionarias públicas nacionales de rango constitucional*”.

En este orden de ideas, deben entenderse por altos funcionarios públicos los establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en sintonía con lo previsto en el artículo 44 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2014, los cuales disponen:

“Artículo 8.- La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia, en la Sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República”.

“Artículo 44.- Son órganos superiores de dirección del nivel central de la Administración Pública Nacional, la Presidenta o Presidenta de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, las Vicepresidentas o Vicepresidentes Sectoriales, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros, las jefas o jefes de Gobierno y las autoridades regionales.

Son órganos superiores de consulta del nivel central de la Administración Pública Nacional, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, las juntas sectoriales y las juntas ministeriales”.

Al respecto, esta Sala ha establecido reiteradamente su control con carácter excluyente y exclusivo de los actos, hechos u omisiones imputadas a los altos funcionarios públicos nacionales indicados anteriormente, aún y cuando dichas menciones, son manera enunciativa y no taxativa (*vid.* entre otras, S.S.C del 30/06/2000, caso: “Defensoría del Pueblo”; 20/01/2000, caso: “Emery Mata Millán”; y 15/02/2001, caso: “María Zamora Ron”).

En el caso *sub iudice* la acción de amparo constitucional fue ejercida en contra de la Contraloría General de la República y el Consejo Nacional Electoral, instituciones que pueden calificarse como unas de las autoridades enunciadas en los supuestos normativos a que hacen referencia los artículos 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías

Constitucionales, 25.18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 44 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, motivo por el cual esta Sala se declara competente para conocer de la presente acción de amparo constitucional. Así se declara.

B. *Inadmisibilidad*

TSJ-SC (181)

22-2-2024

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Nancy Muro Colitto

Ahora bien, de las actas que reposan en el expediente, se observa que la Sala Tres de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, dio contestación a lo solicitado en la sentencia dictada por esta Sala N° 679/2022, acordó expedir las copias solicitadas por la parte accionante, asimismo remitió a esta Sala Constitucional copia certificada de la sentencia dictada por este, en fecha 1 de septiembre de 2022, mediante el cual declaró procedente *in limine litis* la acción intentada por el abogado Guillermo Moreno Contreras.

Así las cosas, siendo que la pretensión de la parte accionante estaba constituida por la omisión de pronunciamiento respecto a una respuesta sobre la acción de amparo interpuesto y la solicitud de copias certificadas peticionadas, en la causa distinguida con el alfanumérico 3Aa-6735-2019, que sigue al ciudadano Michelle Floro Constanzo, por la presunta comisión de los delitos de estafa agravada y uso de documento público falso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 462, 322 y 319 del Código Penal, por lo que debe concluirse que cesó la presunta violación denunciada.

A juicio de la Sala, al haberse dictado el pronunciamiento respecto a lo solicitado por la parte accionante, siendo esa falta de pronunciamiento el motivo primordial del amparo se colige que la acción deviene en inadmisibile, conforme a lo previsto en el cardinal 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que prevé:

“No se admitirá la acción de amparo:

1) Cuando haya cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarla”.

En este sentido, el criterio reiterado de esta Sala con respecto a la causal de inadmisibilidad contenida en el cardinal 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha sido plasmado en la sentencia No. 2302 del 21 de agosto de 2003, caso: *“Alberto José De Macedo Penelas”*, que señala lo siguiente:

“...a juicio de esta Sala, resulta acertado en Derecho, pues no puede admitirse un amparo constitucional cuando el objeto por el cual se ha incoado el proceso constitucional ya ha dejado de ser, tal y como lo prevé la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en su artículo 6, numeral (sic) 1, el cual prevé la no admisión de la acción de amparo cuando haya cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiese podido causarla, por lo que siendo ese el supuesto verificado en autos, resultaba ciertamente inadmisibile la solicitud en cuestión, y así se declara...”.

Así las cosas, esta Sala considera, con fundamento en lo establecido en la norma y en el criterio jurisprudencial citado, que en el presente caso ha operado dicha causal de inadmisibilidad, por cuanto, a partir del 1 de septiembre de 2022 (con la decisión dictada por la Sala Tres de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas) y a partir del 7 de septiembre de 2022 (con la expedición de las

copias solicitadas por la parte accionante), cesó la presunta violación de los derechos constitucionales denunciados, cuando la corte *supra* mencionada, dio respuesta a lo solicitado por la parte accionante.

En cuanto a la solicitud de desistimiento de esta acción de amparo, hecho por la parte accionante, sería inoficioso pronunciarse sobre la misma ya que de manera clara y notoria se pudo ver que cesó la violación delatada y que esa fue la razón de dicho desistimiento.

Siendo así, resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisibile la pretensión de amparo interpuesta, de conformidad con lo establecido en el cardinal 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; y así se declara.

C. *Abandono de tramite*

TSJ-SC (173)

21-2-2024

Magistrada Ponente: Michel Adriana Velásquez Grillet

Caso: Ronal Javier Hernández

La Sala reiterar su criterio conforme al cual el interés manifestado por la parte actora al solicitar ante el órgano jurisdiccional la tutela de los derechos constitucionales, debe ser mantenido a lo largo del proceso, por lo que la ausencia de impulso procesal durante un tiempo que supere los seis (6) meses, indica que no existe una necesidad imperiosa ni interés en obtener la tutela constitucional demandada, lo cual debe entenderse como un abandono del trámite que obliga a la Sala a declarar terminado el procedimiento; a menos de que de las denuncias contenidas en la demanda de amparo se advierta una lesión al orden público o a las buenas costumbres.

...Determinada la competencia, en el presente caso, esta Sala, como punto previo, realiza las siguientes consideraciones:

Una vez establecida la competencia, de las actas que conforman el expediente se verifica la total inactividad de la parte actora en el presente procedimiento de amparo constitucional desde el 22 de marzo de 2018, habiendo transcurrido desde la referida fecha un lapso superior a seis (6) meses.

En tal sentido, resulta menester para esta Sala reiterar su criterio conforme al cual el interés manifestado por la parte actora al solicitar ante el órgano jurisdiccional la tutela de los derechos constitucionales, debe ser mantenido a lo largo del proceso, por lo que la ausencia de impulso procesal durante un tiempo que supere los seis (6) meses, indica que no existe una necesidad imperiosa ni interés en obtener la tutela constitucional demandada, lo cual debe entenderse como un abandono del trámite que obliga a la Sala a declarar terminado el procedimiento; a menos de que de las denuncias contenidas en la demanda de amparo se advierta una lesión al orden público o a las buenas costumbres.

Al respecto, esta Sala en sentencia n° 982/2001 del 6 de junio, caso: *José Vicente Arenas Cáceres*, [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 85-86-87-88 enero-diciembre 2001 pp. 982 y ss] interpretó con carácter vinculante la figura del abandono del trámite en la acción de amparo constitucional, originado por la conducta pasiva del accionante, en los términos siguientes:

“(…) Tal inactividad, en el marco del proceso breve, sumario y eficaz del amparo, permite presumir que las partes han perdido interés en que se protejan sus derechos fundamentales por esta vía, lo que produce un decaimiento del interés procesal en que se administre la justicia acelerada y preferente (ex artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) que proporciona el amparo constitucional.

En efecto, el interés procesal es la posición del actor frente a la jurisdicción para obtener de ella la satisfacción de su necesidad de tutela; este interés subyace en la pretensión inicial del actor y debe subsistir en el curso del proceso.

La falta inicial de esta ‘necesidad de tutela’ (interés procesal) impide el juicio sobre el mérito de la pretensión del actor y por ello se sanciona con la declaratoria de inadmisibilidad de la pretensión, tal como lo reflejan las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, varias de las cuales recogen supuestos de falta de interés procesal (por irreparabilidad, cesación, consentimiento, elección de otra vía de protección judicial, p.e.).

(Omissis)

Finalmente, puede ocurrir que el interés decaiga por la inacción prolongada del actor o de ambas partes, caso en el cual se extingue la instancia iniciada en protección de determinada pretensión. El Código de Procedimiento Civil señala expresamente los supuestos que configuran la inacción prolongada y que dan lugar a la perención de la instancia. En el caso específico de la inacción prolongada del actor, señala el incumplimiento de ciertas obligaciones procesales como causa de la perención.

En la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no consta una regulación semejante, pero en ella se prevé la figura del abandono del trámite, que expresa también el decaimiento del interés del actor, lo cual se deduce del paralelismo entre ese supuesto en la Ley especial y los supuestos de extinción de la instancia, a causa del incumplimiento de las obligaciones del actor, previstas en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado que no puede pretender beneficiarse en vía de amparo constitucional quien ha demostrado una total pasividad y ha incurrido en una notoria falta de diligencia procesal y de colaboración con la administración de justicia. (Cfr. s. T.C. 22/92 de 14 de febrero, en GUI MORI, Tomás, ‘Jurisprudencia Constitucional 1981-1995’, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 609).

Por su parte, esta Sala tiene establecido que tal actitud en el proceso, además, constituye una afrenta al sistema de justicia, por cuanto el servicio público debe atender un juicio que ocupa espacio en el archivo judicial, pero que no avanza hacia su fin natural (Cfr. s. S.C. n.º 363, 16-05-00).

En criterio de la Sala, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales puede asumirse –entre otros supuestos, como la falta de comparecencia a la audiencia constitucional- una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización de la causa por falta de interés procesal de la parte actora.

Ello es producto del reconocimiento, a partir de signos inequívocos –el abandono, precisamente- de que dicha parte ha renunciado, al menos respecto a esa causa y a este medio procesal, a la tutela judicial efectiva y al derecho a una pronta decisión que le confiere la Constitución; por otra parte, y desde otro punto de vista, el principio de la tutela judicial efectiva no ampara la desidia o la inactividad procesal de las partes.

(Omissis)

En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquella situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales.

Por tanto, resultaría incongruente con la aludida naturaleza entender que el legislador hubiere previsto un lapso de caducidad de seis meses para la interposición de la demanda y, al propio tiempo, permitiese que se tolerase pasivamente la prolongación en el tiempo de la causa, sin la obtención de un pronunciamiento, por un lapso mayor a aquél.

Así, a pesar de que el dictado de la providencia que libró la orden de notificación coloca el peso de la reanudación del procedimiento en cabeza del Tribunal, esta circunstancia no releva al actor, supuestamente urgido de la tutela constitucional, de su carga de tomar conocimiento de la causa y de actuar en el procedimiento a través del cual pretendía, ante la falta de idoneidad de las vías ordinarias de protección constitucional, el restablecimiento urgente de una determinada situación jurídica todavía reparable.

En este sentido, tal conducta del presunto agraviado, conduce a presumir que el interés procesal respecto de este medio particular de protección de los derechos fundamentales decayó y que la inactividad no debe premiarse manteniendo vivo un proceso especial en el cual las partes no manifiestan interés (Cfr. s. S C. n° 363, 16-05-00). Podría incluso haber mala fe en la inactividad –aunque la buena debe presumirse– cuando se ha obtenido una medida cautelar en la oportunidad de la admisión que restablece instrumentalmente la situación jurídica infringida, alterando así ilegítimamente el carácter temporal e instrumental de dicho restablecimiento en perjuicio de aquél contra cuyos intereses opera la medida.

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia. Así se declara. (...)” (también vid. SSC N° 734/2010 del 12 de julio).

Esta Sala Constitucional observa que el litigio de la causa primigenia versa sobre un juicio de desalojo de vivienda el cual el Juzgado presuntamente agravante declaró con lugar.

Al respecto, es necesario puntualizar que la situación de orden público es de carácter estrictamente excepcional y permite obviar las normas de procedimiento relativas al proceso de amparo constitucional. Es así, como el concepto de orden público a que se refieren las normas que rigen el proceso de amparo constitucional para permitir la posibilidad de obviar las normas procedimentales de dicho proceso, es aún más limitado que el concepto de orden público que se encuentra implícito en cualquier derecho o garantía constitucional precisamente por el hecho de que estos derechos poseen un carácter constitucional (vid. sentencia n° 1.207 del 6 de julio de 2001).

En este sentido, es necesario destacar que la protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social

y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social.

En abundamiento de lo anterior, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 343 de fecha 06 de mayo de 2016, [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 145-146 enero-junio 2016 pp. 161 y ss] determinó lo siguiente:

“Es en este marco, debe analizarse la inclusión en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del derecho a una vivienda digna en su artículo 82, el cual consagra que: “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares (...); para ello, “El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”, incluyendo este artículo en el Capítulo V, denominado “De los Derechos sociales y de las familias”, lo cual obliga no sólo a valorarlo en su contenido literal, sino también en el contexto en que lo estableciera el Constituyente.

El derecho a la vivienda se encuentra entre los llamados derechos prestacionales de interés social, cuya satisfacción progresiva debe ser garantizada por el Estado, tal como lo ha establecido previamente esta Sala al reconocer que la tutela de este derecho es de efectivo e inmediato cumplimiento, en los siguientes términos:

‘(...) el derecho a una vivienda adecuada -o digna- no puede ser un derecho retórico, el cual, en efecto, aun cuando dispone de un amplio marco jurídico en nuestro país, debe propenderse a su efectiva concreción, evitando en lo posible que sea desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas.

La garantía de tal derecho, cuyo contenido trasciende socialmente, implica un real compromiso, una política de acción social” (Vid. Sentencia N° 1317 del 3 de agosto de 2011 caso: Mirelia Espinoza Díaz)’”.

En este sentido, la concepción del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia implica que el Estado tiene la obligación de salvaguardar y garantizar la realización de los derechos sociales de sus ciudadanos, en este caso el derecho a la vivienda, instrumentando medidas que contribuyan al diseño y formulación de políticas sociales en aras de lograr el efectivo ejercicio de dicho derecho constitucional.

Observa esta Sala Constitucional que el presente amparo tiene como objeto una decisión que ordenó el desalojo de una vivienda, lo cual que pudiera afectar la posesión legítima de la accionante sobre el inmueble en cuestión, amparada por los derechos fundamentales concebidos en la Constitución Nacional, por lo que si bien en principio involucra la afectación de un interés particular, lo cierto es que se trata de una situación de interés social que pudiera vulnerar el orden público de pasarse por alto.

Siendo ello así, en virtud de salvaguardar el orden público, debe esta Sala Constitucional en la presente decisión abstenerse de declarar la terminación del proceso y revisar los alegatos expuestos por la accionante de la presente acción de amparo constitucional pese a que la misma se encuentra incurso en abandono de trámite. **Así se decide.**

TSJ-SC (173)

21-2-2024

Magistrada Ponente: Michel Adriana Velásquez Grillet

Caso: Ronal Javier Hernández

...Precisado lo anterior, es menester indicar que del examen de las actas que conforman el presente expediente se evidencia que desde el **12 de noviembre de 2021 hasta la presente fecha**, el accionante de autos ni su representante legal han realizado ninguna actuación tendente a impulsar el procedimiento en la presente acción de amparo constitucional ante esta Sala, transcurriendo en ese margen de tiempo un período superior a seis (6) meses, sin que la representación judicial de los hoy accionantes en amparo durante ese lapso haya puesto de manifiesto su interés en impulsar la tutela constitucional demandada.

Al respecto, es menester advertir que ha sido criterio pacífico de esta Sala calificar como abandono del trámite esa conducta pasiva del presunto agraviado que solicitó la tutela urgente y preferente del amparo constitucional hace más de seis (6) meses, en los siguientes términos:

“(...) En criterio de la Sala, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales puede asumirse -entre otros supuestos, como la falta de comparecencia a la audiencia constitucional- una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización de la causa por falta de interés procesal de la parte actora.

(...)

Si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquélla situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales.

(...)

La Sala considera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia. Así se declara”. (Vid. Sentencia N° 982 del 6 de junio de 2001. Caso: José Vicente Arenas Cáceres, ratificada entre otras, a través de los fallos Nros. 60 del 22 de febrero de 2005, 734 del 12 de julio de 2010 y 273 del 21 de abril de 2016). (Subrayado propio).

La sentencia parcialmente transcrita, revela la importancia del interés de la parte actora para obtener la tutela del derecho constitucional -aparentemente- vulnerado, durante la tramitación del proceso de amparo constitucional. De allí, que mediante sentencia N° 734 del 12 de julio de 2010, se establecieron los supuestos generales para que se configure el abandono del trámite, en los términos siguientes:

“...1. El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia o el restablecimiento instrumental de la situación jurídica que denunció supuestamente infringida, obtenida a través de una medida cautelar, por un tiempo indefinido.

2. Se produce el abandono del trámite, con la paralización de la causa, por falta de impulso, cuando transcurre un espacio de tiempo de seis (6) meses.

En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entienda lesiva de derechos constitucionales por más de seis (6) meses entraña el consentimiento de la misma y, por tan-

to, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que permitir, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio semejante, equivale a la pérdida de interés para hacer cesar aquella situación.

3. Finalmente se prevé que el abandono del trámite por falta de impulso puede ocurrir en las siguientes fases del procedimiento: 1) En la etapa de admisión de la demanda; 2) luego de admitida la demanda, en la práctica de las notificaciones a que hubiera lugar; 3) en la fijación de la audiencia oral...”.

Expuesto lo que antecede y verificada como fue la inactividad de la parte actora por más de seis (6) meses en el lapso antes descrito, en atención y resguardo a los principios de celeridad y economía procesal, y con la finalidad de no abarrotar ni cargar al aparato judicial con expedientes en los que el accionante, ha dejado en total evidencia su falta de interés en la resolución de la causa; y sin que ello implique la violación al principio del juez natural, es que esta Sala Constitucional, visto que los derechos denunciados como quebrantados sólo tienen incidencia en la esfera particular del quejoso, sin que de alguna manera se afecte el orden público, las buenas costumbres o una parte de la colectividad, al haberse verificado la pérdida de interés de la parte accionante en obtener la tutela del sistema judicial, se declara terminado el procedimiento por abandono del trámite; en consecuencia, resulta inoficioso emitir pronunciamiento alguno respecto a la medida cautelar peticionada. Así se decide.-

Ello así, es importante advertir que el abandono del trámite que se decreta en la presente causa operó cuando ya se encontraba vigente la Resolución N° 2020-0008, del 1° de octubre del 2020, mediante la cual la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia resolvió la reactivación de todos los tribunales judiciales del país, estableciendo así en su particular segundo que “...*En materia de amparo constitucional se considerarán habilitados todos los días. Los jueces y las juezas, incluso los y las temporales, están en la obligación de tramitar y sentenciar los procesos respectivos...*”.

Por último, de conformidad con lo establecido en el único aparte del artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en aplicación del criterio impuesto por esta Sala en su fallo N° 827 del 3 de diciembre de 2018, en el cual se estableció con “*carácter vinculante, que en caso de desistimiento malicioso o de abandono de trámite la sanción aplicable por el juez de la causa será la establecida en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales vigente, es decir, multa de dos mil bolívares (Bs. 2.000,00) a cinco mil bolívares (Bs. 5.000,00)*”.

Se impone a la parte actora una multa por la cantidad de dos mil bolívares (Bs. 2.000,00), pagaderos a favor de la Tesorería Nacional, en cualquier institución financiera receptora de fondos públicos, cuyo comprobante, deberá ser consignado directamente en el expediente, haciendo uso del correo certificado o electrónico, o vía fax (*vid.* Sentencia N° 0297 del 16 de agosto de 2019), dentro del lapso de cinco (5) días siguientes a su notificación, más 5 días como término de distancia. Así se declara.

Finalmente, se solicita a la Secretaría de la Sala que, conforme a lo señalado en el artículo 91.3 de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, practique por vía electrónica o telefónica la referida notificación, dejando constancia de ello en el expediente.

VIII. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

1. *Propiedad. Violación al derecho de propiedad*

TSJ-SPA (26)

7-4- 2024

Magistrado Ponente.: Juan Carlos Hidalgo Pandares

Caso: Rafael David Guzmán Reverón, actuando con el carácter de Procurador del estado Bolivariano de Miranda, en representación del **ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA**.

Con relación a la presunta violación del derecho de propiedad, indicó la parte actora que, con el Convenio de Transferencia del Servicio de Salud celebrado el 25 de octubre de 1995, entre el Poder Nacional y el estado Bolivariano de Miranda, los bienes transferidos con el objeto de garantizar la efectiva prestación del servicio público de salud, “(...) *pasaron a la plena propiedad del [aludido estado] en esa oportunidad*”; por lo que, la vulneración del referido derecho queda evidenciada al haberse ordenado la transferencia de los bienes muebles e inmuebles al Ejecutivo Nacional, “(...) *sin haberse cumplido con las exigencias contempladas en el artículo 115 de la Constitución y mencionadas en el artículo 546 del Código Civil*”. (Mayúsculas del escrito. Corchete de esta Sala).

Que, no todos los bienes destinados a la prestación del servicio de salud en el estado Bolivariano de Miranda fueron adquiridos por la referida entidad a propósito de la transferencia, pues algunos lo fueron con recursos propios del estado “(...) *y ahora el Ejecutivo Nacional pretende sustraerlos de su esfera jurídica sin derecho a percibir indemnización alguna, pretendiendo de esta manera producir un perjuicio patrimonial (...)*”. (Mayúsculas del original).

Ahora bien, precisado lo anterior, estima esta Sala necesario traer a colación el contenido del artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 115. Se garantiza el derecho a la propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causas de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser decretada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

En cuanto a este derecho, esta Máxima Instancia se ha pronunciado reiteradamente para señalar que no se trata de un derecho absoluto; por el contrario, está sujeto a ciertas limitaciones las cuales deben armonizarse con determinados fines del Estado como lo son la función social, la utilidad pública y el interés general. Sin embargo, dichas limitaciones deben ser establecidas en un texto legal, no pudiendo crearse restricciones de una magnitud tal que menoscaben en forma absoluta este derecho (*Vid.*, entre otras, sentencias de esta Sala números 00763 y 01811, del 23 de mayo de 2007 y 10 de diciembre de 2009, respectivamente).

Respecto a este punto, resulta importante señalar que el Decreto Presidencial recurrido, tiene por objeto garantizar el bienestar colectivo y el acceso a los servicios de salud, “(...) *sin perjuicio de las competencias que, en materia de salud, tiene atribuido el Estado Bolivariano de Miranda (...)*”; por lo que, para cumplir con los fines planteados, debe realizarse la transferencia de los bienes muebles e inmuebles destinados para el cumplimiento de tales fines.

Así pues, aún cuando -como lo alegó la parte actora- algunos bienes hayan sido adquiridos con recursos propios del estado Bolivariano de Miranda (los cuales no fueron precisados en la demanda), estos forman parte del patrimonio público y se encuentran destinados a la prestación del servicio de salud; por lo que, a los fines del Decreto deben ser transferidos al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Salud. En razón de ello, esta Sala considera que no existe violación del derecho de propiedad. **Así se declara.**

Comentarios Jurisprudenciales

ACERCA DE LA INHABILITACIÓN DE MARÍA CORINA MACHADO

Aurelio Useche Kislinger*

*Ingeniero Civil M.S. Ex Profesor Universitario.
Miembro Honorario de la Academia de Ingeniería y El Hábitat*

Resumen: *Inhabilitación de María Corina Machado para ser elegida Presidente.*

Palabras Clave: *Inconstitucional.*

Abstract: *Disqualification Maria Corina Machado to elected President.*

Key words: *Unconstitutional.*

INTRODUCCIÓN

Luego de la decisión de la Sala Político-Administrativa TSJ se ha procedido a efectuar un análisis en detalle del contenido de esa decisión, con la finalidad de verificar su procedencia y consecuentemente su constitucionalidad. María Corina Machado nunca ha sido funcionario público, así como tampoco ha tenido responsabilidad alguna en la administración de fondos públicos, participar en decisiones que involucran la aplicación de los fondos a realizar pagos con determinado propósito. Su único desempeño público fue ser electa Diputado a la Asamblea Nacional para el periodo 2011-2015.

LAS COMPETENCIAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA APLICABLES A MCM

De conformidad con los Artículo 287 y 289 de la Constitución, la Contraloría es un órgano de control fiscal cuyo objetivo fundamental sea la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos. Es decir, en la práctica, es un órgano que complementa a la Asamblea Nacional en sus facultades de control para la vigilancia y control de los ingresos y gastos públicos en el cumplimiento de lo previsto en el Presupuesto Nacional, el cual es de aprobación anual con carácter de Ley, por la Asamblea. Uno de los objetivos centrales de la Contraloría se refiere a sus atribuciones de vigilancia y control, es que no se efectúe ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en el presupuesto nacional como Ley de la Republica.

Del mismo modo la Contraloría tiene como atribución la inspección y fiscalización de los órganos, entidades y personas del sector público sometidos a control, con lo cual las atribuciones de la Contraloría se extienden hasta la administración descentralizada, como empresas del estado, institutos autónomos, fundaciones y otros órganos de la administración pública. También le corresponde las funciones de vigilancia y control de Estados y Municipios.

La Constitución le otorga atribuciones a la Contraloría para efectuar investigaciones sobre las irregularidades observadas en la administración de los fondos públicos, al igual que imponer sanciones, entre las cuales se encuentra la declaración de responsabilidad adminis-

* Ingeniero Civil M.S. Ex Jefe de la oficina central de presupuesto período 1879-1984. Miembro Honorario de la Academia de Ingeniería y El Hábitat.

trativa. Una vez declarada la responsabilidad administrativa de acuerdo con el Artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría, se prevé la aplicación del Artículo 105 de la Ley el cual desarrolla la facultad sancionatoria y dependiendo de la gravedad de las irregularidades cometidas por los funcionarios, se puede llegar hasta su destitución, así como inhabilitarlo para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años.

Hay que destacar que María Corina Machado, nunca ha sido funcionario público en los términos de la Ley Orgánica de la Contraloría y, en consecuencia, no se le puede declarar responsabilidad administrativa alguna. En otras palabras, María Corina Machado jamás ha sido responsable por la adquisición de bienes, contratación de obras, o utilización indebida de bienes públicos, emitido órdenes de pago, así como tampoco ha intervenido en el endeudamiento de órganos o entes públicos, efectuar gastos o contraer compromisos, o la afectación específica de ingresos sin liquidarlos o enterarlos al Tesoro o patrimonio público, entre otras causas generadoras de responsabilidad administrativa, tal como los establece el Artículo 91 de la Ley Orgánica de Contraloría.

María Corina Machado fue electa diputado a la Asamblea Nacional y estaba su obligación de realizar una Declaración Jurada de Bienes. Efectivamente de acuerdo con las leyes correspondientes de salvaguarda del patrimonio público, los Diputados están obligados a presentar una declaración jurada de bienes al momento de asumir su cargo y también al finalizar su gestión. En el caso que se omite información o presente información falsa está sujeta la aplicación de sanciones según sea la gravedad del caso. Estas sanciones pueden ser:

1. Suspensión del cargo mientras se investiga la omisión o falsedad en la declaración de bienes.
2. Multas
3. Responsabilidad Penal si se determina que hubo delito relacionado con la omisión o falsedad, el Diputado puede entrar en un proceso judicial, y en caso de ser culpable condenado a prisión u otras medidas penales
4. Destitución en casos graves de incumplimiento en su obligación de presentar declaración jurada de bienes
5. Inhabilitación para ejercer cargo público. Estará determinada por la Contraloría de la Republica según el Artículo 44 de la Ley contra la Corrupción y no podrá exceder de 12 meses, siempre y cuando sea subsanado el incumplimiento, cual es el caso de María Corina Machado con ocasión de la presentación de la declaración jurada de bienes.
6. La inhabilitación por hasta por 15 años según la Ley Anticorrupción ocurre en aquellos casos en los cuales los Fiscales del Ministerio Publico que dolosamente no interpongan los recursos legales, ni ejerzan acciones para proteger al funcionario público que haya cometido delito contra el patrimonio público, y así como a los funcionarios públicos que hayan sido condenado por cualquiera de los delitos establecidos en la Ley contra la Corrupción. Obviamente no es el caso de María Corina Machado

La Contraloría le aplica el Artículo 105 en el año 2015, cuando hace la declaración jurada de bienes cuando finalizo su condición de Diputado en 2014, por la supuesta omisión de una información acerca de sus ingresos como Diputado. Sin embargo, la aplicación de este artículo implica que exista previamente una declaratoria de responsabilidad administrativa de acuerdo con el Artículo 91 de la Ley de Contraloría que no es el caso de María Corina Machado en su condición de haber sido Diputado a la Asamblea Nacional y, además, por no haber desempeñado cargo alguno en la Administración Pública Nacional, y en consecuencia no haber administrado patrimonio público.

En todo caso, señala la Ley de Contraloría que cuando procede en aquellos casos que implican delitos contra el patrimonio público, iniciar las acciones ante la Fiscal General de la República para realizar juicios y posteriormente mediante sentencia de los tribunales correspondientes las penalidades a que haya lugar, entre las cuales están las inhabilitaciones para desempeñar cargos públicos. De nuevo, no es el caso de María Corina Machado

DECISIÓN DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TSJ

Textualmente la decisión indica

“Se RATIFICA la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en consecuencia el Contralor General de la República está facultado para establecer sanciones de inhabilitación, en ese sentido la ciudadana María Corina Machado Parisca de conformidad con la Resolución N° 01-00-0000285 de fecha 16 de septiembre de 2021 está inhabilitada por quince (15) años por estar incurso en los hechos

Hemos visto que el Artículo 105 de la Contraloría es solo aplicable cuando se ha declarado previamente responsabilidad administrativa a algún funcionario público de acuerdo con el Artículo 91. Eso nunca ha sucedido. Además, la fecha de la Resolución es de Septiembre de 2021, es decir 7 años desde que termino su función como Diputado, siendo que para esa fecha no era, y nunca lo ha sido funcionario público a los efectos de la Ley Orgánica de Contraloría. Sin embargo, examinemos los supuestos generadores de responsabilidad administrativa que se mencionan en la decisión:

1. “Ha sido partícipe de la trama de corrupción orquestada por el usurpador JUAN G. ANTONIO GUAIDÓ M., que propició el bloqueo criminal a la República Bolivariana de Venezuela, así como también, el despojo descarado de las empresas y riquezas del pueblo venezolano en el extranjero, con la complicidad de gobiernos corruptos, dentro de los cuales se destacan la entrega de la empresa CITGO HOLDING, INC y CITGO PETROLEUM CORPORATION con un valor aproximado de treinta y cuatro mil millones de dólares americanos (US\$ 34.000.000.000,00) a la empresa canadiense CRYSTALLEX por mil quinientos millones de dólares americanos (US\$ 1.500.000.000,00), lo que causó un daño al patrimonio de la Nación por treinta y dos mil quinientos millones de dólares americanos (US\$ 32.500.000.000,00).. María Corina Machado no desempeño ninguna función pública en la administración pública nacional. Nunca fue designada Director de PDVSA. Mal puede ser responsable de haber decidido la entrega de CITGO HOLDINGS Y CITGO PETROLEUM a la empresa canadiense CRYSTALLEX. En cuanto al bloqueo criminal mucho menos, por cuanto esas decisiones la han hechos gobiernos de países soberanos, de la cual ella no forma parte. Y si piensan que fue cómplice, jamás fue consultada previamente por los Gobiernos de los países para la toma de decisiones. Fueron decisiones soberanas eminentemente de naturaleza política.

Como podrá ser observado obviamente, todas esas afirmaciones en la decisión no tienen relación alguna los supuestos de causal de responsabilidad administrativa de conformidad con lo establecido en el Artículo 91 de la Ley de Contraloría. Así como tampoco María Corina Machado tuvo nexos institucionales alguno con PDVSA y sus empresas filiales. No puede ser imputada de responsabilidad administrativa por esos hechos que se narran en la decisión.

2. “La entrega (...) de la empresa MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS, S.A., la cual fue llevada a la quiebra” De nuevo jamás en sus actuaciones como profesional de la ingeniería María Corina Machado tuvo relación alguna con esta empresa y su administración. En consecuencia, no puede ser imputada de responsabilidad administrativa.

3. “Concluyéndose que el bloqueo solicitado por MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, en convivencia con el usurpador JUAN G. ANTONIO GUAIDÓ M., entre otros, ha generado el secuestro de cuatro mil millones de dólares americanos (US\$ 4.000.000.000,00) retenidos en el sistema bancario internacional. (...) ha solicitado la aplicación de sanciones y bloqueo económico que generó daños en la salud venezolana, (...) Genera además la imposibilidad de comprar medicamentos antirretrovirales para garantizar el tratamiento a más de 60 mil pacientes de VIH-SIDA, y que contempla las vacunas para niños y adolescentes (...). (...) no ha dejado que unas 300 mil dosis de insulinas lleguen al país (...).” De nuevo estas imputaciones de solicitar sanciones y bloqueos nada tiene que ver con las causales de responsabilidad administrativa previstas en el Artículo 91 de la Ley de Contraloría, por cuanto María Corina Machado no ha desempeñado función pública alguna que eventualmente haya tenido relación con los hechos que allí se describen. De allí que, al no existir declaratoria de responsabilidad administrativa, mal puede haber inhabilitación para desempeñar cargo público.

Es importante tener claro que las decisiones de efectuar sanciones y bloqueos por otros países, los gobiernos de esos países, en atención a su política exterior y defensa de su soberanía, toman esas decisiones.

4. Igualmente, dicha ciudadana incumplió las disposiciones establecidas en el artículo 191 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone que los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional no podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva, toda vez que aceptó la acreditación como representante alterna de la delegación de la República de Panamá ante la Organización de los Estados Americanos (OEA) a partir del 20 de marzo de 2014, perdiendo así la investidura de Diputada de la Asamblea Nacional. Efectivamente, la sanción le fue impuesta, pero no existe en nuestra legislación disposición alguna que además de la sanción impuesta, sea causal de inhabilitación para desempeñar cargo público.

No existió acusación penal por la Fiscalía General de la República ante un Tribunal de la República por el supuesto delito por haber aceptado la acreditación alterna de la República de Panamá. En todo caso pudo haber sido un incumplimiento de la Constitución, pero en ningún caso un delito con consecuencias penales. Y mucho menos le corresponde a la Contraloría de la República dictar medida alguna de conformidad con las atribuciones que le da la Constitución y Leyes de vigilancia y control de los ingresos y gastos del Presupuesto Nacional en virtud de los Artículos 91 y 105 la inhabilitación de María Corina Machado para desempeñar cargos o función pública alguna.

5. En consecuencia, dado que esta solicitud no cumple con los requerimientos establecidos y exigidos en el Acuerdo de Barbados firmado el 17 de octubre de 2023, la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, está INHABILITADA para ejercer funciones públicas por un periodo de quince (15) años, de acuerdo a la Resolución número 01-00-000285, de fecha 16 de septiembre de 2021, emanada de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, investigación que fue iniciada en mayo de 2014 y donde fueron tomadas medidas cautelares. Sin perjuicio de las acciones penales y pecuniarias a que pudieran dar lugar sus actuaciones. *Ponente:* Ponencia Conjunta”

El Acuerdo de Barbados no es una ley aprobada por la Asamblea Nacional, solo es un instrumento de convenimiento políticos entre las partes que allí actúan. El Gobierno de Venezuela, representado por un Grupo Negociador designado por el Gobierno Nacional y un grupo de representantes de la Plataforma Democrática quien es una entidad que representa a varios partidos políticos. Desde luego al no tener tiene carácter de Ley, mal puede una decisión de la Sala Político-Administrativa sustanciar la decisión de inhabilitar a María Corina Machado por un supuesto incumplimiento de ese acuerdo.

Por lo contrario, el Acuerdo de Barbados, propugna la “autorización a todos los candidatos presidenciales y partidos políticos que cumplan con los requisitos establecidos en participar en la elección presidencial consistentes con los procedimientos establecidos en la Ley venezolana, asimismo conforme a los principios de celeridad, eficiencia y eficacia recogidos en la Constitución.

Esta decisión del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Política Administrativa debe estar fundamentada en una sentencia emanada de su seno, que muestre con eficacia los hechos y las imputaciones, y consecuentemente demuestre y justifique las motivaciones que llevaron a establecer las sanciones en el Artículo 105 de la Contraloría. Sin embargo, a la fecha no hay está disponible la sentencia en cuestión.

Sin embargo, para inhabilitar a María Corina Machado sería necesario que la Fiscalía General de la República iniciara un juicio de carácter penal imputándola por esos supuestos delitos que se mencionan en la decisión de la Sala Político-Administrativa del TSJ y conforme a sus derechos puede ejercer su defensa. Esto no ha ocurrido.

A este fin es necesario recordar que la Constitución en sus artículos 65 y 227 establecen las condiciones para poder desempeñar cargo público y para ser electo Presidente de la República

“Artículo 65. No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.”

“Artículo 227. Para ser elegido Presidente de la República o elegida Presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, ser mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido o sometida a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en esta Constitución”. En ambos artículo se evidencia que debe existir una sentencia judicial firme, proveniente de un Tribunal.

COMENTARIO FINAL

Quizás el régimen argumente que esta decisión se corresponde con lo establecido en ambos artículos, pero ello no es así, por cuanto la fundamentación básica de la decisión es la ratificación de la sanción de la Contraloría según el Artículo 105, lo cual no es aplicable a María Corina Machado que no es funcionario público y por consiguiente no hay una declaración previa de responsabilidad administrativa. Pero adicionalmente no proviene de un juicio celebrado en un Tribunal de la República, por cuanto la Contraloría es un órgano que pertenece al Poder Ciudadano, que no tiene facultades de sanción judicial que se atribuyen exclusivamente al Poder Judicial.

La Sala Político-Administrativa fundamente la decisión de acuerdo al siguiente texto “la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, está INHABILITADA para ejercer funciones públicas por un periodo de quince (15) años, de acuerdo a la Resolución número 01-00-000285, de fecha 16 de septiembre de 2021, emanada de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, investigación que fue iniciada en mayo de 2014 y donde fueron tomadas medidas cautelares. Sin perjuicio de las acciones penales y pecuniarias a que pudieran dar lugar sus actuaciones. Ponente: Ponencia Conjunta.”

Es indudable que para que sea inhabilitada conforme a lo establecido en la Constitución de la República -Artículos 65 y 227 -sea a través de la decisión de un Tribunal, previa acusación formal de la Fiscalía General de la República, que promueva la celebración de un juicio imputándola de delitos fiscales y contra el patrimonio de acuerdo con lo establecido en la Ley de la Contraloría o delitos contra el patrimonio público de conformidad con lo establecido en la correspondiente a la Ley Anticorrupción.

Es evidente que no es el caso, y esa decisión del Tribunal Supremos de Justicia debe ser revisada con urgencia por la Sala Constitucional a petición de María Corina Machado por cuanto viola expresamente la Constitución de la República, en virtud que María Corina Machado no es, ni ha sido funcionaria publica de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría, así como tampoco ha incurrido en delitos contra el patrimonio público de conformidad con la Ley Anticorrupción.

REFERENCIAS

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Gaceta Oficial No 5908 del 19 de Febrero de 2009

- LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Y DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL.

Gaceta Oficial No. 6013 Extraordinario del 23 de Diciembre de 2010

- LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN

Gaceta Oficial No 6.699 Extraordinario Fecha 2 de Mayo de 2022

Asamblea Nacional Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza contra la Corrupción

- DECISIÓN TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA FECHA 26 DE ENERO 2024

N° SENTENCIA: 000005

N° EXPEDIENTE: 2023-0461

<http://www.tsj.gob.ve/decisiones#>

AUK/03162024

UN CASO DE AUTORITARISMO DETRÁS DEL SERVICIO PÚBLICO EN VENEZUELA: BREVE ESTUDIO A TRAVÉS DEL ARBITRAJE CARROFERTA VS. TCA SERVICES

Simón Fernández Bravo*

Jesús Rojas Hernández**

Abogados

Resumen: *El presente artículo contiene un estudio sobre algunas implicaciones perniciosas que supone la noción de servicio público utilizada en Venezuela, así como la interpretación arbitraria y contingente que ha caracterizado a este instituto, específicamente, en cuanto a la calificación de una actividad o sector como tal, el reconocimiento de las garantías y el régimen jurídico a ellos aplicable y las prerrogativas procesales consagradas a favor de la República en ese contexto. A esos fines, se emplean algunos aspectos relevantes del arbitraje Carrofert Media Group vs. TCA Services, llevado hasta sus últimas consecuencias por ante la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.*

Palabras Clave: *Servicio público, arbitraje, prerrogativas procesales, favor libertatis.*

Abstract: *The present work carries out a study on some pernicious implications that the notion of public service used in Venezuela carries behind it, as well as its arbitrary and contingent interpretation, specifically, regarding the classification of an activity or sector as a public service, the recognition of the guarantees and the necessary legal regime and the procedural prerogatives derived from it; For this purpose, it uses some relevant aspects of the arbitration Carrofert Media Group vs. TCA Services, taken to its final consequences before the Civil Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice.*

Key words: *Public service, arbitration, procedural prerogatives, favor libertatis*

INTRODUCCIÓN

Recientemente, se ha ventilado en sede arbitral y, posteriormente, ante el Tribunal Supremo de Justicia un caso de alto interés para el Derecho Público venezolano, teniendo en cuenta que las partes involucradas son sujetos de derecho privado, disputando una relación de derecho privado-.

Ese caso, no es otro que el entablado entre Carrofert Media Group y TCA Services, C.A., que nos permite plantearnos una serie de inquietudes con respecto a su inadecuada conducción, especialmente en lo atinente a su relación con el arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursante de la Especialización en Derecho Financiero en la misma Casa de Estudios.

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursante del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje en la Universidad Monteávila.

Tomando en cuenta lo anterior, las cuestiones a analizar son fundamentalmente: (i) la inmersión o los efectos reflejos de la declaratoria de servicio público de una actividad o sector y; (ii) las prerrogativas que pueden alterar la igualdad entre las partes basándonos, en este caso, en aquellas derivadas de la noción de servicio público.

A los fines trazados se han tenido en cuenta los postulados de las sentencias número 0882 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1 de noviembre de 2022, que decidió una pretensión de amparo constitucional y la número 000057 emanada de la Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal en fecha 23 de febrero de 2024, mediante la cual se decreta el avocamiento de la Sala al caso.

Antes, debemos advertir que nos concentraremos fundamentalmente en la primera de las decisiones, a saber, la emanada de la Sala Constitucional, sin perjuicio de también tener en consideración a la segunda mencionada por suscitar igualmente interesantísimas consideraciones sobre el abuso de la figura del avocamiento en el arbitraje.

1. *Breve reseña del arbitraje Carrofert Media Group vs. TCA Services, C.A.*

La relación jurídica entre las partes tuvo su origen en un contrato mediante el cual Carrofert se hacía deudora ante TCA Services por una suma de dinero que ascendía a la cantidad de un millón seiscientos cuarenta mil trescientos setenta y tres dólares estadounidenses con setenta y un centavos (USD 1,640,373.71) que, con intereses, ascendió a un millón ochocientos treinta y siete mil doscientos dieciocho dólares estadounidenses con cincuenta y seis centavos (USD 1,837,218.56),

En ese contexto, para pagar dicha obligación, la deudora cedería a la acreedora los saldos netos generados por las transacciones comerciales hechas a través de un número específico de puntos de venta. Para materializar la cesión, Carrofert debía instruir irrevocablemente al Banco Occidental de Descuento (BOD) para que ubicara aquellos saldos netos transaccionales en la cuenta de TCA, por el plazo de doce (12) meses. En caso de que la deudora no cumpliera con sus obligaciones, debía pagar una penalidad de seis millones de dólares estadounidenses (USD 6.000.000,00).

Llegado el momento del cumplimiento, la deudora dio la instrucción al BOD, aunque, posteriormente, fue revocada, lo cual constituyó un incumplimiento de lo acordado conforme al contrato según la acreedora (TCA Services).

Sobre esa base, la acreedora dio inicio al arbitraje ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), con la solicitud de una medida cautelar de urgencia, la cual fue decidida inaudita parte por el árbitro de la medida.

Posteriormente, la parte afectada por la medida, al oponerse, señaló que el árbitro, al decidir la medida, había violado su derecho a la defensa, debido a que, por tratarse de una empresa dedicada a la comercialización de puntos de ventas (según ellos, un servicio público), debió haberse notificado a la Procuraduría General de la República con base al Artículo 111 de su ley especial que establece:

Artículo 111. Cuando se decrete medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdicional y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público, antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador o Procuradora General de la República, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que la entidad pública o privada que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. En estos casos el proceso se suspende por un lapso de cuarenta y cinco días (45) continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia

de la notificación al Procurador o Procuradora General de la República. El Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión, o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado¹.

La contraparte y el árbitro de urgencia no estimaron a dicha defensa procedente, ya que no consideraban que la actividad desplegada por la demandada fuera un servicio público, lo cual provocó que la parte afectada por la medida interpusiera un amparo, el cual procedió y anuló el laudo cautelar.

Más adelante, en apelación, la Sala Constitucional al conocer del caso sentenció:

En el contexto de las disertaciones que han sido supra explanadas, aprecia esta Sala que en el caso sub examinela procedencia del amparo dictaminada en la primera instancia de cognición devino, en síntesis, por la afectación detectada por el a quo constitucional a los derechos a la defensa y debido proceso que asisten a los quejosos y que no fueron garantizados en el proceso cautelar sustanciado en sede arbitral al no haberse notificado a la Procuraduría General de la República de las medidas preventivas que afectan una actividad de interés público relacionada con la estabilidad financiera del sector bancario que fue así certificado en comunicación contenida en un oficio proferido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; a lo que se adicionó que, en criterio del tribunal primigenio, en el procedimiento arbitral no se verificó la validez de la solicitud de arbitraje por la representación de quien lo requirió y en la que no constó el pedimento expreso del pronunciamiento cautelar por un tribunal arbitral de urgencia y además dicho proceso cautelar carecía de normas claras que regularan la actividad del árbitro llamado a decidir el pedimento preventivo. Ello así, comparte esta Sala la afirmación de afectación al debido proceso aseverado por el a quo debido a la falta de notificación a la Procuraduría General de la República debido a que constó en el material probatorio debidamente evacuado el señalamiento por parte de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario que la actividad desplegada por la empresa Carrofería Media Group, C.A., interesa a la estabilidad del sector bancario y por ello estaría involucrado el orden público que no fue resguardado por el tribunal; ello, ya es motivo suficiente para declarar la procedencia del amparo, por lo que la apelación manifestada, tanto por el árbitro de urgencia como por la empresa beneficiara del laudo cuestionado, que pretenden contravenir el dictamen meritorio de primera instancia, no deben prosperar. Así se decide.

I. NOCIÓN, INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LA DECLARATORIA DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO VENEZOLANO CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LOS SERVICIOS DE PUNTOS DE VENTA

1. Caracterización del servicio público en el Derecho venezolano

Para iniciar este análisis, es pertinente referirnos a lo sostenido por Araujo-Juárez, cuando al pronunciarse sobre el servicio público como categoría jurídica, afirma que ha pretendido dar unidad y coherencia a la totalidad del Derecho Administrativo, siendo que hay tantos enfoques de esta disciplina como definiciones de servicio público.²

Coligiendo totalmente con la opinión del jurista antes citado, más que presentar una conceptualización clara o un replanteamiento de la noción, nos encargamos de exponer, de alguna manera, las consecuencias del manejo ambiguo de que la misma ha sido objeto, lo

¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial No. 6.220, del 15 de marzo de 2016.

² Araujo Juárez, José. "Manual de Derecho Administrativo". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, segunda reimpresión de la primera edición, Caracas, 2024, p. 358.

cual, en gran medida, se asemeja a las manifestaciones de autoritarismo encubierto detrás de la “parafiscalidad” consistentemente denunciadas por el académico Juan Cristóbal Carmona³.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta aproximación del servicio público, basada en su ambigüedad y, como veremos, en su circunstancialidad -siempre en perjuicio de la libertad-, no pretendemos realizar un replanteamiento⁴ de la noción en sí misma, sino más bien llamar la atención sobre el empleo indiscriminado del concepto, para lo cual es fundamental repasar sus características.

Así las cosas, Brewer-Carías, en un trabajo clásico en la materia, alude a un doble sentido del servicio público: en un caso (i) en su sentido político-administrativo, tratándose de actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas y; (ii) en su sentido jurídico, según el cual, se refiere a actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas y que cumple en virtud de una obligación constitucional o legal⁵.

Y es que, tal como lo establece Hernández González, en el propio ámbito jurídico, se trata de una idea que ha tenido distintos conceptos con visiones distintas: como título de potestades administrativas, como objeto de ciertos contratos celebrados por la Administración o como parámetro de la responsabilidad patrimonial⁶. En ese sentido, tenemos dos razones para concentrarnos en su acepción jurídica, intentando en ello perfilar a la misma como auténtica categoría jurídica.

Primero, en la medida de que la noción político-administrativa carece de la capacidad de producir la consecuencia jurídica más potente del servicio público, a saber, la sustracción de una determinada actividad y de sus prestadores del régimen jurídico común, para ser disciplinada por el régimen exorbitante del que se trata, en suma, el Derecho Administrativo.

Segundo, en el campo del Derecho Administrativo, el principio del *favor libertatis*, derivado del Artículo 2 del texto constitucional, es capital como canon interpretativo, lo cual resume excelentemente el magistrado español Fernández Valverde⁷, entendiendo que implica acudir a una interpretación extensiva, cuando de reconocimiento de libertad se trate, y a la más restrictiva, cuando de limitaciones a la libertad se trate.

Siguiendo este punto, y amalgamado con el primero, debe anotarse que el servicio público, siempre “*se presenta como una restricción a la libertad económica de los particulares*”⁸, con lo cual, la interpretación de las disposiciones contentivas de “servicios públicos”, debe ser siempre estricta y restringida.

³ Carmona Borjas, Juan Cristóbal. *Distopía Parafiscal*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023

⁴ A tal efecto, ver las acertadas observaciones de Reveron Boulton, Carlos. “La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina” en *Revista de Derecho Público* No. 169-170, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 185-202

⁵ Brewer-Carías, Allan R. “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público* No. 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 66

⁶ Hernández González, José Ignacio. “¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003” en *Revista de Derecho Administrativo* No. 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, p. 236

⁷ Fernández Valverde, Rafael. *El principio “Favor Libertatis”* en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, obra colectiva dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 799-811

⁸⁸ Brewer-Carías, Allan R. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, p. 66

Entonces, corresponde establecer las características limítrofes del servicio público como auténtica categoría jurídica.

A. *¿Es indispensable la titularidad pública de una actividad para hablar de un servicio público?*

Mucho se habla de la influencia del Derecho Administrativo francés como exportador de conceptos; principalmente, en cuanto a los aportes de la sentencia Blanco del Tribunal de Conflictos del 8 de febrero de 1873⁹ como fundadora de esa rama del derecho, cuyo rol, según Quezada Rodríguez, citando a Bigot, fue atribuido por primera vez al jurista galo Marcel Waline y que, además se materializaba con la visión de Waline en la insigne obra “Grandes decisiones de la Jurisprudencia Administrativa” (en lo sucesivo, GDJA), cuya primera edición es del año 1956¹⁰.

Aquí, cabe acotar que la relevancia de la decisión Blanco estriba, fundamentalmente, en dos puntos que giran en torno al servicio público y en función de la cual se desprende el resto del Derecho Administrativo: el servicio público como criterio atributivo de competencia jurisdiccional y como contenido del Derecho Administrativo¹¹.

Además, siguiendo a Quezada, existen otras dos decisiones de especial relevancia para el caso que nos ocupa, a saber, la decisión *Bac d'Eloka* del Tribunal de Conflictos de fecha 22 de enero de 1921 y la decisión *Caisse primaire “aide et protection”* del Consejo de Estado de 1938 de fecha 13 de mayo de 1938. En dichas decisiones: (i) se da origen a los “servicios públicos industriales y comerciales”, entendidos como la posibilidad de que los particulares gestionen servicios públicos bajo las reglas de la empresa privada¹² y; (ii) la posibilidad de que los servicios públicos sean gestionados por particulares sin una relación jurídica-contractual con las Administraciones Públicas¹³, derivando en lo que se asemejaría a un deslinde entre una concepción orgánica y un material.

En este caso, es posible observar cómo ese andamiaje construido por la doctrina y la jurisprudencia francesas no asoma la noción de la titularidad pública o reserva detrás de sí; de hecho, las decisiones aludidas arriba no hacen sino volver, de cierta manera, prescindible, al elemento de la titularidad para definir al servicio público.

En ese enfoque, es sencillo concluir que el elemento referido a la titularidad o *publicatio* no proviene de la caracterización francesa del servicio público sino, por el contrario, de la tradición española¹⁴. Más en concreto, tal como afirma Ariño, el empleo del término en el Derecho Administrativo se ha debido al jurista español José Luis Villar Palasí.

⁹ Ver comentarios en Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, 21ª Edición, 2017, Segunda edición en español: diciembre de 2019, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 37-35

¹⁰ Quezada Rodríguez, Flavio. “Origen de la noción de servicio público en el Derecho Francés y su recepción en el Derecho Español. Un enfoque crítico” en *Revista de Administración Pública* No. 216, p. 154

¹¹ Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés...*, pp. 37-35

¹² *Ídem*, pp. 300-311.

¹³ *Ídem*, pp. 420-428.

¹⁴ Para estudiar esta caracterización del servicio público en el Derecho español, sugerimos consultar a Quezada Rodríguez, *Ob. Cit*, Villar Palasí, José Luis. “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* No. 3, pp. 53-129 y Jordana de Pozas, Luis. *El problema de los fines de la actividad administrativa* en *Revista de Administración Pública* No. 4, 1951, pp. 11-28.

En ese sentido, en el Derecho venezolano, la *publicatio*, de acuerdo con Brewer-Carías, se refiere a la consecuencia de que el Estado ejerza la potestad de “reservarse determinadas actividades económicas, servicios, industrias o bienes para su exclusivo desarrollo”¹⁵, añadiendo con posterioridad que los servicios públicos son unas de estas categorías susceptibles de tal consecuencia.

Sin embargo, es de alta importancia advertir que esto ha sido, en algún momento, un punto álgido de discusión en la doctrina y jurisprudencia venezolanas.

Con ello, se apela a la noción del servicio público subjetivo, que implica que la mera declaratoria de una actividad como servicio público, lleva consigo la reserva de la actividad (*publicatio*), lo cual le distingue de la categoría de los servicios de utilidad pública o de interés general, habiendo sido esta la postura admitida por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en el Caso CANTV en sentencia del 05 de octubre de 1970¹⁶.

No obstante, desde el comentado trabajo de Brewer-Carías de 1981, puede entenderse que el jurista no ha catalogado la reserva -y consiguiente exclusión de la libertad económica de los particulares- del concepto, dado que alude a actividades reservadas y excluyentes, reservadas y con posibilidad de concurrencia por vía concesional y actividades no reservadas y sometidas a regímenes autorizatorios, todos servicios públicos¹⁷.

Y es que, lo cierto es que parece haber una mayor uniformidad en la jurisprudencia desde la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del caso Avenza con fecha 09 de junio de 1998¹⁸, cuyo criterio se acoge en la decisión No. 2436 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de agosto de 2003 (caso: Arnoldo González Sosa) y según las cuales, en suma, el servicio público y la reserva *ex* Artículo 302 de la Constitución, son categorías jurídicas distintas y que, por lo tanto, la declaratoria de una actividad como servicio público no conlleva a su reserva.

Por extensión, la declaratoria de una actividad como servicio público no supone la negación de la libertad económica de los particulares, lo cual, aborda Mónaco, al razonar sobre la posibilidad de la aplicación del Derecho de la Competencia -entendida la competencia como un atributo de la libertad económica- en aquellas actividades declaradas como servicio público, razonamiento que extiende a las actividades reservadas en el caso de los concesionarios, arguyendo que la reserva sólo suprime una faceta de la libertad económica, como lo es la entrada¹⁹.

¹⁵ Brewer-Carías, Allan R. “Sobre la “*publicatio*” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público” en *Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global*, Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 1 y 3 de octubre de 2017, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Santo Domingo, pp. 873-890.

¹⁶ Hernández González, José Ignacio. *¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003*, p. 237.

¹⁷ Brewer-Carías, Allan R. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, p. 70.

¹⁸ Consultada en *Revista de Derecho Público* No. 73-74/75-76, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, pp. 126-142.

¹⁹ Mónaco Gómez, Miguel. *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 50-51.

Ahora, a pesar de ser un tema tangencial al que aquí nos ocupa -y ajeno a su objeto, en cierta medida-, consideramos que la opinión de Mónaco respecto de la existencia de libertad económica en las actividades reservadas es errada, puesto que la libertad económica se trata, en toda regla, de un auténtico derecho constitucional, el cual se encuentra tutelado por las garantías establecidas en la Carta Magna para los ciudadanos.

Ahora, distinto es el caso de los particulares que obtienen concesiones, en donde su derecho de “entrada al mercado” o al ejercicio de la actividad, está supeditado a la obtención de una concesión -contrato administrativo- que, en todo caso, crea derechos de rango sublegal para el contratista, en donde los mecanismos de defensa de estos derechos son el equilibrio económico-financiero y los derivados de la teoría de los contratos administrativos, pero no los establecidos en el texto constitucional.

Entonces, es muy claro que las actividades declaradas como servicios públicos y expresamente reservadas mediante una ley orgánica (tal como se desprende del Artículo 302 de la Constitución), suponen un auténtico ámbito de ausencia de libertad económica para los particulares, en todos sus sentidos, en nuestro criterio.

No obstante, queda verificar si las actividades declaradas como servicios públicos, pero, no reservadas, siguen comportando, esencial y no accidentalmente, limitaciones a la libertad económica y, por consiguiente, siendo merecedoras de una interpretación restrictiva. Sobre esto, la precitada definición de Brewer da luces cuando el mismo comenta que en ellas existe una limitación cuando *el Estado las regula y ordena*²⁰.

En esa misma línea, Araujo-Juárez afirma que la declaratoria como servicio público funge como un título de intervención pública y de potestades administrativas²¹, de lo cual concluimos que, precisamente con la pretensión de satisfacer esa obligación constitucional o legal, el Estado acude a técnicas de policía que, de un modo u otro, limitan a la libertad económica de los particulares en estos sectores y que, en muchos casos, acaban generando, condiciones totalmente adversas a los derechos de los usuarios.

Ahora bien, lo que sí deriva de esta declaratoria es la aplicación de un régimen jurídico particular en lo que la doctrina es pacífica, habiendo sido resumidos por Parés Salas en los principios de continuidad y regularidad de la prestación, la obligatoriedad, la mutabilidad y la prestación en igualdad de condiciones²², lo cual se amalgama con deficientes mecanismos diseñados para su aseguramiento como la infame demanda de prestación de servicios públicos, el cual posee una estructuración lamentable en el caso de nuestro ordenamiento jurídico²³.

En consecuencia, hemos observado como, tanto en las actividades reservadas, como en aquellas que no lo están, que la declaratoria de servicio público lleva consigo una limitación intrínseca a la libertad económica entendida como un derecho fundamental y, quizá, a otros derechos fundamentales conexos a la misma -como el de propiedad-, quedando ahora examinar el caso de la declaratoria de la actividad bancaria como servicio público y hasta dónde la misma puede extenderse al uso de puntos de venta.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R. *Sobre la “publicatio” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público”*, p. 9.

²¹ Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, pp. 361-362.

²² Parés Salas, Alfredo. “El contencioso de los servicios públicos (consideraciones en torno al Artículo 259 de la Constitución y al derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos)” en *Revista de Derecho Administrativo* No. 12, Editorial Sherwood, 2001, pp. 272-283.

²³ Ver a Urosa Maggi, Daniela. “Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* No. 4, Universidad Monteávila.

B. *Apéndice: La contradictoria interpretación de la noción de servicio público por el Tribunal Supremo de Justicia. Por una interpretación congruente con el principio favor libertatis*

Para dar idea del abuso del concepto, es ilustrativo traer las palabras de Urosa Maggi en cuanto a la interpretación de cuáles actividades son susceptibles de tutela judicial mediante la demanda de prestación de servicios públicos contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La autora, expresa que, entre otras cosas, deben tratarse de actividades cumplidas por un ente público de manera directa o por un concesionario -siendo que, en este segundo caso, debería tratarse de una actividad reservada al Estado necesariamente-²⁴.

Con ello, llama la atención que las actividades declaradas como servicios públicos por la Constitución o la Ley que no llenen este extremo (ser prestada directamente por un ente público o por un concesionario), se encuentran exentas de la tutela de la demanda de prestación de servicios públicos, con lo cual, en principio, carecen de un mecanismo jurídico diseñado, de manera específica, para asegurar la continuidad y regularidad de los servicios públicos.

La verdad, consideramos que, en estos casos, tiene sentido adoptar criterios como el de la sentencia No. 1209 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de agosto de 2014 (caso: C.A., Luz Eléctrica de Venezuela y otros), en la que se confirma una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que expresaba que:

(...) la facturación del servicio eléctrico, entendida como un requisito dentro del proceso de comercialización del mismo frente a los usuarios, sí forma parte del servicio eléctrico como un todo. Por tal razón, la empresa ADMINISTRADORA SERDECO, C.A., en la medida en que factura el servicio eléctrico a los usuarios del mismo, actúa -conjuntamente con las empresas que se encargan del suministro físico de la electricidad- como prestadora del servicio y como tal puede ser legitimado pasivo en una demanda relativa a reclamos por prestación de servicios públicos; como lo es el presente caso.

Si bien es cierto que se emplea un criterio extensivo en estos casos, no es menos cierto que se trata del servicio eléctrico (sector reservado ex Artículo 8 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico); con esto, lo que queremos dar a entender es que esos criterios extensivos alcanzan a actividades que en sí mismas no comportan un servicio público -como la facturación-, pero se dejan por fuera actividades expresamente declaradas como servicios públicos en las cuales el Estado no participe como gestor directo o indirecto (por ejemplo, la actividad bancaria).

De esa forma, observamos un deslinde del desarrollo doctrinario y jurisprudencial aceptado en nuestro ordenamiento jurídico para recurrir a otra conceptualización que tiene como consecuencia restringir el ámbito material de legitimación para acceder al contencioso de los servicios públicos, lo cual compone una violación al ya referido principio de *favor libertatis*, al interpretar restrictivamente la noción de servicio público para reconocer una libertad incluso de rango constitucional (tutela judicial efectiva y acceso a la justicia).

A la vez, la ambivalencia del servicio público puede reflejarse en situaciones en las cuales se interpreta, no digamos de manera extensiva, pero, por lo menos, de la manera adecuada, atendiendo a los caracteres de la categoría jurídica y a la expresa declaratoria de una actividad o sector como servicio público, cuando se trata, por ejemplo, de la atribución de potestades administrativas para regular y ordenar una actividad.

²⁴ *Ídem*, p. 96.

En el estado actual de nuestro Derecho, con la mera declaratoria, la Administración queda habilitada para utilizar las técnicas interventoras más agresivas de las cuales dispone la Administración, como puede verse en el caso de la regulación del encaje legal bancario por parte del Banco Central de Venezuela, a lo que Muci Borjas ha calificado como una auténtica expropiación de facto, en desmedro de los principios rectores del servicio público (como la continuidad y regularidad)²⁵.

2. *Condición de las actividades de las Instituciones del Sector Bancario con respecto a la declaratoria de servicio público contenida en la Ley*

El actual Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (en adelante, LISB) publicado en la Gaceta Oficial No. 6.154 del 19 de noviembre de 2014 y reimpresso por error material en la No. 40.557 del 08 de diciembre de 2014, en su Artículo 8, declara servicio público a las actividades reguladas por aquella en los siguientes términos:

Artículo 8. Las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3° de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto, deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

Si hubiere dudas en la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o en la interpretación de alguna de sus normas, se aplicará la más favorable a los clientes y/o usuarios de las instituciones del sector bancario.

De conformidad con lo señalado y en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como, la estabilidad del sistema financiero y el sistema de pagos, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas o vinculadas de acuerdo a los términos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”.

Aquí, indudablemente estamos ante una declaratoria de servicio público efectuada por un acto de rango legal y, a su vez, debemos recalcar que, de acuerdo con lo comentado anteriormente, ello no implica la reserva de esta actividad al Estado -en el entendido que no existe una reserva expresa-, con lo cual, no queda vedada del libre ejercicio de los particulares, sino limitada por técnicas de policía.

En ese enfoque, atendiendo a las palabras de Badell Madrid, se trata de un servicio público en su sentido material, lo cual viene dado por el interés general que se desprende de la actividad regulada²⁶, cuyo efecto es la aplicación del régimen jurídico de Derecho Público contenido en la LISB y en el resto de las fuentes aplicables al objeto de la misma.

²⁵ Muci Borjas, José Antonio. “La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana” en *Revista de Derecho Público* No. 157-158, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, pp. 66-95

²⁶ Badell Madrid, Rafael. “Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario” en *Revista de Derecho Público* No. 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 283-284.

A. *Punto previo: constitucionalidad de la declaratoria de servicio público de las actividades reguladas en la LISB*

En realidad, pudiéramos referirnos a un vicio de orden constitucional derivado de esta declaratoria por vía de decreto ley, el cual se resume en tres cuestiones:

Primero, a pesar de que pudiese lucir controversial, estimamos que existe una violación al principio de reserva legal, específicamente, respecto de lo contenido en el numeral 32 del Artículo 156 de la Constitución, en donde destaca la regulación de bancos y seguros dentro del elenco de materias reservadas al poder nacional para su legislación, lo cual se basa, principalmente, en la defectuosa Ley Habilitante que sirvió de presupuesto en este caso.

Asimismo, todo lo anterior adquiere mayor gravedad al considerar que esta Ley Habilitante mediante la cual se dio lugar a la LISB vigente, en resumen, carece del contenido mínimo e indispensable que habría de ostentar en cuanto a la definición del alcance de los poderes normativos que el Ejecutivo puede ejercer, en palabras de Muci Borjas, es carente de sustancia.²⁷

En segundo lugar, entendiendo que el Artículo 112 de la Constitución indica que la libertad económica sólo puede ser limitada por la Constitución y las leyes; a su vez, hemos observado que toda declaratoria de servicio público supone una limitación a la libertad económica. Con ello, cabría determinar cuál es el sentido que debemos darle a la expresión de “las leyes” en el texto del Artículo 112.

Sobre esto, nos parece prudente -a pesar de sus limitaciones, citar el razonamiento contenido en el párrafo 26 de la opinión consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. (...)

En tercer lugar, más allá de la doctrina del servicio público, si bien es cierto que la LISB fue producto del ejercicio de las potestades delegadas al Presidente de la República por la Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial No. 6.112 Extraordinario del 19 de noviembre de 2013, consideramos acertada la opinión de Nikken, citado por Muci Borjas, cuando señala que las restricciones a los derechos fundamentales sólo pueden realizarse por leyes formales, sancionadas por la Asamblea Nacional obrando como cuerpo legislador²⁸, lo cual tiene perfecto sentido, considerando que Pedro Nikken figuraba como Juez en la citada opinión consultiva.

Además, el referido Maestro añade lo siguiente:

En síntesis, al legislar sobre la base de una delegación legislativa previa, el Poder Ejecutivo no goza de la misma “libertad” de determinación que la Constitución le reconoce al Poder Legislativo, no sólo porque su poder normativo se halla condicionado por otra ley, la habilitante, sino porque la “identidad” existente entre la voluntad expresada por la Asamblea Nacional, integrada por representantes de la voluntad popular, y la voluntad general, no puede ser extrapolada a la voluntad expresada por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.²⁹

²⁷ Muci Borjas, José Antonio. “Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas” en *Revista de Derecho Público* No. 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 70.

²⁸ *Ídem*, p. 75.

²⁹ *Ídem*.

B. *¿Los servicios de puntos de venta y su comercialización se encuentran arrojados por la declaratoria de servicio público contenido en la LISB?*

Antes de la Constitución de 1999 y, por consiguiente, de la vigente LISB, existía un debate en torno a la naturaleza de servicio público de la actividad de intermediación financiera realizada por las instituciones bancarias, muy bien resumida por Hernández-Mendible³⁰, el cual, a nuestro saber, quedó totalmente zanjado en torno a la expresa declaratoria de la actividad en la LISB, y que consideramos carente de sentido, en la medida de que no se discutía sobre el requisito de la expresa declaratoria de la actividad como servicio público mediante Ley, sino de elementos materiales de la actividad, irrelevantes para determinar la aplicabilidad del régimen jurídico del servicio público.

En cualquier caso, teniendo por entendido que las actividades reguladas por la LISB, independientemente del defectuoso instrumento empleado, se tratan de auténticos servicios públicos en sentido estricto, hemos expresado razones plausibles para acudir a una interpretación restrictiva de lo que se deriva de esto, en tanto que se tratan de limitaciones a la libertad económica.

Ahora bien, el *quid* es establecer si existe la posibilidad de que entren dentro del espectro del Artículo 8 de la LISB el servicio de puntos de venta y la contratación con proveedores que efectúen su comercialización, regulada en la Resolución No. 049.20 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (en adelante, SUDEBAN).

De esa manera, es pertinente traer a colación al Artículo 3 de la LISB:

Artículo 3º. El sector bancario privado comprende el conjunto de las instituciones privadas, que previa autorización del ente regulador se dedican a realizar actividades de intermediación financiera que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.

El sector bancario público, comprende el conjunto de entidades bancarias en cuyo capital social la República Bolivariana de Venezuela posee la mayoría accionaria, que estarán reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en aquellos aspectos no contemplados en su marco legal que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.

También forma parte del sector bancario, público o privado según corresponda, las sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, casas de cambio y los operadores cambiarios fronterizos, así como las personas naturales y jurídicas que prestan sus servicios financieros auxiliares, los cuales se denominan como instituciones no bancarias definidas en los artículos 13, 14 y 15 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Los institutos municipales de crédito quedan sometidos a las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a su funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción; a la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y a las que dicte el Banco Central de Venezuela sobre el encaje y tasas de interés; pero se regirán por la correspondiente ordenanza municipal en cuanto a su administración.

Las actividades y operaciones a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se realizarán de conformidad con sus disposiciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Códigos y Leyes que regulan la materia financiera y mercantil, la Ley del Banco Central de Venezuela, las demás Leyes aplicables, los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional, la normativa prudencial que emita la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; así como atendiendo a las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela.

³⁰ Hernández-Mendible, Víctor. *La actividad de servicio público y la regulación bancaria*. en II Jornadas sobre Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 87-105.

Sobre esto, lo primero que debe evaluarse es lo que se entiende por actividades reguladas por la LISB (en los términos de su Artículo 8). Al respecto podemos hallar dos grandes grupos en el cuerpo de la LISB: (i) los servicios de intermediación financiera, definidos en el Artículo 5 y (ii) las demás actividades realizadas por los entes enunciados en el Artículo 3.

En ese sentido, es seminal tener en cuenta que la declaratoria de servicio público, según estudiamos, debe ser expresa e interpretada de manera restrictiva, con lo cual, una premisa de peso es que, en el texto de la LISB, no se hace referencia a los puntos de venta.

En ese sentido, lo más cercano a una mención a los puntos de venta pudiese ser el Artículo 15, en donde se alude a “otras instituciones no bancarias”, en donde se enmarca a las “emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento electrónico”, pero en ningún momento se refiere a los puntos de venta o a la comercialización de los mismos, sino que es la Resolución 049.20 la que entra a definir los límites de la referida actividad.

Ahora, lo último que quedaría sería establecer si el Artículo 15 de la LISB habilita al intérprete para concluir que la referencia a los sujetos a que se refiere presupone el hecho de que las actividades realizadas por las mismas comprenden un servicio público, a pesar de que se trate de actividades que no se encuentran reguladas en la LISB expresamente y que el texto del Artículo 8 declara servicio público a “las actividades reguladas en el presente (...)”.

En estos términos, nuestra respuesta debe ser negativa: es decir, que el servicio de puntos de venta no puede ser calificado como servicio público, esto debido a consideraciones de orden constitucional, más que de otra cosa.

Así, ya quedó establecido que el servicio de puntos de venta no está expresamente regulado en la LISB, con lo cual, no está arropado por la declaratoria expresa; aquí debería quedar cerrada la discusión, pero inclusive si alguien considerara que el servicio de puntos de venta se trata de una actividad propia de los sujetos regulados por el Artículo 15 de la LISB y, con ello, un servicio financiero auxiliar, quedaría otra razón de peso para negar esta postura.

Con ello, no se debe dejar de lado el hecho de que los reglamentos y, en general, los actos administrativos de efectos generales, esencialmente producto del ejercicio de la función normativa por parte de las Administraciones Públicas, poseen una serie de límites sustantivos y adjetivos sobre la potestad reglamentaria brillantemente enunciados por Muci Borjas en su obra *Potestad Reglamentaria y Reglamento*³¹.

En especial, nos interesa el más importante límite sustantivo al poder normativo de la Administración, a saber, la reserva de Ley, y es que, por mucho que la SUDEBAN regule materias derivadas de la LISB, a nuestro criterio, eso no implica que las mismas se conviertan en servicios públicos, debido a que hay una indubitable reserva de Ley en cuanto a la declaratoria de una actividad o sector como servicio público, de acuerdo con el Artículo 112 de la Constitución, redundando en que el servicio público supone una limitación a la libertad económica³².

En suma, si de tanta importancia e interés general son estas actividades lo que cabría es reformar la LISB con miras a incluir a los servicios de puntos de venta en la noción de servicio público, pero, no es permisible quebrantar la institucionalidad derivada de la Constitución para limitar los derechos de los particulares por canales no permitidos por la misma, siendo que las actividades declaradas como servicio público son las reguladas por la LISB.

³¹ Muci Borjas, José Antonio. *Potestad reglamentaria y reglamento*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 253-378.

³² Brewer-Carías, Allan R. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, pp. 68-71.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA ARBITRABILIDAD DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Incluso si se ignora lo anterior y se parte del hecho de que los servicios de puntos de venta son servicios públicos y revisten algún interés público, las consecuencias a las cuales ha llegado el arbitraje *Carroferfa* tampoco son justificables desde un punto de vista de la arbitrabilidad de esta controversia, lo cual se expone a continuación.

1. *¿Las controversias vinculadas con la prestación de servicios públicos son arbitrables?*

La arbitrabilidad es una de las bases fundamentales del arbitraje internacional, ya que sólo las controversias arbitrables pueden ser resueltas a través de este medio alternativo de resolución de conflictos. En ese sentido, la doctrina ha hecho serios esfuerzos por delimitar este concepto, para ello se ha analizado la arbitrabilidad desde una perspectiva objetiva y desde otra subjetiva.

A. *Arbitrabilidad subjetiva de las controversias vinculadas con la prestación de servicios públicos*

En cuanto a la arbitrabilidad en su vertiente subjetiva, Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, han señalado que se refiere “a la aptitud o capacidad de determinadas personas, para estipular un acuerdo arbitral válido, en virtud de su naturaleza o función”³³. En consecuencia, al ser el acuerdo arbitral un contrato *sui generis*, requiere como requisito de validez la capacidad de los contratantes y la ausencia de vicios en el consentimiento.

Sobre esa base, recordemos que, de acuerdo con Mélich, la capacidad es:

*(...) la aptitud que se tiene según el ordenamiento jurídico positivo de ser titular de derechos y deberes, lo que equivale a decir que la capacidad jurídica es la medida de la personalidad jurídica reconocida. No puede haber, pues, personalidad jurídica sin un cierto grado de capacidad jurídica*³⁴.

Ahora bien, para someter, en términos de arbitrabilidad subjetiva, una controversia vinculada a la prestación de un servicio público se requiere que ambas partes tengan capacidad de suscribir un acuerdo de arbitraje, caso contrario, el laudo arbitral será susceptible de anulación, tal como lo refiere la Ley de Arbitraje Comercial venezolana en el literal a) de su Artículo 44, según el cual:

Artículo 44. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje

De ese modo, vale acotar que la arbitrabilidad subjetiva, cuando hace referencia a las personas naturales, puede requerir la asistencia legal que corresponde y, en muchos casos, una autorización judicial previa cuando la actuación que se quiere realizar excede la simple administración. En ese sentido, la doctrina ha afirmado:

El análisis de las normas en materia de incapacidades deja claramente establecido que la celebración de un contrato de arbitraje debe considerarse un acto que excede la simple administración, por lo que, cuando una de las partes se encuentra sometida a un régimen de

³³ Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, «Artículo 3», en *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*. T. I. coords. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo, CIERC, Caracas, 2022, p. 337-374. Disponible en <https://www.cierc.com/lacomentada>

³⁴ José Melich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, p. 65.

incapaces, se requiere además de la representación, la correspondiente autorización judicial. El artículo 267 del CC enumera actos que exceden de la simple administración, entre los cuales el sometimiento a arbitraje, exigiendo para su celebración la autorización antes mencionada y el artículo 365 ejusdem adopta igual solución cuando se trata de menores sujetos al régimen de tutela de menores³⁵.

Esta situación ya fue presentada en un arbitraje ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), donde el demandado de una resolución de contrato de promesa bilateral de compraventa había fallecido y existían herederos que eran menores de edad, lo que llevo al árbitro único del caso a decidir:

La suspensión del procedimiento arbitral hasta cuando se obtenga una orden judicial definitivamente firme expedida por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes donde se autorice a la representación legal de las menores a actuar y a ser juzgadas en esta jurisdicción arbitral³⁶.

Ya en Venezuela se han anulado laudos arbitrales por el incumplimiento de la arbitrabilidad subjetiva, tal es el caso *Moraima García Pinto y otros vs. Carlos Eduardo Sandoval Arocha*, donde:

El recurrente alegó la nulidad del laudo arbitral con base en la causal del literal a) del artículo 44 de la LAC referido a la incapacidad de una de las partes al momento de celebrarse el acuerdo arbitral, concretamente que los apoderados que suscribieron el contrato no tenían facultad expresa para comprometer en árbitros.

El laudo arbitral recurrido consideró que la insuficiencia de los poderes no implicaba la nulidad de la cláusula arbitral pues dicha insuficiencia puede ser convalidada y ratificada por los poderdantes, y que la ausencia de facultades expresas sólo existía en el caso de dos de los vendedores, y no en el caso del resto de ellos. La sentencia estableció que el compromiso arbitral respecto de los vendedores con apoderados con poder insuficiente debe considerarse ineficaz y en consecuencia declaró con lugar el recurso de nulidad del laudo arbitral recurrido³⁷.

Vale destacar que en aquellos casos donde esté implicado un ente público se requiere una capacidad calificada, debido a que la Ley de Arbitraje Comercial dispone:

Artículo 4. Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).

Sobre este particular la Sala Político-Administrativa en el caso *Venezolana de Televisión C.A.*, ha sentenciado:

³⁵ Luis Alfredo Araque, et al., «El acuerdo de arbitraje». En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* CACC, CEDCA, CEA, Caracas, 2013 p. 170 y ss.

³⁶ Expediente Número 091-13 laudo arbitral final de fecha 6 de agosto 2014. Tribunal arbitral: Adolfo Hobaica. Disponible en Memoria Arbitral Número II del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

³⁷ Pedro Rengel, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela*, Travieso Evans, Caracas, 2021, p. 32.

De esta manera, la Sala estima que en un contrato suscrito por una empresa donde el accionista mayoritario es la República, donde quien aportó el dinero para cancelar las obligaciones de esa empresa del Estado fue la República de Venezuela, y no la propia empresa, se debió convocar al Ministro de Adscripción, en este caso, al Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, a fin de que se diera la autorización especial correspondiente para la suscripción de la cláusula arbitral y en definitiva del texto del contrato³⁸.

En el mismo caso, el órgano jurisdiccional estableció sobre la facultad para comprometer en árbitros de las entidades públicas que:

Ahora bien, de todo lo anterior queda evidenciado, que para el momento de la suscripción del contrato, es decir, el 17 de noviembre de 1997, ni el Presidente de VTV, ni la Junta Directiva de dicha sociedad mercantil estaban facultados para suscribir la cláusula arbitral en nombre de VTV; por lo que la capacidad de la sociedad estaba afectada y en consecuencia, todos los hechos establecidos conforme a las pruebas de autos configuran la causal del literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial y la causal del ordinal 3º del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil, al haberse tramitado un procedimiento arbitral sin cumplir una de las formalidades sustanciales y esenciales para su tramitación, como lo es la capacidad de una de las partes. Así se decide³⁹.

De igual forma, en un caso de reciente data la misma Sala sentenció:

En ese contexto, cabe indicar que conforme a las actuaciones anteriormente relacionadas, la autorización por escrito que debió expedir el Ministerio del Poder Popular de Petróleo conforme al artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, y la opinión previa y expresa que correspondía emitir a la Procuraduría General de la República de conformidad con los establecido en los artículos 5, 12 y 13 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, resultaban necesarias, para comprometer en arbitro a las empresas demandadas que son propiedad de la República, es decir, a las sociedades mercantiles Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), Bariven, S.A., o a cualesquiera de sus filiales, de allí que, al no haber sido traídas a los autos las referidas autorizaciones, mal podría el apoderado judicial de la codemandada Bariven, S.A., hacer valer la cláusula compromisoria de arbitraje, dado que no aportaron pruebas de que cumplieron con las formalidades sustanciales y esenciales para comprometer en arbitraje a la República, como lo es la capacidad de una de las partes, por tanto, se concluye que el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para seguir conociendo y decidir la presente causa, por tanto, remítase el expediente al Juzgado de Sustanciación de esta Sala, a los fines de que fije la oportunidad para contestar la demanda, previa notificación de las partes. Así se decide⁴⁰.

Por tanto, la arbitrabilidad subjetiva es un aspecto que debe ser cuidadosamente analizado en las controversias donde se encuentre involucrado un servicio público, ya sea que lo preste una persona jurídica de derecho privado o una de derecho público, para lo cual deben tenerse presente los elementos descritos.

B. *Arbitrabilidad objetiva de las controversias vinculadas con la prestación de servicios públicos*

Por su parte, sobre la arbitrabilidad objetiva el reconocido árbitro internacional Ramón Escovar Alvarado, ha señalado que se refiere al campo y a los límites de los tópicos que

³⁸ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 855, caso: VTV, 5 de abril de 2006. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00855-050406-2001-0100.htm>

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 716, caso: Management And Procurement Global Solutions Corp, 1 de agosto de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/327605-00716-1823-2023-2018-0735.html>

pueden ser sometidos a arbitraje⁴¹. En ese sentido sobre las controversias que pueden ser susceptibles de ser debatidas en sede arbitral la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

(...) para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allá puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes⁴².

Criterio que es más amplio que el sostenido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha afirmado en sus sentencias que:

La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral⁴³.

Por tanto, podemos sostener que el examen de la arbitrabilidad objetiva debe hacerse tomando en consideración los aspectos señalados por Euribel Canino, directora ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas:

(...) el primero aspecto es que el arbitraje debe versar sobre materias que pueden ser objeto de transacción, y, en segundo lugar, pueden ser conocidas por los tribunales arbitrales aquellas materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción mercantil (sic)⁴⁴.

Ahora bien, es frecuente ver en diversos litigios el uso de un concepto jurídico indeterminado como el de “interés público” para limitar el alcance de la arbitrabilidad objetiva. Al respecto se ha dicho que donde éste predomina se carece de capacidad negocial, por lo que los medios alternativos resultarían absolutamente inaplicables. Es de hacer notar que el interés público “es la expresión común de los intereses privados y su importancia nace de la supremacía que lo público tiene sobre lo privado, no por ser distinto sino por ser general.”⁴⁵ No obstante, este es un concepto que no debería ser definido de forma general y abstracta, debido a que debe ir moldeándose con el tiempo, con la historia y con la sociedad, ya que no es un concepto estático sino dinámico. Este incluso es un concepto que en la actualidad la legislación y la jurisprudencia ha tratado de vincular con cualquier actividad administrativa que realice la Administración Pública o los particulares habilitados o autorizados para ello, tal es el caso del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicado en Gaceta Oficial No. 6.210 de fecha 30 de diciembre de

⁴¹ Ramón Escovar Alvarado, *El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra Contractual*, en Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini, ACIENPOL, Caracas, 2012, p. 529.

⁴² Sentencia No. 1541 de Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondón De Sansó.

⁴³ Juan Carlos Naizir, Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho? en *Revista Universitas* No. 139 (2019): S/D, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246>

⁴⁴ Canino, Euribel. Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida en *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, 2022, pp. 55-74, <https://arbitrajecccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

⁴⁵ Luis Fraga Pittaluga. *Arbitraje administrativo en Arbitraje en la práctica III*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, S/D, Caracas, pp. 43-91.

2015, reimpressa en la Gaceta Oficial No. 6.220 del 15 de marzo de 2016⁴⁶ y el tratamiento que los órganos del Poder Judicial le han dado al arbitraje *Carroferata*.

En ambos casos, se ha concluido que toda materia vinculada con servicios públicos es de interés público, lo cual para la doctrina “*hipertrofia el concepto de interés público, al asociarlo a todas las funciones que la ley atribuye a la Administración y además, lo desvincula de su esencia, a saber, la sumatoria de los intereses individuales coincidentes en la querencia de un bien de la vida necesario.*”

En consecuencia, al ver el ordenamiento jurídico venezolano en su conjunto, podemos determinar que las controversias vinculadas con servicios públicos son arbitrables, ya que como lo establece Diaz-Candia:

En los orígenes estrictamente comerciales a los que me he referido, reflejados además en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, solía establecerse que pueden someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Ese artículo 3, además, excluye del arbitraje expresamente a los asuntos “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público”, pero debiendo entenderse, al respecto, que la exclusión se refiere al arbitraje estrictamente comercial, pero no a todo arbitraje de Derecho. No en vano, pues, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Comercial deja claro que ella se aplicara al arbitraje comercial, pero sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente, que contemple el arbitraje. Obviamente, además, los artículos 253 y 258 de la Constitución se imponen integrativamente por sobre el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial⁴⁷.

2. *Los efectos de las prerrogativas procesales en sede arbitral: el caso de la prerrogativa contenida en el Artículo 111 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*

Es un hecho incuestionado en la realidad venezolana que los órganos de la jurisdicción ordinaria han aplicado y extendido el alcance de las prerrogativas procesales de la Administración Pública -inclusive en casos de descentralización por colaboración- en sus distintas manifestaciones a los particulares que realizan funciones administrativas. Esta situación ha sido ampliamente debatida por la doctrina administrativa, no obstante, las prerrogativas procesales han empezado a retar a otras ramas del sistema de justicia venezolano, como el arbitraje.

⁴⁶ Artículo 111. Cuando se decrete medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público, antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador o Procuradora General de la República, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que la entidad pública o privada que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpe la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. En estos casos el proceso se suspende por un lapso de cuarenta y cinco días (45) continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador o Procuradora General de la República. El Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión, o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado. Adoptadas las previsiones del caso el organismo correspondiente debe comunicar al Procurador o Procuradora General de la República, quien a su vez debe informar al juez de la causa. Cuando se decrete, la ejecución voluntaria o forzosa de sentencias contra los entes que integran la Administración Pública Descentralizada, el tribunal encargado procederá conforme al procedimiento establecido en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

⁴⁷ Diaz-Candia, Hernando, La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: *Hacia el Arbitraje Contencioso-Administrativo*, Revista UCV, 135, (2010): 37-69.

Ahora bien, antes de proceder al análisis de esta problemática vale la pena traer a colación la definición de prerrogativa, que según Galotti implica:

*una preeminencia o superioridad de una persona frente a otra. En efecto, la noción de prerrogativas en el ámbito público denota una situación de sujeción-dominio del Estado frente a los particulares, que doctrinariamente es conocido como Poder de Imperium. Este poder lo observamos especialmente en el acto administrativo, donde el Estado tiene la posibilidad de ejecutar sus propias decisiones obedeciendo a los principios que rigen sus actividades, como también dentro del ámbito de los contratos administrativos donde consta con numerosas prerrogativas en materia de modificación, interpretación, revocación, reversión, etc...*⁴⁸

Sin embargo, estas son cuestiones de origen derivadas de la esquizofrénica construcción de la Revolución Francesa, al punto de que, tradicionalmente, Dicey⁴⁹, como gran representante del Derecho Público británico, ha considerado un absurdo total el hecho de que el “*Droit Administratif*” -el Derecho Administrativo continental, vaya-, propugne situaciones como la aplicación de un Derecho exorbitante y un trato típicamente desigual de la Administración frente a los ciudadanos, incisivamente opuestas al *Rule of Law* o imperio de la Ley.

Claramente, independientemente de que también aseveramos que se trata de un absoluto contrasentido autoritario, lo cierto es que, colegimos con González⁵⁰ en el hecho de que, si nos desprendemos de estas ideas, el Derecho Administrativo simplemente no tendría sobre qué sostenerse y no estaríamos efectuando esta clase de discusiones; no obstante, el presente análisis no se concentra en ellas, sino en una situación quizás todavía más descabellada: la extrapolación de estas prerrogativas derivadas de los autoritarios orígenes del Derecho Administrativo al Derecho Procesal y, en este caso, al arbitraje.

Como punto previo, es claro que las prerrogativas y privilegios en el ámbito procesal también son consecuencia de lo que el maestro Eduardo García de Enterría denominó la “disidencia revolucionaria”⁵¹, en donde el Consejo de Estado Francés fungía como un mecanismo de autocontrol de la propia Administración como consecuencia de la Ley 16/24 de agosto de 1790 -también conocida como la Ley de Separación-, los cuales fueron adoptándose de forma dogmática y regresiva, inclusive cuando el sistema de justicia administrativa presentaba avances en términos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva e igualdad procesal.

En ese mismo orden, es pertinente indicar que Badell Madrid afirma que la inclusión de las prerrogativas al proceso viene dada por el rol de la Administración como gestora del interés general -concepto harto difuso y empleado abusivamente en cada época traduciéndose en arbitrariedades-, pero, más específicamente, podemos ver que el autor se arrima más a lo discutido en este artículo, cuando establece lo siguiente:

⁴⁸ Galotti, Alejandro, *Las Prerrogativas del Estado en el Derecho Procesal Administrativo*, Segunda Edición corregida y actualizada, FUNEDA, Caracas, 2011

⁴⁹ Dicey, A.V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Liberty Fund, Indianapolis, 1982, pp. 213-268

⁵⁰ González, José V. “Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo” en *Revista de la Facultad de Derecho (UCAB)* No. 67-70 (2012-2015), pp. 151-181

⁵¹ García de Enterría, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Cuarta ed., Civitas, Madrid, 2011

Se predicaba la idea de que tras los fines de interés general se despliegan una serie de actividades catalogadas como “servicio público” que no podían ser objeto de interrupción en razón de algún tipo de medida propia de la función judicial y de los procesos jurisdiccionales, como lo sería el embargo sobre bienes.⁵²

Del epígrafe anterior hemos recogido que el Derecho Administrativo, a través de la teoría del servicio público, tal como se concibe en nuestro país, es ampliamente invasivo de la esfera de los particulares y es un pervertidor del Derecho Privado, pero, en estos casos, vemos como la cuestión salta al aspecto procesal -inclusive civil y, pero aún, en el arbitraje- en medio de esta fuerza expansiva que tiene el Derecho Administrativo -en este caso, mediante la noción de servicio público-.

En el caso del Artículo 111 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, entendiendo su contenido como un privilegio o prerrogativa en la medida en que altera la igualdad procesal entre las partes, se ve de manera especialmente intensa esta justificación de las prerrogativas, dado que, precisamente, estos obsoletos y arbitrarios principios de continuidad y regularidad de la prestación -a toda costa-, se ven impresos en la disposición comentada, inclusive tratándose de empresas privadas prestadoras de “servicios públicos” -cuando en el caso en examen, como afirmamos, ni siquiera se trata de un servicio público en su sentido jurídico, llegando al punto de obstruir a la justicia cautelar como un gran atributo de la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, se plantea la duda ¿Pueden ser aplicadas las prerrogativas procesales derivadas del Derecho Procesal Administrativo en sede arbitral? Y, al mismo tiempo ¿Cuáles son las consecuencias de su aplicación o no en la jurisdicción arbitral?

En las sentencias comentadas del Máximo Tribunal de la República -pero, en particular, en la de la Sala Constitucional-, se desconocieron aspectos fundamentales del derecho a la justicia, que alcanza incluso al arbitraje, tal es el caso del debido proceso, que constituye una garantía que permite que los laudos sean ejecutables, así lo ha señalado la doctrina al exponer:

Para obtener un laudo ejecutable, el proceso debe cumplir con ciertos estándares de calidad. Estos mínimos Los estándares de calidad son, por supuesto, de procedimiento. Se les puede llamar requisitos de debido proceso. al igual que las normas mínimas en el procedimiento judicial ordinario. Del mismo modo, establecen las garantías procesales mínimas necesarias para que alguien sea privado de su propiedad u otros derechos. Como tales, pueden considerarse aspectos de elementos tales como equidad procesal, oportunidad de ser escuchado e igualdad de trato como, así como el acceso a la justicia⁵³.

De esta cita se puede desprender que una de las garantías fundamentales del arbitraje es la igualdad de trato entre las partes, circunstancia que de no ser respetada traería graves perjuicios al arbitraje comercial, recordemos que una de las causales de nulidad de los laudos arbitrales es “Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos”⁵⁴.

Es por esta razón que se sostiene que en arbitraje no deben aplicarse las prerrogativas procesales propias del Derecho Administrativo porque, de lo contrario, los árbitros no esta-

⁵² Badell Madrid, Rafael. “Privilegios y prerrogativas procesales y fiscales de los entes públicos en el proceso administrativo” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* No. 25 (2022), p. 55-56.

⁵³ Matti Kurkela y Santtu Turunen, *Due process in international commercial arbitration*, second edition, Oxford University, Cary, 2010, p. 1-15.

⁵⁴ Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial No. 36.430 de fecha 7 de abril de 2018.

rían resguardando los efectos del laudo arbitral y estarían violentando las garantías del debido proceso y más concretamente del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y eficaz y, sin duda, todo este andamiaje es totalmente opuesto a una interpretación favorable para la libertad de los ciudadanos.

CONCLUSIONES

De lo formulado anteriormente, derivan cuatro conclusiones de capital importancia.

La primera, es que el servicio público, a pesar de tener una noción más o menos uniforme en Venezuela, ha sido -y es- interpretado de una manera totalmente contraria a la que su naturaleza restrictiva de libertades exige de conformidad con el principio *favor libertatis*, violando, además, la seguridad jurídica al emplearse interpretaciones contingentes y convenientes.

La segunda, es que el significado que se le ha dado a las controversias vinculadas por la prestación de servicios públicos -incluso de manera indirecta o llevada a cabo por particulares mediante descentralización por colaboración-, es totalmente antagónica a los avances que la jurisprudencia venezolana ha realizado en cuanto a la materia.

La tercera, es que esta clase de interpretaciones derivan en resultados eminentemente violatorios de garantías, no sólo económicas, sino procesales de los particulares, permeando de manera negativa, inclusive, en la asignación de prerrogativas procesales en la resolución de controversias entre sujetos de derecho privado so pretexto de su vinculación con servicios públicos.

Por último, los sucesos reseñados del caso Carroferita vs TCA Services, son de alta utilidad para exponer una problemática de base en nuestro ordenamiento jurídico: la interpretación arbitraria y contradictoria de conceptos, cuyas implicaciones son de tal gravedad que se acaban inmiscuyendo en relaciones eminentemente privadas, para llegar incluso a la interferencia del arbitraje y de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo Juárez, José. “Manual de Derecho Administrativo”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, segunda reimpresión de la primera edición, Caracas, 2024

Badell Madrid, Rafael. “Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario” en *Revista de Derecho Público* No. 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014

_____. “Privilegios y prerrogativas procesales y fiscales de los entes públicos en el proceso administrativo” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* No. 25 (2022)

Brewer-Carías, Allan R. “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público* No. 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981

_____. Sobre la “*publicatio*” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público” en *Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global*, Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 1 y 3 de octubre de 2017, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Santo Domingo, pp. 873-890

Canino, Euribel. Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida en *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, 2022: <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

Carmona Borjas, Juan Cristóbal. *Distopía Parafiscal*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial No. 6.220, del 15 de marzo de 2016.

Díaz-Candía, Hernando, La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: *Hacia el Arbitraje Contencioso-Administrativo*, *Revista UCV*, 135, (2010)

Dacey, A.V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Liberty Fund, Indianapolis, 1982

Expediente Número 091-13 laudo arbitral final de fecha 6 de agosto 2014. Tribunal arbitral: Adolfo Hobaica. Disponible en Memoria Arbitral Número II del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)

Fernández Valverde, Rafael. “El principio “Favor Libertatis” en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, obra colectiva dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 799-811

Fraga Pittaluga, Luis. *Arbitraje administrativo en Arbitraje en la práctica III*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, S/D, Caracas

Galotti, Alejandro. *Las Prerrogativas del Estado en el Derecho Procesal Administrativo*, Segunda Edición corregida y actualizada, FUNEDA, Caracas, 2011

García de Enterría, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Cuarta ed., Civitas, Madrid, 2011

González, José V. Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo en *Revista de la Facultad de Derecho (UCAB)* No. 67-70 (2012-2015)

Hernández González, José Ignacio. ¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003 en *Revista de Derecho Administrativo* No. 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003

Hernández-Mendible, Víctor. *La actividad de servicio público y la regulación bancaria*. en II Jornadas sobre Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 87-105

Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, «Artículo 3», en *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*. T. I. coords. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo, CIERC, Caracas, 2022, Disponible en <https://www.cierc.com/lacomentada>

Jordana de Pozas, Luis. “El problema de los fines de la actividad administrativa” en *Revista de Administración Pública* No. 4, 1951, pp. 11-28

Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial No. 36.430 de fecha 7 de abril de 2018.

Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, 21º Edición, 2017, Segunda edición en español: diciembre de 2019, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019

Luis Alfredo Araque, et al., «El acuerdo de arbitraje». En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial CACC, CEDCA, CEA*, Caracas, 2013

Matti Kurkela y Santtu Turunen, *Due process in international commercial arbitration*, second edition, Oxford University, Cary, 2010

Melich-Orsini, José *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017

Mónaco Gómez, Miguel. *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015

Muci Borjas, José Antonio. “La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana” en *Revista de Derecho Público* No. 157-158, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019

_____ “Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas” en *Revista de Derecho Público* No. 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014

_____ *Potestad reglamentaria y reglamento*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017

Naizir, Juan C., Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho? en *Revista Universitas* No. 139 (2019): S/D, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/>

Parés Salas, Alfredo. “El contencioso de los servicios públicos (consideraciones en torno al Artículo 259 de la Constitución y al derecho fundamental a la adecuada prestación e los servicios públicos” en *Revista de Derecho Administrativo* No. 12, Editorial Sherwood, 2001

Pedro Rengel, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela*, Travesio Evans, Caracas, 2021

Quezada Rodríguez, Flavio. “Origen de la noción de servicio público en el Derecho Francés y su recepción en el Derecho Español. Un enfoque crítico” en *Revista de Administración Pública* No. 216

Ramón Escovar Alvarado, *El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra Contractual*, en *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini*, ACIENPOL, Caracas, 2012

Reverón Boulton, Carlos. “La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina” en *Revista de Derecho Público* No. 169-170, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022

_____ *Revista de Derecho Público* No. 73-74/75-76, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, pp. 126-142

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 716, caso: Management And Procurement Global Solutions Corp, 1 de agosto de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/327605-00716-1823-2023-2018-0735.html>

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 855, caso: VTV, 5 de abril de 2006. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00855-050406-2001-0100.htm>

Sentencia nº 1541 de Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondón De Sansó

Urosa Maggi, Daniela. “Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* No. 4, Universidad Monteávila, 2014

Villar Palasí, José Luis. “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* No. 3, pp. 53-129

LA DEFENSA DE PETRÓLEOS DE VENEZUELA ANTE LAS CORTES DE ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE CITGO EN LA CORTE DE DELAWARE

José Ignacio Hernández G.

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *Este estudio analiza las repercusiones que para el Derecho Público derivan del incumplimiento de contratos de deuda externa por parte de Venezuela, específicamente en el contexto de demandas patrimoniales presentadas ante cortes extranjeras. A través del análisis de las demandas sustanciadas por la Corte de Distrito del Distrito de Delaware, en las cuales se debate sobre el embargo de las acciones de una filial de Petróleos de Venezuela, S.A., se destacan varias conclusiones importantes. Entre ellas, la aplicación transnacional del Derecho Público venezolano, la relevancia de la invalidez de contratos ante cortes extranjeras, y el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional de la República y PDVSA. Además, se examinan las consecuencias de las sanciones impuestas a PDVSA y el impacto de éstas en la protección de sus activos. Finalmente, se analiza las consecuencias de la violación de la autonomía funcional de PDVSA reconocida en el Derecho Público de Venezuela, y que llevó a declarar que aquella responde por obligaciones de Venezuela derivadas de sentencias dictadas por cortes de Estados Unidos.*

Palabras Clave: *Deuda Pública Externa, aplicación transnacional del Derecho Público venezolano, PDVSA, autonomía funcional, alter ego, responsabilidad patrimonial de la Administración.*

Abstract: *This study analyzes the repercussions for Public Law stemming from Venezuela's breach of external debt contracts, specifically in the context of asset claims filed in foreign courts. Through the analysis of cases handled by the District Court of Delaware, which discuss the seizure of shares in a subsidiary of Petróleos de Venezuela, S.A., several important conclusions are highlighted. These include the transnational application of Venezuelan Public Law, the relevance of the invalidity of contracts in foreign courts, and the recognition of the jurisdictional immunity of the Republic and PDVSA. Additionally, the consequences of sanctions imposed on PDVSA and their impact on asset protection are examined. Finally, the study analyzes the consequences of the violation of PDVSA's functional autonomy recognized in Venezuelan Public Law, which led to the declaration that PDVSA is responsible for Venezuela's obligations arising from judgments issued by U.S. courts.*

Key words: *External Public Debt, transnational application of Venezuelan Public Law, PDVSA, functional autonomy, alter ego, asset liability of the Public Administration.*

INTRODUCCIÓN

La defensa judicial de la Administración Pública, incluyendo a empresas del Estado como Petróleos de Venezuela, S.A.(PDVSA), es un tema central del Derecho Administrativo

entendido como Derecho estatal¹. Por ello, esta defensa suele ser un componente de la jurisdicción contencioso-administrativa, en especial, en lo que respecta a las demandas de contenido patrimonial, relacionadas con la responsabilidad contractual o extra-contractual de la Administración². Empero, lo cierto es que la actividad administrativa puede tener efectos extraterritoriales, lo que se traduce en el llamado Derecho Administrativo Transnacional. Uno de los resultados prácticos de ello son las demandas de contenido patrimonial presentadas ante cortes extranjeras y tribunales internacionales³.

Un ejemplo de estos efectos extraterritoriales es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Internacional y en el Derecho Extranjero, a resultas de lo que se conoce como la deuda pública externa, esto es, las obligaciones patrimoniales pagaderas en divisas, y sometidas en parte al Derecho foráneo, sea Internacional o Extranjero. Dentro de esta deuda, los dos títulos jurídicos que interesan son, por un lado, la responsabilidad derivada de arbitrajes internacionales de inversión, y la responsabilidad derivada del incumplimiento de títulos valores públicos sometidos al Derecho extranjero⁴.

PDVSA es especialmente susceptible a esta transnacionalidad, pues por un lado, como parte de su giro comercial, esta empresa y sus filiales conducen actividades de exportación de petróleo, por medio de contratos sometidos al Derecho extranjero; además, y como resultado del proceso de internacionalización conducido hacia fines del siglo XX, esta empresa mantiene filiales en el extranjero, como es el caso emblemático de PDV Holding, Inc., que es el accionista de control, en el estado de Delaware en Estados Unidos, de Citgo Petroleum Corporation⁵. Como fue explicado en otro lugar, y tomando en cuenta el carácter territorial del Derecho Público de Venezuela, a pesar de que las empresas del grupo Citgo califican como empresas del Estado bajo la Ley Orgánica de la Administración Pública, ellas no se someten en bloque a todo el Derecho Administrativo⁶.

¹ La estrecha relación entre el Derecho Administrativo y el Estado es un tópico explorado en el Derecho Iberoamericano. En España, *vid.* Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92. En América Latina, puede verse a Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 158 y ss.

² Lo que se vincula con el llamado “recurso de plena jurisdicción”, esto es, los remedios judiciales que permiten condenar a la Administración Pública por los daños y perjuicios ocasionados. *Vid.* Iribarren Monteverde, Henrique, “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?”, en *Revista de la Fundación Procuraduría. N° 1*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1986, pp. 113 y ss.

³ Arroyo Jiménez, Luis, “Las caras del derecho administrativo transnacional”, en *Revista de Administración Pública n° 218*, Madrid, 2022, pp. 101 y ss.

⁴ Véase lo que hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al derecho extranjero e internacional: El caso de la deuda pública externa”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo n° 25*, Caracas, 2022, pp. 27 y ss.

⁵ PDVSA es el único accionista de PDV Holding, Inc., quien a su vez es accionista de Citgo Holding, Inc., accionista de Citgo Petroleum Corporation. En este trabajo aludiremos, a cualquiera de esas empresas, como Citgo, sin perjuicio de referirnos a cada una de esas sociedades mercantiles, que están todas constituidas en el estado de Delaware.

⁶ El régimen jurídico de las filiales extranjeras de empresas públicas constituidas en Venezuela no ha sido un tema muy tratado en el Derecho Administrativo. Uno de los principales estudios en la materia fue preparado por Allan R. Brewer-Carías en relación con la adquisición de la refinería Veba OEL AG, que actualmente puede verse en *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 285 y ss. Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 16*, Caracas, 2020, pp. 733 y ss.

Los problemas prácticos que supone la interaplicación del Derecho Administrativo de Venezuela, con el Derecho Internacional y el Derecho extranjero, no fueron relevantes hasta que, en el 2002, inició un largo proceso que culminó no solo con la destrucción de la autonomía de PDVSA en el marco de su endeudamiento financiero insostenible, sino que además, incluyó expropiaciones a contratistas en el sector petrolero⁷. No es de extrañar que, en este contexto, PDVSA quedase envuelta en diversos procesos judiciales ante cortes extranjeras, así como procedimientos de arbitraje, tanto basados en contratos como en el marco de tratados bilaterales de inversión (TBIs). El resultado de ello son reclamaciones privadas presentadas en las cortes de Estados Unidos, y que superan los 30.000 millones de dólares. Apenas una parte de la totalidad de la deuda externa⁸.

Este comentario extrae los aspectos más relevantes, desde el Derecho Público de Venezuela, de una de las muchas reclamaciones extranjeras que involucran a PDVSA, sustanciadas por la Corte de Distrito del Distrito de Delaware⁹, y que ha dado lugar a diversas sentencias, incluso, ante la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito¹⁰. Estas reclamaciones han sido presentadas por acreedores de la deuda pública externa contraída hasta el 2016, quienes cuentan a su favor con sentencias emitidas por cortes federales de Estados Unidos. Para la ejecución forzosa de esas sentencias, estos acreedores han solicitado y obtenido medidas de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc., y cuyo monto es de, aproximadamente, 21.000 millones de dólares.

En concreto, estos comentarios sobre las sentencias dictadas por la Corte de Distrito de Delaware y la Corte del Tercer Circuito, cubre dos grandes temas de interés en el Derecho Público venezolano, a saber, (i) la representación judicial de PDVSA, el desconocimiento de acuerdos de transacción suscritos en violación del Derecho Público venezolano, y la política de sanciones sobre PDVSA, así como (ii) la autonomía funcional de PDVSA y su incidencia en la tesis conocida, en el Derecho de Estados Unidos, como *alter ego*.

I. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE PDVSA Y LOS EFECTOS DE CONTRATOS DE TRANSACCIÓN FIRMADOS EN VIOLACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO

El proceso de venta judicial de las acciones de PDV Holding, Inc., inició con el registro que realizó la empresa Crystallex International Corporation (Crystallex) de la sentencia dictada por la Corte de Distrito de Washington, D.C., el 25 de marzo de 2017. Esta sentencia homologó el laudo arbitral dictado por un tribunal de arbitraje constituido en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en 2016¹¹. El reclamo de esta empresa no es, por ende, el pago de la indemnización expropiatoria o el cumplimiento del laudo, sino el cumplimiento de una sentencia firme que condena a Venezuela al pago de sumas de dinero.

⁷ Brewer-Carias, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 111 y ss.

⁸ Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, Editorial Jurídica Internacional, Panamá, 2023, pp. 69 y ss.

⁹ Esta Corte es identificada, indistintamente, como la Corte de Delaware.

¹⁰ Esta Corte es identificada, indistintamente, como el Tercer Circuito.

¹¹ El laudo fue dictado el 4 de abril de 2016, condenando a Venezuela por la expropiación de los derechos contractuales de Crystallex, por un monto de aproximadamente 1.200 millones de dólares, más costos e intereses (Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2).

El registro de esta sentencia se efectuó ante la Corte de Delaware para apoyar la demanda cuyo propósito -como se detalla en la segunda parte- era solicitar una medida de embargo en contra de las acciones de PDV Holding, Inc., propiedad de PDVSA, alegándose que ésta es el alter ego de la República, deudor de la condena patrimonial acordada por la Corte de Washington, D.C. El Gobierno de Nicolás Maduro representó a Venezuela a lo largo de todo este proceso, incluyendo el arbitraje, el proceso ante la Corte de Distrito de Washington, D.C., todo el juicio de primera instancia ante la Corte de Distrito de Delaware, y la práctica totalidad del juicio de apelación. En ese proceso, la estrategia de defensa adoptada por el Gobierno de Nicolás Maduro consistió en que solo PDVSA actuara como demandando, pero no así la República, a pesar de que ésta era el deudor. Las defensas de PDVSA se centraron en alegar que la autonomía funcional de esa empresa nunca había sido violada. La Corte no aceptó esos argumentos y, en sentencia de 9 de agosto de 2018, acordó medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc.

Lo que sucedió después en la Corte de Delaware y la Corte del Tercer Circuito, estuvo afectado por una decisión inédita en el Derecho Internacional, como fue el reconocimiento que hiciera el Gobierno de Estados Unidos a favor del entonces presidente de la Asamblea Nacional electa en 2015 (la IV legislatura) como presidente encargado de Venezuela, el 23 de enero de 2019. Continuando con lo que hemos analizado en otro lugar¹², en esta sección explicamos la incidencia práctica de este reconocimiento en la demanda de Crystallex, considerando en especial la política de sanciones impuesta sobre PDVSA, y el efecto de la nulidad de la transacción firmada por el Gobierno de Maduro en 2018.

1. *El reconocimiento del presidente encargado y la nulidad de la transacción firmada por el Gobierno de Nicolás Maduro*

El reconocimiento del presidente encargado no fue una declaración política de la presidencia de Estados Unidos, sino por el contrario, una decisión con importantes efectos jurídicos de acuerdo con el Derecho Constitucional de ese país. Así, como diversas cortes decidieron, en virtud de ese reconocimiento, el Gobierno de Venezuela -abarcando, en especial, a la República y PDVSA- pasó a ser representado exclusivamente por el presidente encargado¹³. Para regular el ejercicio de las funciones administrativas por el presidente de la IV legislatura, ésta aprobó una Ley especial, conocida como el Estatuto de Transición¹⁴. Este Estatuto regulado la representación judicial de Venezuela en Estados Unidos -y los demás países que reconocieron al presidente encargado- a través de dos figuras: (i) la Oficina del Procurador Especial, quien ejerce la representación judicial de la República, y (ii) la junta administradora ad-hoc de PDVSA, quien ejerce la representación legal de esa empresa, y en coordinación con la Oficina, ejerce también la representación judicial¹⁵.

¹² Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 19 y ss. No analizamos en este trabajo los fundamentos de ese reconocimiento, ni la conveniencia o inconveniencia de aquella decisión. Basta con señalar que a efectos jurídicos, y de manera efectiva, la representación judicial de Venezuela y PDVSA pasó al presidente encargado y demás autoridades.

¹³ Hernández, José Ignacio, “The Statute That Governs the Transition to Democracy and the Int’l Recognition of the Venezuela Interim President.”, en *International Legal Materials* 61, n.º. 5, 2022, pp. 820 y ss.

¹⁴ Badell Madrid, Rafael, “Consideraciones sobre el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N.º 158, 2019, pp. 818 y ss.

¹⁵ Brewer-Carías, Allan, Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de

Por lo tanto, desde el 23 de enero de 2019, la representación judicial de la República pasó a la Oficina del Procurador Especial, mientras que la representación legal de PDVSA pasó a la junta administradora ad-hoc. Esto sucedió, casi sobra decirlo, sin que haya mediado entrega de cargos, o presentación del informe de juicios pendientes. Por el contrario, sin información -ni medios materiales- estos órganos procedieron a sustituir la representación ejercida por el Gobierno de Nicolás Maduro. En el citado proceso ante la Corte de Delaware, este cambio, en relación con PDVSA, se facilitó por la decisión de la firma de abogados que ya representaba a la estatal petrolera, de continuar esa representación, pero ahora, siguiendo las instrucciones de la junta ad-hoc. En el caso de la República, sin embargo, no fue posible sustituir la representación judicial, simplemente, pues la República nunca compareció en este proceso, lo que sin duda, afectó severamente la calidad de su defensa. Tal decisión, se repite, fue adoptada por el Gobierno de Maduro¹⁶.

Debido a la tardanza en la implementación del Estatuto, motivado por la inestable situación política, solo fue hacia inicios de marzo cuando el Gobierno reconocido en Estados Unidos pudo tomar control del proceso ante la Corte de Delaware. Para ese momento, la sentencia dictada por esa Corte el 9 de agosto de 2018 estaba en apelación ante el Tercer Circuito, y de hecho, la apelación estaba ya prácticamente sustanciada. El resumen de la defensa judicial entonces emprendida en representación de la República y PDVSA puede resumirse de la siguiente manera:

- a) Quien ocupaba el cargo de Procurador Especial, de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se inhibió. La representación de la República pasó, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al embajador de Venezuela en Estados Unidos.
- b) La República, en cumplimiento del deber de comparecencia en juicios que afectan el patrimonio público, intervino por primera vez en el juicio, tanto en la Corte de Delaware como en la Corte de Apelaciones, para invocar las defensas que antes no pudo presentar, con base en la Ley de Inmunidad de Estados Soberanos Extranjeros (FSIA, por su resumen en inglés).

Solo fue entonces cuando pudo conocerse que, el 10 de septiembre de 2018, quien detenta el cargo de Procurador General de la República firmó la modificación de la transacción originalmente suscrita con Crystallex en 2019, para poner fin a la demanda de esta empresa, reconociendo así su reclamo y comprometiéndose al pago del monto adeudado, adelantando incluso un pago estimado en 425 millones de dólares. La situación era más compleja pues según reconoció la Procuraduría General, la versión en inglés de la transacción aplicaba a la República y sus entes, incluyendo a PDVSA, cuando la versión en español solo aplicaba a la República. La diferencia no es baladí, pues al tenor de la transacción en inglés, PDVSA no habría podido apelar de la sentencia, como en efecto había hecho¹⁷.

Esta transacción fue desconocida en acuerdo de la Asamblea Nacional de 10 de enero de 2019, al ratificar que quien detenta el cargo de Procurador, no fue designado cumpliendo las formalidades dispuestas en la Constitución y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹⁸. En efecto, según el artículo 236.15 de la Constitución, el titular de la Procura-

Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, pp. 239 y ss.

¹⁶ Para el detalle sobre todas estas decisiones, *vid.* Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 95 y ss.

¹⁷ Todos los detalles de esta transacción constan en el expediente 18-2797 del Tercer Circuito, en actuación de PDVSA de 28 de diciembre de 2018.

¹⁸ Puede verse también el acuerdo del 24 de abril de 2018.

duría es designado por la Presidencia previo control de la Asamblea. La última designación realizada según esa formalidad recayó en Cilia Flores¹⁹. Ante la renuncia de ésta, en 2013, el viceprocurador Manual Galindo asumió temporalmente el cargo de Procurador²⁰. Pero éste renunció en 2014, no sin antes designar a Reinaldo Muñoz como viceprocurador, quien quedó así encargado -en los hechos, de manera permanente- de la Procuraduría²¹. Los efectos extraterritoriales de esa invalidez no habían sido aceptados en las incidencias presentadas ante tribunales arbitrales. Ante el Tercer Circuito, en todo caso, la decisión de la República de no reconocer la validez de esa transacción no fue objetada, y además, el tribunal reconoció que PDVSA no estaba regida por la citada transacción.

En todo caso, el incidente de la transacción colocó en evidencia un aspecto jurídico por lo demás complejo: la validez de los actos dictados por el Gobierno de Maduro, no solo en violación al ordenamiento jurídico venezolano sino, además, como parte de la ruptura del orden constitucional imperante desde 2016 y que, en los hechos, ha afectado la vigencia de la Constitución. Frente a cortes extranjeras, la violación del Derecho Público venezolano tiene importantes implicaciones, como resultado de su aplicación transnacional.

Como se observa, para marzo de 2019, la situación era ciertamente comprometida. Así, la República nunca se había presentado a juicio, existía una transacción que quería poner fin a la demanda y, en todo caso, la sustanciación de la apelación había sido prácticamente agotada. Por ello, y a pesar de haber hecho valer las defensas de Venezuela como soberano, el cambio de representación operado en marzo de 2019 no logró evitar, como explicamos en la sección siguiente, que la Corte de Apelaciones ratificara la sentencia de la Corte de Delaware de 9 de agosto de 2018.

2. *La política de sanciones y efecto protector sobre Citgo*

El reconocimiento del presidente encargado coincidió con una política, incluso, de signo opuesto: la determinación de PDVSA como sujeto sancionado por el Gobierno de Estados Unidos. No se trata, en realidad, de sanciones en el sentido común que la expresión tiene en el Derecho Administrativo, sino de restricciones a extranjeros que el Poder Ejecutivo de Estados Unidos adopta, siempre dentro del ámbito de su jurisdicción. Suele considerarse como sanciones “internacionales” pues estas restricciones se dirigen a nacionales de Gobiernos extranjeros que llevan a cabo actuaciones contrarias a las políticas de Estados Unidos. Pero en todo caso, esas restricciones no son, ni podrían ser, extraterritoriales, y entran dentro del ámbito de soberanía de Estados Unidos²².

Estas restricciones ejecutivas son, en realidad, actos administrativos, de naturaleza eminentemente discrecional y excepcional, por medio de los cuales la Presidencia de Estados Unidos limita o prohíbe específicas actividades por parte de extranjeros, en defensa del orden público. Estos actos se basan, principalmente, en dos Leyes, como son la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia (IEEPA, por sus siglas en inglés), y la Ley de Emergencias Nacionales (NEA, por sus siglas en inglés). La administración de estas prohibiciones se confía a la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC).

Ahora bien, en 2014 el Congreso de Estados Unidos aprobó la *Ley de Defensa de la Sociedad Civil y los Derechos Humanos en Venezuela*, como reacción a las crecientes violaciones de derechos humanos. La sección 5 habilitó a la Presidencia para imponer sanciones a

¹⁹ Gaceta Oficial n° 29.855, de 11 de febrero de 2012.

²⁰ Gaceta Oficial n° 40.126, de 11 de marzo de 2013.

²¹ Gaceta Oficial n° 40.567, de 22 de diciembre de 2014.

²² Nephew, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, Nueva York, 2018, pp. 43 y ss.

venezolanos, incluyendo funcionarios e incluso, personas jurídicas del Gobierno de Venezuela, responsables de serias violaciones a derechos humanos, incluyendo arrestos, así como a quienes provean ayuda económica significativa o técnica para perpetrar esas violaciones. Entre otras, esas sanciones pueden versar sobre bienes ubicados en Estados Unidos de acuerdo con la IEEPA, o medidas migratorias, como expulsión o prohibición de ingreso.

En desarrollo de esas legislaciones se dictó la orden ejecutiva n° 13.692 de 8 de marzo de 2015, la cual estableció el marco jurídico para prohibir el uso, goce y disposición de bienes en Estados Unidos propiedad de personas sancionadas. Esto es lo que usualmente se conoce como “*propiedades bloqueadas*”, en el sentido que el ejercicio de los derechos de propiedad queda prohibido. Igualmente, se prohíbe toda operación fuera de Estados Unidos, pero en el marco de contratos con nacionales o residentes de Estados Unidos. Como se observa, las limitaciones aplican siempre dentro de la jurisdicción de Estados Unidos, definida en función a sus estatutos objetivo (territorio) y subjetivo (personas).

Inicialmente, estas prohibiciones se dictaron solo respecto de personas, típicamente, funcionarios considerados responsables de violaciones a derechos humanos. Estos funcionarios sancionados pasaron a formar parte de la Lista de Nacionales Especialmente Designados y Personas Bloqueadas (conocida como lista SDN), y en la cual se fueron incluyendo, gradualmente, diversas personas, incluso, más allá de funcionarios, como particulares señalados de colaborar financieramente con actos de corrupción, así como sociedades mercantiles por éstos controladas. Las restricciones que aplican a personas naturales y jurídicas que no forman parte del Gobierno extranjero identificado como objetivo, son usualmente llamadas sanciones personales.

A partir de 2017, la política de sanciones se amplió a operaciones realizadas por el Gobierno de Venezuela, en concreto, a través de la orden ejecutiva n° 13.808 de Y de agosto de 2017. Esta orden prohibió operaciones relacionadas con nueva deuda emitida por PDVSA, con vencimiento mayor a 90 días, o nueva deuda con vencimiento mayor a 30 días, emitida por otros órganos o entes del Gobierno de Venezuela. Asimismo, se prohibieron transacciones con bonos venezolanos, así como el pago de dividendos de entes controlados por tal Gobierno. A estos fines, el Gobierno de Venezuela se definió como toda división política, agencia o instrumentalidad controlada o actuando bajo el control del Gobierno de Maduro. En 2018, se dictaron tres órdenes ejecutivas más, que restringieron otras operaciones del Gobierno de Venezuela, a saber, operaciones con activos digitales o criptoactivos (orden n° 13.827 de 19 de marzo de 2018); otras operaciones de deuda pública (orden n° 13.835, de 21 de mayo de 2018), y operaciones con el sector oro (orden n° 13.850, de 1 de noviembre de 2018).

El ámbito de esas órdenes se amplió en 2019. Así, la orden n° 13.857, de 25 de enero, modificó las órdenes anteriores, y en especial, la orden n° 13.850, para extender las restricciones al Banco Central de Venezuela y a PDVSA. El Secretario del Tesoro, en ejecución de esas órdenes, dictó a resolución de 28 de enero, en la cual determinó la inclusión del sector petrolero en el ámbito de la orden n° 13.850. En la práctica, esto supuso que PDVSA y sus filiales -a estos efectos, toda sociedad en la cual ésta tenga participación del 50% o más- pasaron a ser sujetos restringidos por las órdenes ejecutivas y las Leyes comentadas. En cualquier caso, la orden n° 13.884 de 5 de agosto de 2019, terminó por incluir a todos los órganos y entes del Gobierno de Venezuela, como sujetos de las sanciones.

El efecto jurídico de esta regulación fue que PDVSA no pudo realizar ninguna operación en Estados Unidos o con sujetos de ese país, y por ello, sus propiedades en Estados Unidos quedaron bloqueadas, en el sentido que PDVSA no podía usar, gozar o disponer de estas propiedades. Estas restricciones afectaron, en especial, a PDV Holding, Inc. y todas sus empresas filiales.

Sin embargo, y esta es la contradicción señalada, lo cierto es que, al 25 de enero de 2019, ya el Gobierno de Nicolás Maduro había perdido la representación legal de PDVSA, debido al reconocimiento del presidente encargado. Con lo cual, la política de sanciones aplicada al Gobierno de Venezuela es peculiar, pues en los demás casos -Rusia e Irán, por ejemplo- no hay dos organizaciones políticas en disputa. Pero en Venezuela, la política de sanciones quiso afectar al Gobierno de Maduro, pero en realidad, terminó afectando también al presidente encargado, pues lo cierto es que la restricción a las propiedades de PDVSA aplicó incluso frente a la junta administradora ad-hoc, quien representa a la estatal petrolera en Estados Unidos²³.

Ahora bien, la particularidad del caso de Venezuela impedía determinar, con claridad, si el bloqueo de las acciones de PDV Holding, Inc., era incluso extensible al proceso de embargo de esas acciones, iniciado con la ya citada sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 9 de agosto de 2018. Al mismo tiempo, diversos acreedores habían comparecido ante esa Corte para solicitar la extensión de esa sentencia, lo que se hubiese traducido en nuevas medidas de embargo. Para afrontar todos esos riesgos, se diseñó una estrategia de defensa que, en parte, se valió de los efectos extraterritoriales del Derecho Público de Venezuela.

Así, y, en *primer lugar*, la República invocó su condición de ente soberano y reivindicó la aplicación del Estatuto de Transición. En Estados Unidos, y de acuerdo con la doctrina del acto de Estado, los actos dictados por Gobiernos extranjeros en su territorio, y cuya aplicación incide en las controversias conocidas por las cortes, deben presumirse válidos y por ende, no pueden ser revisados o ignorados. Con base en esta estrategia, la República -junto a PDVA- alegó, con éxito, que el Estatuto de Transición debía ser interpretado y aplicado por las cortes de Estados Unidos, todo lo cual dio lugar a sentencias que, al interpretar el Estatuto y los actos administrativos dictados en su ejecución, aplicaron extraterritorialmente el Derecho Público venezolano²⁴.

En *segundo lugar*, la estrategia adoptada logró un cambio importante en la política de sanciones. Como explicamos, no era claro si la sanción a PDVSA, extensible a PDV Holding, impedía la ejecución del embargo, al ser las acciones de aquella propiedades bloqueadas. Una lectura favorable a la independencia constitucional del Poder Judicial podía conducir a reputar como violatorio de la Constitución de Estados Unidos, toda injerencia en asuntos propios de las cortes, en especial, al prohibir la ejecución forzosa de sentencias. Pero al mismo tiempo, de manera tradicional, el Derecho Constitucional de Estados Unidos ha reconocido que la Presidencia puede intervenir en reclamaciones contra Gobiernos extranjeros, como condición de su política internacional²⁵.

²³ Esta fue la razón por la cual, en febrero de 2019, la junta administradora ad-hoc de PDVSA requirió de licencia de la OFAC ejercer la representación de PDVSA como accionista de PDV Holding, Inc., y así, cambiar a los administradores designados por la junta directiva de PDVSA designada por el Gobierno de Maduro. Este cambio de administración rompió todo vínculo entre PDV Holding, Inc. y ese Gobierno, y justificó la emisión de una licencia que exceptúa a Citgo de las sanciones, vigente hasta hoy. Véase nuestra explicación en Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 187 y ss.

²⁴ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, cit., pp. 95 y ss.

²⁵ Véase la explicación en Buchheit, Lee C. y Gulati, Mitu, "Sovereign Debt Restructuring and U.S. Executive Power (Reestructuración de Deuda Soberana y el Poder Ejecutivo Norteamericano) (November 1, 2018)", en *Capital Markets Law Journal (Forthcoming)*, *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2018-55*, tomado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3243663> (consulta 30.6.24).

La duda fue resuelta a favor de los poderes ejecutivos del Presidente. Así, el 9 de diciembre de 2018, tras diversas conversaciones con el Departamento del Tesoro y la OFAC, ésta fijó la interpretación de acuerdo con la cual, las órdenes ejecutivas impiden avanzar en el proceso de venta o embargo de las acciones de PDV Holding, Inc., salvo que medie una licencia de la OFAC, licencia que ésta negó²⁶. La Corte de Delaware advirtió que esa interpretación no era vinculante, pues reflejaba solo el parecer de la agencia. Pero en la práctica, como este trabajo explica, el proceso judicial se retrasó significativamente.

Este cambio de interpretación ha generado la confusa conclusión según la cual “Citgo está protegida por las sanciones”. Pero en realidad, las sanciones no otorgan protección alguna, sino que condicionan toda medida de embargo a la licencia de la OFAC. Ese condicionamiento, en el marco de las políticas del Departamento del Tesoro, debe conciliarse con el principio según el cual el Gobierno de Estados Unidos apoya procesos de renegociación consensuados y ordenados de deuda pública, y por ende, no puede respaldar ninguna estrategia de Gobiernos extranjeros de eludir sus obligaciones contractuales²⁷. Era fundamental, por ello, que la República y PDVSA mantuvieran su línea de defensa ante la Corte de Delaware.

En *tercer lugar*, la Corte de Distrito de Delaware, en sentencia de 12 de diciembre de 2019, reconoció las defensas presentadas por la República, el cambio de circunstancias derivado del reconocimiento del presidente encargado, y el efecto inhibitorio de las llamadas sanciones. Asimismo, acogió las defensas de la República y PDVSA, al negar a otros acreedores extender la sentencia de 9 de agosto de 2018. La Corte aclaró que todo acreedor que quisiera solicitar una medida de embargo debía iniciar una demanda. En la práctica, esta sentencia paralizó el avance del proceso de subasta basado en la medida de embargo declarada el 9 de agosto.

Por último, y en *cuarto lugar*, el 16 de julio de 2020 el Gobierno de Estados Unidos, representado por el Departamento de Justicia, el Departamento de Estado y la OFAC, presentó un escrito ante la Corte expresando su política según la cual, no se permitiría el avance del proceso de subasta, en tanto la protección de Citgo se consideró un elemento crucial de la política de Venezuela hacia Estados Unidos. Asimismo, el Gobierno de Estados Unidos reconoció -como se amplía en la sección siguiente- que el Estatuto de Transición y sus actos de ejecución habían restablecido la autonomía de PDVSA.

En resumen, a lo largo de 2019, las defensas introducidas, en parte, invocando la aplicación del Estatuto de Transición, lograron reversar lo que se consideraba como un embargo inminente, difiriéndose de esa manera los riesgos inminentes sobre Citgo frente a los acreedores de la deuda pública legada. Aquí debe recordarse que el mandato impuesto por el artículo 15 del Estatuto de Transición era muy específico: proteger los activos externos, y en concreto, Citgo. Ninguna de las autoridades administrativas a las cuales el Estatuto aplicaba, tenían la capacidad financiera, la capacidad legal y, en especial, la legitimidad democrática para renegociar la deuda pública externa, que es la única solución al fondo de los reclamos que se acumulaban, en especial, ante la Corte de Delaware²⁸.

²⁶ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., p. 345.

²⁷ Véase el análisis de esta posición en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 339-340.

²⁸ Los artículos 15 y 16 del Estatuto asignaron deberes de conservación de activos externos, y en concreto, las acciones de PDV Holding, Inc., propiedad de PDVSA. La renegociación de la deuda, mediante el pago o compromisos de pagos, exigía facultades de disposición, ajenas a las facultades de conservación derivadas del Estatuto.

Esto, claro está, no se opuso a negociaciones específicas con los demandantes, las cuales fueron bastante comunes en los muchos litigios conocidos por las cortes de Estados Unidos. Pero estas negociaciones no podían conducir al reconocimiento y pago de reclamaciones individuales. Por un lado, pues el Estatuto de Transición no otorgó tal mandato, sino que asignó deberes de conservación de activos. De otro lado, y a todo evento, ninguna de las autoridades regidas por el Estatuto tenían capacidad financiera para pagar, o comprometerse al pago, de las reclamaciones pendientes²⁹.

II. LA DEFENSA DE PDVSA FRENTE A LA TESIS DEL ALTER EGO (2019-2023)

Uno de los principales obstáculos para hacer valer la responsabilidad patrimonial de Estados ante cortes extranjeras, es el principio de inmunidad de jurisdicción. En términos generales, este principio establece que un Estado soberano no puede ser enjuiciado ante cortes extranjeras (*par in parem non habet iudicium*), aun cuando se admite excepciones que, en Estados Unidos, están previstas principalmente en la FSIA³⁰. La inmunidad de jurisdicción, al limitar la posibilidad de demandar a Estados extranjeros, constituye una importante limitación en los litigios derivados de la deuda pública externa³¹.

De esa manera, los Estados extranjeros no pueden ser enjuiciados en las cortes de Estados Unidos, salvo que medien algunas de las excepciones previstas en la FSIA. Esta inmunidad es un principio derivado de la cortesía o deferencia que el Poder Judicial debe guardar respecto de Gobiernos extranjeros, para no interferir en la política exterior que corresponde al Poder Ejecutivo³². No obstante, a los fines de conciliar el principio de cortesía con el Estado de Derecho -que abarca el derecho de quienes han sido afectados por actuaciones u omisiones de Estados extranjeros, a demandar ante las cortes de Estados Unidos, cuando éstas tengan jurisdicción- la inmunidad tiene excepciones, atendiendo a la naturaleza de la actividad estatal. Estas excepciones, siguiendo a Weidemaier, reflejan el cambio apreciado en Estados Unidos hacia mediados del siglo XX, cuando la inmunidad de jurisdicción comenzó a dejar de ser una barrera infranqueable para la demanda de Estados extranjeros.

Una de las consecuencias derivadas de la FSIA es que, como regla, los Gobiernos extranjeros tienen personalidad jurídica distinta a sus instrumentalidades, o sea, los entes creados por éstos, bajo su Derecho doméstico, incluyendo a las empresas del Estado. Por lo tanto, tanto los Gobiernos como sus instrumentalidades, con personalidad diferenciada, gozan de inmunidad, salvo dos excepciones generales.

²⁹ El artículo 36 del Estatuto prohibió la disposición de los activos, salvo autorización presupuestaria. Así sucedió en abril de 2019 cuando la Asamblea Nacional autorizó el pago, bajo protesta, de los intereses de los Bonos PDVSA 2020, como parte de la estrategia para proteger a Citgo Holding, Inc. Este pago pudo hacerse, en los hechos, pues la junta administradora ad-hoc había logrado identificar derechos de crédito bloqueados por las llamadas sanciones, que permitían pagar esos intereses, de cerca de 71 millones de dólares. Pero para reconocer las reclamaciones pendientes en Delaware, en realidad, se requería una capacidad financiera mucho mayor. Ninguna de las autoridades reguladas por el Estatuto tenía tal capacidad, con lo cual, y en la práctica, no era posible ni pagar, ni refinanciar el pago. *Vid.: La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 440 y ss.

³⁰ Megliani, Mauro, *Sovereign debt*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 390 y ss. Recuerda el autor que este principio es corolario del principio de la igualdad entre Estados, de lo cual resulta que la soberanía estatal no puede ejercerse sobre otros Estados.

³¹ Kupelyants, Hayk, *Sovereign Defaults before Domestic Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 277 y ss.

³² Delaume, Georges R. "The Foreign Sovereign Immunities Act and Public Debt Litigation: Some Fifteen Years Later", en *The American Journal of International Law*, vol. 88, N° 2, 1994, pp. 257 y ss.

La primera, es cuando tal inmunidad ha sido expresamente renunciada, lo que es común en contratos públicos de deuda. La segunda, es cuando la actividad estatal atienda fines comerciales³³.

Ahora bien, la separación jurídica del Gobierno y su instrumentalidad no aplica cuando ésta es controlada extensivamente por aquél. Tal fue precisamente el argumento que Crystalex expuso en 2017 ante la Corte de Delaware, para invocar que PDVSA es el alter ego de la República y que, por ende, ésta era responsable por obligaciones de aquélla. En tanto PDVSA conduce operaciones comerciales en Estados Unidos, sus activos no están protegidos por la inmunidad, lo que facilita medidas de embargo.

Este criterio, aplicado por la Corte de Delaware y luego ratificado por el Tercer Circuito, respondió a un análisis racional y restrictivo, que sin embargo, fue abandonado en 2023, como explicamos en la siguiente sección. En todo caso, lo cierto es que la primera interpretación de la tesis del alter ego reflejó, muy bien, las consecuencias de las recurrentes violaciones al Derecho Administrativo que rige a PDVSA, por la vulneración de su autonomía funcional en el marco del proceso de concentración inconstitucional de funciones en la Presidencia. Con lo cual, y en el fondo, la Corte de Delaware reconoció efectos transnacionales del Derecho Administrativo de Venezuela.

1. *La declaratoria de alter ego por la Corte de Delaware en 2018*

El principio de inmunidad de jurisdicción permite, bajo ciertas condiciones, el enjuiciamiento de la empresa del Estado, pero siempre manteniendo la diferencia entre ésta y el Gobierno extranjero, en función a su distinta personalidad jurídica. Esa diferencia cede, sin embargo, en el caso del alter ego, tesis cuyo contenido fue delimitado en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 17 de junio de 1983, recaída en el caso conocido como *Bancec*. En esa sentencia se consideró que la FSIA no modifica el régimen jurídico aplicable a las obligaciones de empresas de Gobiernos extranjeros. Estas obligaciones se rigen por el Derecho Común, y en concreto, por el régimen jurídico que aplica a la relación entre el accionista y la sociedad, en especial, la empresa del Estado³⁴. En otros términos, la empresa del Estado no es responsable por obligaciones imputables al Gobierno extranjero, o sea, la Administración Pública Nacional Central.

Sin embargo, la Corte Suprema observó que reconocer la personalidad jurídica separada de la empresa pública -en este caso, el Banco para el Comercio Exterior de Cuba, Bancec- permitiría al Gobierno de Cuba beneficiarse injustamente eludiendo la indemnización expropiatoria debida, tomando en cuenta, además, que esa indemnización responde a la aplicación del Derecho Internacional. Por ello, la Corte consideró que la personalidad jurídica separada de la empresa del Estado podía desconocerse, para hacer valer obligaciones imputables al Gobierno extranjero en contra de activos de esa empresa.

La Corte Suprema no fijó condiciones cerradas para determinar los casos en los cuales la separación jurídica y patrimonial entre la instrumentalidad y el Gobierno extranjero puede desconocerse, declarando que ésta es un alter ego de aquél:

“Nuestra decisión de hoy no anuncia ninguna fórmula mecánica para determinar las circunstancias bajo las cuales debe ignorarse el estatus jurídico normalmente separado de una instrumentalidad gubernamental. Más bien, es el producto de la aplicación de principios reconocidos internacionalmente para evitar la injusticia que resultaría al permitir que un Estado extranjero obtenga los beneficios de nuestros tribunales evitando al mismo tiempo las obligaciones del Derecho Internacional”.

³³ Weidemaier, W. Mark C. “Sovereign Immunity and Sovereign Debt” en *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, no. 1, 2014, pp. 67 y ss.

³⁴ *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611

Las Cortes de Apelaciones desarrollaron este precedente, estableciendo cinco condiciones (conocidas como los *factores Bancec*) que debían cumplirse para declarar a la instrumentalidad como alter ego, y que fueron incluidas, a nivel federal, en la reforma de la FSIA aprobada en 2008. Posteriormente, en 2018, la Corte Suprema precisó estos factores en el caso *Rubin*³⁵. De manera tradicional, se evalúan cinco condiciones que ayudan a establecer la responsabilidad de la instrumentalidad por acciones u omisiones del Estado³⁶:

La *primera condición* es el nivel de control económico sobre la instrumentalidad por parte del Gobierno extranjero. No todo control, sin embargo, es suficiente, pues ha de tratarse de un control ejercido con tal intensidad que se genera una relación de agente-principal. Ese control económico fue especialmente analizado en *Rubin*, como más adelante aclaramos.

La *segunda condición* atiende a las ganancias de la instrumentalidad, que deben ser percibidas por el Gobierno extranjero.

Además, y en *tercer lugar*, se precisa analizar el grado bajo el cual los funcionarios del Gobierno administran la propiedad o controlan a la instrumentalidad en sus asuntos diarios. Esta última acotación se relaciona con la primera condición: el control debe ser tal, que la instrumentalidad pasa a estar subordinada en sus operaciones del día a día al Gobierno.

El *cuarto criterio* es si el Gobierno es el único beneficiario en interés de la propiedad de la instrumentalidad.

Por último, el *quinto criterio* pasa por determinar si reconocer la separación jurídica del patrimonio de la instrumentalidad daría derecho al Estado extranjero a beneficios en los tribunales de los Estados Unidos y al mismo tiempo evitaría sus obligaciones. Esto es, en qué medida el control podría beneficiar al Estado de manera contraria a la buena fe.

En 2017 Crystallex invocó esta tesis para sostener que, en su condición de deudor de la República -en virtud de la sentencia de la Corte del Distrito de Washington D.C., de 25 de marzo de 2017- tenía derecho a obtener medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc. propiedad de PDVSA. Para ello, alegó que el Gobierno de Venezuela había desconocido la autonomía de PDVSA, la cual pasó a ser un mero instrumento político de aquél. Por ende, el debate ante la Corte de Delaware se centró en la interpretación del Derecho Administrativo aplicable a PDVSA, en otro ejemplo de transnacionalidad.

Como explicamos, la República nunca se defendió en este caso. PDVSA, por su parte, centró sus defensas en defender su autonomía, para lo cual se valió del reporte de diversos expertos independientes. Crystallex, por su parte, negó que PDVSA fuese autónoma, presentando en este sentido -y entre otras pruebas- reportes preparados por expertos. En nuestra condición de profesor universitario, presentamos dos reportes, registradas en el caso el 14 de agosto y 2 de noviembre de 2017³⁷. La principal conclusión, en el párrafo 39 del primer reporte, es la siguiente:

“En resumen, el Gobierno ha aprobado varias leyes y decretos que obligan a PDVSA a alinearse con sus objetivos sociales y políticos. Del mismo modo, utiliza a PDVSA como una herramienta para lograr sus objetivos nacionales e internacionales. PDVSA, a su vez, debe seguir estas obligaciones que le impone el Gobierno”.

³⁵ *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S. Ct. 816, 823 (2018).

³⁶ 28 U.S.C. § 1610, literal g. Esta norma fija la regla para poder embargar la propiedad de un Estado extranjero y la propiedad de una agencia o instrumentalidad.

³⁷ Ambos reportes son públicos, y están registrados en las actuaciones n° 8 y 35 del expediente del caso, signado con el n° 1:17-mc-00151. El texto del primer reporte puede verse aquí: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10413_1.pdf

Esta conclusión es coincidente con los estudios que, desde la economía³⁸ y el Derecho³⁹, han identificado como una de las causas del colapso de la producción petrolera, la violación de la autonomía funcional de PDVSA. Todas las conclusiones que presentamos en estos reportes ya se habían avanzado antes⁴⁰, y han sido ampliadas en posteriores investigaciones⁴¹. Ciertamente, desde el punto de vista probatorio, no era especialmente complicado acreditar, que desde 2002, PDVSA dejó de ser una empresa con autonomía funcional, para pasar ser una mera dependencia al servicio del, así llamado, socialismo del siglo XXI⁴².

Por supuesto, la violación de la autonomía de PDVSA desde el Derecho Administrativo venezolano no implica necesariamente cumplir con las condiciones para declarar la tesis del alter ego, materia que no era del objeto de los reportes expertos presentados sino, básicamente, de la interpretación del Derecho de Estados Unidos por la Corte de Delaware. Precisamente, con base en las evidencias del Derecho Administrativo de Venezuela -de nuevo, visto sus efectos transnacionales- la Corte, en la ya citada sentencia de 9 de agosto de 2018, interpretó la figura del alter ego, a través de cuatro grandes principios.

Así, el *primer* principio que la Corte afirmó es que PDVSA es una instrumentalidad de Venezuela y que, por ende, debe presumirse que tiene personalidad jurídica propia. Pero aplicando el caso *Bancec*, la Corte concluyó que la presunción de separación jurídica cedía en uno de dos supuestos, a saber, cuando la instrumentalidad está extensamente controlada por su propietario, al punto que surge una relación de agente y principal; o cuando la personalidad jurídica separada deriva en un trato injusto. Al interpretar a ambas condiciones como alternativas, la Corte negó que el desconocimiento de la personalidad jurídica requiriese siempre de una actuación abusiva o fraudulenta. Basta, así, el control extenso para obviar la personalidad jurídica.

En *segundo* lugar, y tras analizar todas las pruebas del expediente, la Corte de Delaware concluyó que el Gobierno de Venezuela ejercía un control extensivo sobre PDVSA, en especial, pues el Gobierno ejerció, de manera repetida, el control sobre el día a día de las operaciones de PDVSA.

Este control extensivo, y en *tercer* lugar, fue determinado con base a diversos factores que interpretaron el Derecho Administrativo de Venezuela:

³⁸ Puede verse, en especial, a Espinasa, Ramón y Sucre, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, agosto de 2017, consultado en original, así como Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016. De Monaldi, véase también: *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry and Its Global Consequences*, The Atlantic Council, marzo de 2018, así como “El colapso de la industria petrolera venezolana y sus consecuencias globales”, en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019, 173 y ss.

³⁹ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, cit.

⁴⁰ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

⁴¹ Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit.

⁴² La ausencia de autonomía fue incluso reconocida por quienes sostuvieron la legalidad de tales políticas socialistas. *Vid.*: Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos*, Caracas, 2008, pp. 352 y ss.

Factor	Prueba
El Gobierno usa la propiedad de PDVSA como propias.	Se tomó en cuenta el uso de activos de PDVSA por el Gobierno de Venezuela, como aviones.
El Gobierno ignora la personalidad jurídica de PDVSA.	PDVSA, en prospectos de deuda, reconoce que obra a favor del Gobierno. El Gobierno ha considerado que PDVSA es parte de su estructura.
El Gobierno eliminó la autonomía de PDVSA al someterla al control político.	Diversos ministros han sido designados como directores de PDVSA, e incluso, el presidente de la empresa ha sido, regularmente, ministro del área del petróleo. En especial, el Presidente despide a empleados de PDVSA (en clara alusión a los despidos masivos acordados en 2002).
El Gobierno somete a PDVSA a controles para operaciones ordinarias.	Venezuela fija el precio de la gasolina y, además, obliga a PDVSA a vender crudo, en el marco de acuerdos internacionales, en especial, con China.
El Gobierno dicta políticas que obligan a PDVSA a actuar a su favor.	El Gobierno ha obligado a PDVSA a contribuir directamente con gastos públicos, en especial, a través de la relación con el FONDEN. También se consideraron acuerdos internacionales con Rusia y China.
Otros elementos de control	El Gobierno ha usado a PDVSA para adelantar políticas de expropiación

Cuadro n° 1. Factores de alter ego, según la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 9 de agosto de 2018

Desde el Derecho Administrativo de Venezuela, lo cierto es que estas evidencias no podían ser fácilmente desvirtuadas, visto el grado evidente con el cual la autonomía funcional de PDVSA fue violada. Por ello, quizás el principal argumento de defensa frente a esta sentencia, y apartando aspectos procesales y de fondo, es que la Corte consideró que no era necesario acreditar que el control extensivo respondía a un fraude o injusticia, al punto de negar que tal injusticia hubiese quedado probada en el caso concreto⁴³. Por ello, el único elemento que se consideró fue el control extenso sobre las operaciones del día a día de la estatal petrolera.

Como vimos, solo PDVSA apeló pues la República compareció. Y aun cuando PDVSA alegó que la Corte debió haber considerado el elemento de fraude como obligatorio, el centro de su defensa consistió en negar que el Gobierno ejerciese un control sobre el día a día. Esta apelación, como vimos, hasta marzo, estuvo bajo control del Gobierno de Maduro, con lo cual, fue éste el que introdujo la práctica totalidad de las defensas, sin que fuese posible para la junta administradora *ad-hoc* cambiar el rumbo de esa defensa.

⁴³ La sentencia negó que la violación de la autonomía de PDVSA hubiese tenido como propósito evitar el pago de la deuda a favor de la empresa demandante. A decir verdad, los hechos eran muy distintos a los que dieron lugar al caso *Bancec*: Venezuela nunca transfirió activos abusivamente a PDVSA para eludir el pago de sus obligaciones. El control de PDVSA respondió a razones políticas, no económicas.

El 29 de julio de 2019 la Corte de Apelaciones declaró sin lugar el recurso de apelación de PDVSA. Para ello, la Corte de Apelaciones consideró que las dos condiciones derivadas de *Bancec* son alternativas, y que por ende, el control extensivo resulta suficiente. Al mismo tiempo, recordó que no hay una fórmula mecánica para desvirtuar la personalidad jurídica y que, por el contrario, se precisa realizar un análisis integral. Citando el caso *Rubin*, la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito amplió los factores antes comentados, para incorporar al análisis el nivel de control económico ejercido sobre PDVSA.

Así, este análisis considera (i) el nivel de control económico por parte del Gobierno; (ii) si las ganancias de la entidad van al Gobierno; (iii) el grado en que los funcionarios del Gobierno manejan la entidad o de otra manera tienen algo que ver con sus asuntos comerciales diarios; (iv) si el Gobierno es el beneficiario real de las utilidades producidas por la sociedad; y (v) si mantener la identidad separada daría derecho al Estado extranjero a beneficios económicos en los tribunales de los Estados Unidos y al mismo tiempo evitaría sus obligaciones. Este control económico, en todo caso, y como se advirtió en *Bancec*, no responde a fórmulas mecánicas sino, más bien, a la interpretación general de la relación entre el Estado y su instrumentalidad. Asimismo, y como recordó el Tercer Circuito, el control económico debe responder a un control extensivo, y no a la supervisión que normalmente cabe esperar en este tipo de relaciones.

Partiendo de esta diferencia entre el control u ordinario, y el control extensivo, la Corte de Apelaciones apreció los siguientes factores económicos interpretando el Derecho Administrativo de Venezuela:

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	PDVSA, en prospectos de bonos, reconoció que sigue políticas económicas del Gobierno, en áreas no relacionadas con la industria petrolera. Incluso, el Gobierno controla la política de venta de petróleo, en especial, en el marco de acuerdos internacionales.
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	PDVSA paga tributos y otros conceptos al Gobierno.
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	El Gobierno, por medio de ministros, interviene en la administración de PDVSA, en especial, ante la coincidencia del presidente de la empresa y el ministro del área. También se apreció el control militar. Asimismo, el Gobierno controla la gestión de los empleados de la empresa.
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	A través de acuerdos internacionales de cooperación, el Gobierno extrae valor de PDVSA.
Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	Si la separación jurídica se mantiene, la República podría eludir el pago de sus obligaciones basadas en sentencias.

Cuadro n° 2. Factores económicos considerados por la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito.

El grado de control del Gobierno sobre PDVSA llevó al Tercer Circuito a concluir que “de hecho, si la relación entre Venezuela y PDVSA no puede satisfacer el requisito de control extensivo de la Corte Suprema, entonces, en ningún caso podría satisfacerse tal requisito”.

Fue esta sentencia, por cierto, una de las primeras decisiones que aceptaron que, debido al reconocimiento del presidente encargado, solo éste podía representar a Venezuela. De hecho, la República había invocado este reconocimiento para alegar un cambio de circunstancias que justificaba revisar la declaración de alter ego. Pero el Tercer Circuito negó que la declaratoria de alter ego solo pudiera declararse en función a las situaciones específicas de hecho del momento en el cual se dicta la medida de embargo, pues los factores debe pueden determinarse en función a una valoración integral. Empero, el Tercer Circuito reconoció que había elementos de hechos adicionales por considerar, pero remitió su valoración a la Corte de Delaware⁴⁴.

Precisamente, la Corte de Delaware volvió sobre este punto en sentencia de 14 de enero de 2021, en la cual respondió a las defensas presentadas por la República y PDVSA. En concreto, la Corte negó que el cambio de circunstancias fuese relevante, pues la medida de embargo dictada en 2018 no puede alterarse por hechos futuros. Pero al mismo tiempo, reconoció que ese cambio de circunstancias tenía implicaciones políticas que solo el Gobierno de Estados Unidos podía valorar, y que, de hecho, había ya valorado al dejar sentada su política según la cual, la OFAC no daría licencias para avanzar y ejecutar el embargo.

Tanto PDVSA como la República apelaron de esa decisión, pero la apelación fue desestimada por el Tercer Circuito el 18 de enero de 2022, al considerar que solo decisiones finales -y no interlocutorias- eran apelables. Esto es, que el Tercer Circuito reconoció que las objeciones formuladas por las partes de Venezuela podrán presentarse, una vez la Corte de Delaware tome una decisión final sobre todas esas objeciones al decidir sobre el embargo de las acciones de PDV Holding, Inc.

1. *Los cambios en la organización administrativa de PDVSA introducidos en el Estatuto de Transición y la opinión favorable del Gobierno de Estados Unidos sobre el restablecimiento de la autonomía de PDVSA en relación con Citgo*

Como el elemento principal empleado en 2018 para aplicar la tesis del alter ego fue el control extensivo sobre operaciones del día a día de PDVSA, el Estatuto de Transición dictado en 2019 restableció las reglas de gobernanza entre la Presidencia, PDVSA y PDV Holding, Inc. Esta regulación fue específicamente introducida para alegar que, desde el Estatuto, ya PDVSA no actuaba bajo el control extensivo del Gobierno, al menos, por lo que respecta a PDV Holding, Inc. El principal efecto de este cambio era impedir que la Corte declarara que, incluso después de 2018, PDVSA seguía siendo el alter ego de la República.

En efecto, tanto el Estatuto de Transición para regular la transición, como el Decreto n° 3 de organización de la junta administradora ad-hoc de PDVSA⁴⁵, prohibieron a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional incidir en las operaciones del día a día de la junta ad-hoc y de PFV Holding. Además, la relación entre PDVSA y Citgo fue reconducida a las reglas de gobernanza que definen el control accionario bajo el Derecho Mercantil.

⁴⁴ La República ejerció el recurso de revisión (*certiorari*) ante la Corte Suprema (expediente n° 19-1049), quien, sin embargo, el 18 de mayo de 2020, decidió no oírlo, a resultas de lo cual la sentencia de 9 de agosto de 2018 quedó firme

⁴⁵ Gaceta Legislativa n° 8, de 5 de junio de 2019.

Como Allan R. Brewer-Carías concluyó, estas reformas regulatorias -en el ámbito en el que ellas operaron- restablecieron la autonomía de PDVSA⁴⁶.

La principal norma es, en este sentido, el artículo 34 del Estatuto, en concreto, su literal c, que fijó dos reglas de gobernanza:

“a) La gestión autónoma del giro comercial de PDV Holding, Inc. y sus filiales responderá a criterios de eficiencia comercial, dejando a salvo los mecanismos de control y rendición de cuenta que ejerza la Asamblea Nacional en el marco de sus atribuciones, y los demás mecanismos de control aplicables.

b) PDV Holding, Inc. y sus filiales no tendrán relación alguna con quienes hoy usurpan la Presidencia de la República. Mientras persiste tal situación de usurpación, PDV Holding, Inc. y sus filiales no realizarán ningún pago o aporte patrimonial a PDVSA.”

El artículo 13 del Decreto n° 3 prohibió a las organizaciones regidas por el Estatuto adoptar decisiones que incidan en el “*giro comercial cotidiano de PDV Holding*”. En especial, se prohibió interferir políticamente en la gestión de PDV Holding y sus empresas filiales, ratificando la autonomía técnica de la junta administradora ad-hoc, al punto que el presidente encargado no podía designar y remover libremente a sus miembros, al ser necesario el control de la Asamblea (artículos 8 y 9).

La Oficina del Procurador Especial presentó un escrito en nombre de la República ante la Corte de Delaware, en una de las causas en las cuales se debatía la declaratoria de alter ego⁴⁷, explicando por qué, bajo el Estatuto, existían límites que impedían a la IV legislatura y a la junta ad-hoc ejercer el control sobre el día a día. En concreto, en el párrafo 21 se afirmó:

“En conclusión, mediante las reformas regulatorias introducidas por el Estatuto de Transición a la Democracia y el Decreto No. 3, la Asamblea Nacional y el Gobierno Interino han restablecido la autonomía funcional de PDVSA, PDV Holding, Inc. y sus filiales.

De conformidad con dichas reformas, la Asamblea Nacional y el Gobierno Interino no ejercen control político sobre PDVSA, ni controlan las operaciones cotidianas de PDV Holding, Inc. o sus filiales”.

El nuevo régimen jurídico-administrativo aplicable a la junta administradora ad-hoc quiso poner fin a los factores considerados por la Corte de Delaware y el Tercer Circuito, por supuesto, solo respecto a PDV Holding, Inc., que era el único activo bajo control de la junta ad-hoc. El resto de las operaciones de PDVSA se mantuvieron bajo el control de Maduro, quien avanzó en la politización de esa empresa, en especial, bajo el inconstitucional estado de excepción dictado en 2016 y las sucesivas reorganizaciones acordadas por decreto. Al amparo de la llamada Ley Anti-Bloqueo, además, la gestión de PDVSA se volvió todavía más opaca e ineficiente⁴⁸. Empero, en tanto el Gobierno de Maduro no era reconocido en Estados Unidos, estas acciones no debían tener efecto sobre el juicio en Delaware. Nacho.

⁴⁶ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit.

⁴⁷ Caso *Tidewater Investment SRL et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, expediente n° 1:19-mc-00079-LPS.

⁴⁸ Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit. Sobre la llamada Ley Anti-Bloqueo, *vid.* Brewer-Carías, Allan, “El último golpe al Estado de derecho: una “Ley Constitucional” “Antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco de secretismo y de inseguridad jurídica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 169-170, enero-junio 2022, Caracas 2022, pp. 235-252,

En su posición planteada el 16 de julio de 2020, el Gobierno de Estados Unidos reconoció que el Gobierno de Venezuela había restablecido la autonomía de PDVSA en su rol de accionista de PDV Holding, Inc. La República y PDVSA argumentaron que la estatal petrolera no podía seguir siendo considerada como el alter ego de la República, en especial, en las muchas demandas que fueron acumulándose ante la Corte, luego de que ésta, en sentencia de 12 de diciembre de 2019, decidiera que todo acreedor de la República que demandase medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding debía alegar y probar que PDVSA era el alter ego de la República.

Por supuesto, la autonomía funcional de PDVSA restablecida en el Estatuto no negó, ni habría podido hacerlo, los controles aplicables sobre esa empresa y, en especial, el control parlamentario. Así, el Derecho Constitucional de Venezuela somete a PDVSA a especiales controles visto su rol en la ejecución de políticas públicas petroleras. Estos controles abarcan, en especial, el control presupuestario, así como el control sobre los contratos de interés público suscritos por PDVSA. Además, y bajo la Ley Orgánica de la Administración Pública, la República ejerce tanto el control accionario como el control de tutela, en concreto, sobre la junta administradora. La autonomía funcional reconocida en el Estatuto impide a la República tomar decisiones de administración o gestión, pero no puede impedir ejercer controles ordinarios del Derecho Administrativo justificados por los principios de transparencia y rendición de cuenta. Desde los factores *Bancec* y *Rubin*, estos controles ordinarios no podían ser considerados como evidencia de alter ego, pues éste requiere algo más, a saber, un control extensivo⁴⁹.

III. LA NUEVA INTERPRETACIÓN ADOPTADA POR LA CORTE DE DELAWARE EN 2023 Y LOS RIESGOS SOBRE EL PATRIMONIO DE PDVSA

Entre 2019 y 2023, el juicio de embargo de las acciones de PDV Holding no avanzó de manera significativa, pues la política de sanciones impedía adelantar y ejecutar el proceso de venta de las acciones, con base en la medida de embargo dictada en 2018 y que, como ya explicamos, quedó firme. Además, la República, PDVSA y PDV Holding ejercieron plenamente sus defensas, dilatando el juicio. Ciertamente, la Corte tomó ciertas medidas preparatorias, incluyendo la designación de un auxiliar para conducir el proceso de venta, el Síndico Procurador (*Special Master* en inglés). Este proceso de venta solo versaba sobre la única medida de embargo existente, dictada en 2018, pues la Corte todavía conocía de diversas demandas de acreedores de PDVSA, pero en especial, de la República, que solicitaron también medidas de embargo.

Tal y como explicamos en la sección anterior, la República, bajo la representación ejercida por las organizaciones sometidas al Estatuto de Transición, no podía negociar con los acreedores para el reconocimiento y pago de su deuda, pues carecía de capacidad financiera. Pero al mismo tiempo, la transición política que el Estatuto anticipó, nunca se alcanzó, lo que inevitablemente, fue agotando las defensas de Venezuela en el juicio y, al mismo tiempo, agotando la tolerancia de la Corte frente a esas defensas. En realidad, Venezuela -más allá de la discusión sobre su representación- estaba en incumplimiento de sus obligaciones desde hacía ya demasiado tiempo. Con lo cual, el principio -al cual nos referimos antes- según el cual los Gobiernos deben honrar sus obligaciones y cumplir con las sentencias de las cortes federales, cada vez fue colocando a Venezuela en la posición del deudor que se escuda tras su soberanía para burlar sus obligaciones.

⁴⁹ Sobre los controles jurídicos sobre PDVSA en el marco del Derecho Administrativo, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 303 y ss.

Fue sin duda este elemento el que más influyó en las decisiones que, durante 2023, aceleraron drásticamente los juicios pendientes en la Corte. De esa manera, el Gobierno de Estados Unidos decidió cambiar su política y, ahora, colaborar con el proceso de embargo, otorgándole a la Corte una licencia para emitir embargos. La Corte, por su parte, y tras retrasar el juicio por tres años, optó por avanzar y así, considerar que a pesar de los cambios introducidos en el Estatuto, PDVSA seguía siendo el alter ego de la República. Para llegar a esta conclusión, la Corte se apartó de sus propios precedentes para adoptar una interpretación flexible de los factores de *Bancec* y *Rubin*. En nuestra opinión, tal afirmación fue resultado de la que es la conclusión más importante afirmada por la Corte: Venezuela, más allá de la organización política que la represente, no puede eludir el cumplimiento de las sentencias dictadas por las cortes de Estados Unidos.

1. *El cambio de política de Estados Unidos y la nueva interpretación adoptada por la Corte de Distrito sobre los factores del alter ego*

El 7 de abril de 2023 el Departamento de Justicia envió una comunicación al Síndico Procurador designado por la Corte para conducir el embargo, indicándole que el Gobierno de Estados Unidos había cambiado su política para considerar que la protección de Citgo no era, ya, un objetivo estratégico, y que, por lo tanto, no se opondría al avance del proceso de venta. Tan es así que la OFAC revocó la interpretación fijada en 2019 e incluso, otorgó una licencia a la Corte para emitir embargos. La única limitación que se mantuvo en pie fue que, al ser las acciones de PDV Holding propiedades bloqueadas, sería necesario una autorización de la OFAC para ejecutar la venta. Pero la OFAC anticipó que evaluaría la licencia de manera favorable. Esto es, que en 2023 el Gobierno de Estados Unidos decidió colaborar con la Corte de Delaware en la ejecución del embargo.

Este cambio es contradictorio con el apoyo que el Gobierno de Estados Unidos ha dado al proceso de transición democrática en Venezuela. La contradicción es todavía mayor si recordamos cómo la OFAC ha flexibilizado la política de sanciones, permitiendo a PDVSA -bajo el control de Maduro- percibir nuevos ingresos fiscales, pero Maduro ha quedado liberado de la carga de atender los reclamos de la deuda. Esa carga recae sobre la IV legislatura, quien no tiene capacidad financiera para atender los reclamos. El efecto acumulado del cambio de política para reducir el nivel de protección de Citgo y la flexibilización de las sanciones, limitó más todavía la capacidad de la IV legislatura de atender los reclamos pendientes⁵⁰.

La Corte de Delaware procedió a decidir los casos que estaban pendientes, y fue así como en sentencia el 23 de marzo de 2023, que declaró que PDVSA seguía siendo el alter ego de la República, desechando -y en muchos casos, simplemente ignorando- las pruebas presentadas por la República y PDVSA. Otro detalle es que la Corte optó por no emitir medidas de embargo, sino dictar una figura -inexistente- de embargo condicionado⁵¹.

La sentencia de 23 de marzo de 2023 modificó la interpretación de los factores *Bancec* y *Rubin*, en el sentido que consideró como prueba del control extensivo, controles ordinarios basados en normas constitucionales o legales. Pero además, y lo que resultó mucho más grave, la Corte también consideró el grado de control ejercido por el Gobierno de Nicolás Maduro sobre PDVSA fuera de Estados Unidos. Este fue el elemento determinante, pues lo cierto es que la estrategia adoptada la IV legislatura no hubiese podido evitar la aplicación de

⁵⁰ Esta capacidad se había mermado luego de la reforma del Estatuto de Transición aprobada finalmente en 2023, y en la cual, en violación a la Constitución, se eliminó el cargo del presidente encargado y la oficina del procurador especial. Véase, sobre ello, a Brewer-Carias, Allan, *Comentarios constitucionales sobre una transición democrática que no fue 2019-2023*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 383 y ss.

⁵¹ Esta sentencia ha servido para dictar otras órdenes de embargo.

la tesis del alter ego, visto el uso evidentemente político que el Gobierno de Maduro continúa haciendo de PDVSA⁵².

En tal sentido, analizaremos, por separado, las evidencias que consideraron tanto el control ejercido por el -así llamado- Gobierno de Guaidó como por el Gobierno de Maduro⁵³.

Así, la Corte, esta vez, clasificó a los factores de acuerdo con la metodología de la sentencia del Tercer Circuito de 2019. Este fue el resultado del análisis del “Gobierno de Guaidó”:

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	El Gobierno controla a PDVSA en virtud de la Constitución, en especial, de sus artículos 12, 302 y 303, así como el artículo 34 del Estatuto de Transición. Asimismo, se consideró que el Gobierno de Estados Unidos dio a la oposición el control sobre cuentas bancarias de PDVSA, las cuales han sido usados para financiar su actividad y la actividad de la IV legislatura. Además, el Gobierno ha ofrecido tratar a las obligaciones de la República igual que las de PDVSA. También fueron considerados actos de control parlamentario sobre operaciones de endeudamiento.
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	La República es el único accionista.
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	El Estatuto de Transición permite al presidente encargado designar a la junta administradora ad-hoc, quien, en consecuencia, ejerce el control sobre PDVSA, bajo los lineamientos del Gobierno. Además, la IV legislatura controla la designación de los miembros de la junta.
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	El Gobierno ha declarado como política la protección de Citgo.
Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	La separación jurídica permitiría a la República obviar sus obligaciones.

Cuadro n° 3. Factores atribuidos al “Gobierno de Guaidó” en la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 21 de marzo de 2023

⁵² Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit.

⁵³ Cabe aclarar que la Corte alude, en términos generales, al “Gobierno de Guaidó”, para aludir, en realidad, a la IV asamblea y los organismos administrativos creados bajo el Estatuto. En realidad, lo cierto es que cuando esa sentencia fue dictada, ya no existía el “Gobierno de Guaidó”, pues la figura del presidente encargado fue eliminada en la reforma del Estatuto de 2023. Vid.: Hernández G., José Ignacio, “La inconstitucional supresión del título de presidente encargado y la creación del gobierno interino parlamentario”, en Aguiar, Asdrúbal y Brewer-Carías, Allan, *El final del encargado de la presidencia y el gobierno parlamentario en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana-IDEA, Caracas, 2023, pp. 103 y ss.

Estos mismos factores se emplearon al clasificar la evidencia atribuible al Gobierno de Maduro:

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	El Gobierno controla operaciones comerciales de PDVSA.
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	La República es el único accionista.
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	El Gobierno militarizó la gestión de PDVSA e hizo designaciones basadas en motivos políticos. El ministro del área ha actuado en nombre de PDVSA.
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	El Gobierno obliga a PDVSA a financiar gastos del Estado. Además, usa activos de PDVSA como aviones, y compromete importaciones a Cuba.
Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	La separación jurídica permitiría a la República obviar sus obligaciones

Cuadro n° 4. Factores atribuidos al “Gobierno de Maduro” en la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 21 de marzo de 2023

Además del error de haber considerado las actuaciones del Gobierno de Maduro, pues no es el Gobierno reconocido en Estados Unidos, resalta la distorsión de los factores sobre el control extensivo. De entrada, no es racional afirmar que el “Gobierno de Guaidó” controló a PDVSA igual que el Gobierno de Maduro, cuando lo cierto es que las autoridades regidas por el Estatuto de Transición jamás pudieron controlar las operaciones de PDVSA. Mientras que el Gobierno de Maduro, por ejemplo, usaba empleados, aviones y oficinas de PDVSA, el presidente encargado no podía, en los hechos, llevar a cabo ninguna de esas acciones, pues la junta administradora ad-hoc jamás tuvo ni empleados, ni aviones ni oficinas. Para la Corte, el Gobierno de Maduro tuvo injerencia en las operaciones comerciales de PDVSA, incluyendo exportaciones, pero lo cierto es que la junta administradora ad-hoc nunca controló ninguna operación comercial. De hecho, sus dos únicos roles fueron la representación legal de PDVSA y el ejercicio de los derechos de accionista de PDV Holding, Inc. Asimismo, mientras que Maduro militarizó a PDVSA, el presidente encargado jamás tuvo control efectivo sobre la fuerza armada. Es por ello un error factual comparar a estas dos organizaciones en tanto a su grado de control, pues se ignora que las autoridades amparadas por el Estatuto no ejercieron el control territorial.

De otro lado, hay hechos que fueron claramente falseados, como la afirmación según la cual el Gobierno de Estados Unidos cedió el control sobre las cuentas de PDVSA en Estados Unidos, lo que nunca sucedió. También es falso, por ello, que PDVSA, bajo control de la junta ad-hoc, haya financiado gastos de la República: en realidad, esos gastos fueron financiados con recursos de la República, cedidos en calidad de préstamo por la junta administradora ad-hoc del Banco Central, de acuerdo con las cuentas mantenidas en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York⁵⁴.

⁵⁴ Véase la información en: <https://www.bcvadhoc.com/>

Un especial ejemplo lo encontramos en el párrafo 85 de la sentencia, en el cual la Corte consideró que los lineamientos para la renegociación de la deuda publicados en julio de 2019 por la Oficina del Procurador Especial habían comprometido a PDVSA al obligar equiparar la deuda de ésta con la deuda de la República. Pero tal es una aseveración falsa, pues esos lineamientos, como en su momento explicamos, fueron antes que nada una propuesta y no una decisión obligatoria o vinculante para PDVSA. Con criterios técnicos -pues los lineamientos fueron elaborados con asesoría de expertos económicos y legales- se acotó que no se daría trato preferente a ningún acreedor, ni por el título de su deuda ni por la naturaleza del acreedor. Con ello se quiso salvaguardar el trato equitativo, cerrando la puerta para negociaciones individuales. Pero ello, por supuesto, no prejudgó, ni podría haberlo hecho, en las condiciones financieras de cada título, ni mucho menos se decidió dar, a los acreedores de PDVSA, el mismo trato financiero que a acreedores de la República⁵⁵.

Pero quizás el error más importante de esta decisión es que confundió el control extensivo con controles ordinarios. En especial, al analizar los hechos imputables al “Gobierno de Guaidó”, la Corte consideró como evidencia de los factores, controles constitucionales y legales sobre PDVSA, así como el ejercicio del control parlamentario por la Asamblea, y el ejercicio de controles administrativos. Sin embargo, como vimos, no todo control es suficiente para declarar el alter ego, y de allí la necesidad de diferenciar entre los controles ordinarios y los extensivos. PDVSA, como toda empresa del Estado y, en especial, como una empresa extractiva, debe obrar en el marco de controles derivados de la separación de poderes, como el control presupuestario. Para la Corte, en una evidente distorsión de los factores de *Rubin*, esos controles ordinarios son evidencia de un control sobre operaciones del día a día. De hecho, de las 42 evidencias -muchas de esas repetidas- que la Corte analizó el considerar el control del “Gobierno de Guaidó”, 12 responden a normas constitucionales y estatutarias, y 16 -el mayor número- es atribuible al control parlamentario ejercido por la Asamblea Nacional.

1. *La revisión del Tercer Circuito y la corrección de algunas de las conclusiones de la Corte de Distrito. Los nuevos factores de alter ego y el riesgo a las empresas públicas*

Tanto la República como PDVSA apelaron ante el Tercer Circuito, el cual suspendió la ejecución de las sentencias hasta que decidiera la apelación, la cual fue declarada sin lugar el 7 de julio de 2023. A diferencia de la sentencia apelada, esta decisión expone con mayor detalle diversos argumentos jurídicos que conviene repasar.

El Tercer Circuito consideró si la Corte de Delaware había respetado la inmunidad derivada de la FSIA, al declarar que PDVSA es el alter ego de la República, pues bajo esa Ley, lo cierto es que PDVSA y la República -como partes de un Gobierno extranjero- deben presumirse que actúan con personalidad jurídica separada. Tomando en cuenta los factores de *Bancec* y *Rubin*, la Corte recordó que no hay una fórmula mecánica para declarar el alter ego y que, por el contrario, es preciso determinar el contexto, tomando en cuenta, por analogía, la figura del levantamiento del velo corporativo en el Derecho Comercial.

Luego de estas reflexiones, el Tercer Circuito, citando a *Bancec*, aclaró que cambios de circunstancias políticas son irrelevantes, pues lo importante era examinar la conducta del Gobierno extranjero, y no de quién lo represente. Por ello, se desestimó cualquier diferencia entre el Gobierno de Maduro y las autoridades reguladas por el Estatuto, pues ambas fueron consideradas como parte del Gobierno de Venezuela. Venezuela, como ente soberano, es uno solo, y por ende, no es jurídicamente relevante diferenciar el cambio de representación operado en enero de 2019.

⁵⁵ El texto de los lineamientos puede consultarse en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 485 y ss.

Esta conclusión impidió que todos los cambios derivados del Estatuto de Transición fuesen considerados, en el sentido que el reconocimiento del presidente encargado y la actuación de las autoridades administrativas reguladas por el Estatuto, resultaron jurídicamente irrelevantes. Tanto más, bajo esta interpretación, la soberanía del Estado venezolano es una sola, al margen del Gobierno que actúe, con lo cual, las acciones del Gobierno de Maduro siguen siendo relevantes para considerar los factores de *Bancec* y *Rubin*. Por ello, al margen de las posibles acciones y omisiones de la IV legislatura y las autoridades administrativas regidas por el Estatuto, las acciones y omisiones de Maduro hubiesen sido suficientes para declarar a PDVSA como alter ego de la República en 2023.

A partir de allí, el Tercer Circuito abordó el “cuándo” de la declaratoria de alter ego. Como explicamos, la estrategia de defensa judicial de 2019 se basó en el argumento según el cual todo vínculo entre PDVSA y el Gobierno de Maduro había quedado roto y, con ello, todos los elementos considerados en 2018 para declarar a PDVSA como el alter ego ya no podían ser evaluados. Este cambio de circunstancias debía llevar a negar las nuevas demandas por alter ego presentadas en el 2020. Sin embargo, como también indicamos, el Tercer Circuito, en su sentencia de 29 de julio de 2019, y de manera más bien parca, se limitó a señalar que las evidencias para aplicar estos factores debían valorarse de manera general, y no limitadas a un momento dado.

Al volver sobre este tema, la Corte de Apelaciones amplió sus consideraciones. Así, negó que los factores de alter ego pudiesen quedar determinados por un elemento temporal, en tanto ello arbitrariamente daría paso a manipulaciones. Con ello, la Corte rechazó la dos tesis que las partes habían expuesto. Mientras que Venezuela sostiene que esos factores solo pueden evaluarse al momento de presentar la demanda, los acreedores afirman que el momento relevante es cuándo se ocasionó el daño. La conclusión de la Corte de Apelaciones es que las evidencias para acreditar los factores deben evaluarse de manera integral hasta el momento en que se notifica la medida de embargo:

“Seguimos el precedente de la Corte Suprema basado en la “aplicación de principios equitativos internacionalmente reconocidos para evitar la injusticia que resultaría de permitir que un Estado extranjero se beneficie de nuestros tribunales mientras elude las obligaciones del derecho internacional” (...) Y concluimos que la investigación del alter ego debe considerar todos los hechos relevantes hasta el momento de la notificación de la orden de embargo” (paréntesis agregado).

A pesar de que hay muchas lagunas en este razonamiento, el principio afirmado es muy claro: el Gobierno extranjero -Venezuela, en este caso- no puede revertir los elementos que llevaron al control extensivo de la instrumentalidad, pues ello ocasionaría un trato injusto. Conviene extraer dos conclusiones de esa afirmación.

La *primera conclusión* es que el Gobierno de Venezuela reconocido en Estados Unidos desde el 23 de enero de 2019, no hubiese podido cambiar los elementos que llevaron a declarar el alter ego, tal y como intentó con las nuevas reglas de gobernanza adoptadas para PDVSA y PDV Holding, Inc. Luego, el extensivo control político del Gobierno de Maduro sobre PDVSA es, en sí mismo, un elemento de suficiente peso como para declarar el alter ego.

La *segunda conclusión* es que esta conclusión se asumió en función a servir a un valor superior, cual es evitar un trato injusto a los acreedores. Así, de haber prosperado las defensas presentadas desde 2019, los acreedores de la República, basados en sentencias firmes, hubiesen quedado desprotegidos, visto que la República no ha cumplido con esas sentencias. Pudiera inferirse, por ello, que si la República no hubiese estado en incumplimiento reiterado de sus obligaciones desde el 2017, la Corte de Apelaciones hubiese concluido que no hay razones de justicia para evaluar el cambio en los controles ejercidos sobre PDVSA.

Luego de llegar a esta conclusión, en realidad, el Tercer Circuito ya había desestimado la apelación, pues es irrelevante considerar los cambios introducidos en la gobernanza de PDVSA y PDV Holding, Inc. luego de 2019. Por ello, la Corte analizó los factores considerando la totalidad del control que Venezuela, como soberano, ejerce sobre PDVSA, para concluir que claramente PDVSA es el alter ego de aquélla. Con esta afirmación, el Tercer Circuito cambió la metodología empleada por la Corte de Delaware, pues no diferenció entre el Gobierno de Maduro y el “Gobierno de Guaidó”, sino que analizó, comprensivamente, la relación entre Venezuela y PDVSA, distinguiendo evidencias tanto en Estados Unidos como fuera.

Veamos cuáles fueron las evidencias tomadas en cuenta para cada uno de los factores.

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	<p>Venezuela ejerce control económico significativo sobre PDVSA de acuerdo con los artículos 12, 302 y 303 de la Constitución. Para ello, consideró dos grupos de evidencias:</p> <p>El Gobierno de Maduro ha ordenado mover filiales de PDVSA y ha militarizado a la empresa.</p> <p>El “Gobierno de Guaidó” mantiene control de las cuentas bancarias de PDVSA, y ha actuado en nombre de esa empresa.</p>
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	<p>La República es el único accionista, y como tal, recibe ingresos de PDVSA.</p>
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	<p>El Gobierno es quien controla la gestión de recursos humanos. Dos grupos de evidencias fueron considerados:</p> <p>El Gobierno de Maduro decide sobre la gestión de personal y la administración de PDVSA, incluyendo la designación de militares. Asimismo, controla a la empresa con fines políticos.</p> <p>El “Gobierno de Guaidó” designa y remueve a los directores de la junta administradora ad-hoc. Y la IV legislatura controla la gestión financiera de PDVSA.</p>
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	<p>PDVSA existe para el beneficio de Venezuela. Aquí, se consideraron dos grupos de evidencias:</p> <p>El Gobierno de Maduro ha usado a PDVSA para pagar gastos de la República, y le cedió a la empresa derechos mineros. Además, el Gobierno obliga a PDVSA a vender petróleo en ciertas condiciones. Funcionarios de ese Gobierno han usado aviones de la empresa.</p> <p>El “Gobierno de Guaidó”, a través de la junta ad-hoc, ha asumido como política la protección de Cítgo.</p>

Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	Venezuela y PDVSA se benefician del sistema de justicia si se mantiene la separación jurídica, pues los acreedores quedarían desprotegidos.
---	---

Cuadro n° 5. Factores considerados en la sentencia de la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito de 7 de julio de 2023

Hay elementos de semejanza y diferencia con la aplicación de estos factores por la Corte de Delaware. Así, puede observarse que en ambos casos, se consideraron como evidencia, controles que no solo no son extraordinarios, sino que además, son inevitables en empresas como PDVSA. Así, toda empresa pública, pero en especial, toda empresa nacional petrolera, tiene por único accionista a la República -o el nivel que corresponda en la Administración Pública Nacional Central-. Y como toda sociedad mercantil, la empresa pública paga dividendos a la República, con la importante acotación que, en el caso de la empresa pública petrolera, estos dividendos forman parte del llamado *govenment take*, o sea, el ingreso fiscal petrolero⁵⁶. En Estados que son, institucionalmente, Petro-Estados, este ingreso fiscal petrolero es fundamental.

Lo anterior explica por qué la Administración Pública Nacional Central controla a la empresa pública por medio de instrumentos de Derecho Administrativo -el control de tutela, por ejemplo- y además, por qué el Gobierno dicta las políticas petroleras en cuyo ámbito debe actuar la empresa pública⁵⁷. Tanto más, observamos, en los Estados que son miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo, pues el cumplimiento de las cuotas presupone un grado de control político. Tanto más, las empresas públicas petroleras deben someterse a controles para asegurar su gestión democrática y transparente, y en modo alguno esos controles pueden ser considerados indicio de un control extensivo⁵⁸.

El Tercer Circuito, al considerar elementos de control que no solo no son extensivos, sino que, además, son normales necesarios en toda empresa pública petrolera, y necesarios, además, en el marco de la democracia constitucional, se apartó de un principio rector derivado del precedente *Bancec*: no todo control sobre la instrumentalidad es un control extensivo. Pero debe advertirse que a pesar de que estas evidencias colocan en riesgo a toda empresa pública, en especial, en el sector petrolero, el Tercer Circuito aclaró que no es necesario demostrar el control absoluto sobre operaciones del día a día, y que por el contrario, es necesario analizar todos los elementos. Luego, estos controles ordinarios, en otro contexto institucional, pudiesen resultar insuficientes para demostrar el alter ego.

⁵⁶ Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 49 y ss.

⁵⁷ El Petro-Estado describe a aquellos Estados en los cuales el Poder Ejecutivo es propietario del subsuelo, explota en monopolio el petróleo y obtiene ingresos fiscales petroleros de los cuales depende, y que se diferencian entre dividendos, regalías e impuestos. Venezuela es -o al menos, era hasta el colapso de la industria- un Petro-Estado, todo lo cual explica los controles sobre PDVSA. Vid.: Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit. De hecho, como explica Brewer-Carías, PDVSA nunca fue diseñada para ser un ente independiente del Estado de Venezuela. Vid.: *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit., pp. 303 y ss.

⁵⁸ En el Derecho Administrativo de Venezuela, PDVSA, como toda empresa pública, se somete a controles -el control de tutela y accionarial- que aseguran su sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, y a principios como la transparencia y la rendición de cuentas. Vid. Caballero Ortíz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 53 y ss.

La principal diferencia con la sentencia de la Corte de Distrito es que el Tercer Circuito sí consideró que el “Gobierno de Guaidó” no estaba en las mismas condiciones que el Gobierno de Maduro:

“Es cierto que el Gobierno de Guaidó ha alentado a la Junta Ad Hoc de PDVSA a volverse más independiente, pero dado el continuo control extremo del gobierno de Maduro sobre PDVSA en Venezuela y en el exterior, y el control sustancial del gobierno de Guaidó sobre las operaciones estadounidenses de PDVSA, los hechos revelan el importante control económico que tiene Venezuela sobre PDVSA a través de ambos gobiernos rivales”.

Ese “control sustancial” en Estados Unidos, en realidad, derivó de las normas constitucionales y estatutarias que rigen a la junta administradora ad-hoc. Así, en modo alguno puede ser elemento de evidencia del control extensivo, que los miembros de la junta administradora son designados por el presidente encargado, pues todos los administradores son siempre designados por su accionista, que en este caso es la República, actuando a través de la Administración Pública Nacional Central. De otro lado, no se tomó en cuenta que, a diferencia del régimen ordinario de designación de los administradores de PDVSA, la designación y remoción de los miembros de la junta administradora se sometió al control de la Asamblea para reforzar su autonomía, siguiendo así el régimen de designación de los directores del Banco Central de Venezuela⁵⁹. El presidente encargado nunca tuvo el poder discrecional de designar y remover a los miembros de la junta administradora, a diferencia de lo que sucede en la práctica en el régimen ordinario de PDVSA.

Asimismo, el Tercer Circuito reconoció que el “Gobierno de Guaidó” no ha tomado similares acciones a las emprendidas por el Gobierno de Maduro para beneficiarse de PDVSA:

“El Gobierno de Guaidó no ha tomado medidas idénticas, pero sigue considerando a PDVSA como clave para avanzar en sus objetivos políticos. El Tribunal de Distrito de Delaware determinó que la Junta Ad Hoc de PDVSA describió repetidamente su misión como la de salvaguardar sus activos para el país de Venezuela, y que “el Sr. Guaidó y su gobierno caracterizan regularmente a PDVSA y sus activos relacionados, como CITGO, como activos del Estado” (...) Como señala Venezuela, las declaraciones del Gobierno de Guaidó en el Estatuto de Transición a la Democracia y el Decreto Presidencial No. 3 han alentado a PDVSA a actuar económicamente en lugar de “en nombre del gobierno a sus propias expensas” (paréntesis añadido).

Esta afirmación rectificó las falsas afirmaciones de la Corte de Delaware, que equiparó, sin más, a la IV legislatura y las organizaciones administrativas amparadas en el Estatuto con el Gobierno de Maduro, cuando lo cierto es que esas organizaciones no pudieron, por razones fácticas, disponer de todos activos de PDVSA, los cuales se mantienen, en su vasta mayoría, en control del Gobierno de Maduro. El único activo controlado fue Citgo, pero ese control no fue extensivo, sino que derivó del control accionarial ordinario ejercido sobre PDVSA y PDV Holding, Inc., respectivamente. Y, por otro lado -esto tampoco fue considerado- la junta administradora ad-hoc no podía disponer de los activos de Citgo, al ser propiedades bloqueadas por la regulación de las sanciones.

Por ello, como bien reconoció el Tercer Circuito, el “*Gobierno de Guaidó no ha tomado medidas idénticas*”, y además, las declaraciones del Gobierno de Guaidó en el Estatuto de Transición a la Democracia y el Decreto Presidencial No. 3 han alentado a PDVSA a actuar económicamente en lugar de “*en nombre del gobierno a sus propias expensas*”.

⁵⁹ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, cit., pp. 222 y ss.

Pese a ello, sin embargo, y de manera errada, se consideró como prueba de control extensivo el que la junta administradora ad-hoc afirmara que su misión es “*la de salvaguardar sus activos para el país de Venezuela*”, y que “*el Sr. Guaidó y su gobierno caracterizan regularmente a PDVSA y sus activos relacionados, como CITGO, como activos del Estado*”. Dos apreciaciones cabe formular al respecto, desde el Derecho Público de Venezuela.

La *primera* es que esa misión de la junta administradora no fue definida por ésta, sino que deriva directamente del Estatuto, cuyo artículo 15 fijó como uno de sus objetivos, resguardar los activos del Estado, siendo ese el principal objetivo de las juntas administradoras según el literal a) de ese artículo. El resguardo de esos activos es, en realidad, un mandato que deviene del deber de diligencia frente al patrimonio público.

La *segunda* acotación es que no es prueba de control extensivo afirmar que Citgo es propiedad del Estado, pues en efecto lo es⁶⁰. La expresión “Estado” es empleada en el artículo 15 del Estatuto, para comprender en general a todo el sector público⁶¹. Esta expresión arropa, así, a diversas personas jurídicas que forman parte de ese sector, y que incluyen no solo a la República y a PDVSA, sino también a PDV Holding, Inc. En efecto, esta empresa es una filial directa de PDVSA, con lo cual, sus acciones son parte del patrimonio de PDVSA sometido a la Ley contra la Corrupción⁶². Luego, afirmar que PDV Holding, Inc., es parte del Estado, debe ser interpretado desde el contexto del régimen de control sobre el patrimonio público, y que es un control ordinario, no extraordinario o extensivo.

En contra de la sentencia dictada por el Tercer Circuito el 7 de julio de 2023, la República formuló petición de revisión (*certiorari*) ante la Corte Suprema⁶³. En esta oportunidad, la Corte Suprema decidió abrir una incidencia para determinar si admitía o no el recurso, pero decidió no admitirlo, el 8 de enero de 2024. Como se sabe, el recurso de revisión es gracioso, con la cual la Corte Suprema solo toma casos que considere de trascendencia en su condición de máximo y último interprete del ordenamiento jurídico. Probablemente la Corte Suprema apreció que esta disputa no era de interés a los fines de marcar un precedente, a pesar de que este caso, como hemos explicado, envuelve importantes aspectos relacionados con la FSIA. Tampoco contribuyó el hecho de que el Gobierno de Estados Unidos no haya apoyado, con un escrito, la admisión del recurso, lo que hubiese permitido aclarar aspectos importantes en el ámbito de las inmunidades de Estados extranjeros. Pero como vimos, ese Gobierno optó por no interferir en el proceso.

2. *Recapitulación: de un embargo a un confuso proceso concursal*

Este caso, como aclaramos, comenzó con la petición de un acreedor de solicitar medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc. Hasta el 2023, y salvo las muchas actuaciones realizadas por la Corte de Delaware y el Síndico Procurador, el caso no avanzó sustancialmente, pues en virtud de la política de sanciones adoptada en 2019, no era posible emitir, notificar y mucho menos ejecutar medidas de embargo. Pero luego del cambio de política, anunciado el 7 de abril de 2023, la Corte no solo avanzó en las peticiones pendientes, sino que, en la práctica, convirtió este juicio en una suerte de proceso concursal.

⁶⁰ Desconocemos si, en efecto, esta afirmación fue o no realizada. Nos limitamos al análisis de la sentencia, que basada en reportes expertos, concluyó que tal afirmación sí había sido efectuada.

⁶¹ Sobre el concepto de Estado en el Derecho Administrativo de Venezuela, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I.* Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 669 y ss.

⁶² Hernández G., José Ignacio, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, *cit.*

⁶³ Expediente n° 23-140.

Fue así como, en diversas decisiones⁶⁴, la Corte invitó a otros acreedores a registrar sus acreencias en contra de la República y PDVSA, creando un proceso especial, con siete pasos en el cual -quinto paso- la Corte emitiría una medida de embargo condicionado, hasta que finalmente el embargo fuese emitido y notificado. Esto permitió calificar a los acreedores adicionales que registraron sentencias a su favor ante la Corte, en contra de la República y PDVSA, pero dentro de los lapsos creados por la Corte⁶⁵.

El resultado de este activismo judicial, como no podía ser de otra manera, es un tremendo desorden procesal. Con sentencias que superan los 30.000 millones de dólares en condena dictadas por las cortes de Estados Unidos, el llamado público realizado por la Corte resultó en una larga petición de acreedores. Al final, y quizás consciente de su error, la Corte decidió limitar en el tiempo el registro de sentencias, a pesar de que, de nuevo, no existe ninguna norma procesal que fije ese lapso. De allí que algunos acreedores fueron acreditados, pero muchos otros fueron excluidos. El 1 de mayo de 2024, el Síndico Procurador presentó en resumen con el listado de acreedores registrados, cuyo contenido se resume en la tabla incluida en el anexo.

En total, el estimado de reclamaciones ajustado al 31 de diciembre de 2024, es 22.222.314.127,74 de dólares, de los cuales el 85% corresponde a acreedores de la República y que cuentan a su favor con una sentencia que declara el alter ego. Como resultado de ello, el producto del proceso de embargo de las acciones de PDVH Holding, Inc., no será suficiente para cubrir todas esas acreencias. Además, la Corte de Delaware fijó un orden de prioridades (18 en total) que no depende de cuánto el embargo fue notificado, sino del momento en el cual la Corte, a su arbitrio, decidió sobre la demanda. Por ello, este proceso se aparta del principio procesal del Derecho de Estados Unidos, según el cual, el acreedor que logra notificar primero el embargo tiene derecho al cobro íntegro de su acreencia. Pero aquí, el orden de prioridad no dependió de la notificación sino de la decisión discrecional de la Corte.

El resultado es un distorsionado proceso concursal, pues hay una suma de acreedores que intentan cobrar sus acreencias en contra de la prenda común, las acciones de PDV Holding, Inc. Es, sin embargo, un proceso distorsionado, pues no solo no se sigue el proceso de bancarrota -que hasta ahora, no ha sido aplicado por PDV Holding, Inc.- sino que además, los acreedores no cobrarán según el porcentaje de su crédito, sino en el orden discrecionalmente fijado por la Corte.

A ello se le debe agregar que, como anticipó el Síndico Procurador en audiencia celebrada el 17 de mayo de 2024, es posible que, del producto recaudado por la venta, se constituya una cuenta para asegurar el pago de los tenedores de los Bonos PDVSA 2020, cuya nulidad fue demandada ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York en 2019, en un juicio pendiente de decisión⁶⁶. Más allá de los reparos legales que esta solución pueda tener, lo cierto es que, como consecuencia, el monto a repartir entre los acreedores será mucho menor.

CONCLUSIONES

Hasta ahora, el Derecho Público de Venezuela no ha prestado mucha atención al régimen jurídico del contrato público de deuda externa, su incidencia con el Derecho Extranjero y, en especial, sus consecuencias en el marco de demandas ante cortes extranjeras en contra de la Administración Pública, por el incumplimiento de tales contratos. Pero el endeudamien-

⁶⁴ Por ejemplo, véanse las sentencias de 10 de mayo y 27 de julio de 2023, entre otras.

⁶⁵ Sentencia de 18 de enero de 2024.

⁶⁶ *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, "A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional" en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021, pp. 105 y ss.

to irresponsable promovido durante los Gobiernos de Chávez y Maduro, junto al incumplimiento desordenado de la deuda pública acordada unilateralmente por éste en 2017, se ha traducido en decenas de demandas ante cortes extranjeras.

En este estudio tan solo hemos analizado una de esas demandas, cuyas reclamaciones alcanzan, aproximadamente, el 11% del total de la deuda externa. Así, de la revisión del expediente en la demanda que conoce la Corte de Distrito de Delaware, y las incidencias conocidas por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito, surgen algunas conclusiones importantes desde la perspectiva del Derecho Público venezolano.

La *primera conclusión* es que, a resultas de las demandas conocidas por la Corte de Delaware, el Derecho Público venezolano ha sido aplicado extraterritorialmente, en especial, para decidir sobre la representación judicial de la República y PDVSA. Han sido así cortes de Estados Unidos las que han interpretado el Estatuto de Transición y otras normas constitucionales y legales, a los fines de acreditar la representación judicial y, además, precisar otros aspectos de las obligaciones en discusión.

En *segundo lugar*, como parte de esta aplicación extraterritorial, la invalidez del contrato de transacción por quien detenta el cargo de Procurador General de la República fue hecha valer por las autoridades administrativas reguladas en el Estatuto de Transición, a los fines de desconocer tal contrato, como luego lo ratificó la Asamblea Nacional. Aun cuando esta decisión no dio lugar a ningún debate en el proceso, lo cierto es que ella demuestra cómo la invalidez de actos y contratos bajo el Derecho Público de Venezuela es relevante ante cortes extranjeras.

La *tercera conclusión* es que el concepto de prerrogativas, propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, no es desconocido en el Derecho de Estados Unidos, de acuerdo con el principio de inmunidad de jurisdicción, actualmente regulado en la FSIA. PDVSA, pero especialmente la República, goza de inmunidad en Estados Unidos y además, se favorece de un régimen procesal especial. Sin embargo, hasta marzo de 2019, el Gobierno de Maduro no invocó esa inmunidad, pues decidió que la República no interviniese en el juicio. Esta estrategia, adversa a la protección de los intereses del Estado, fue revertida luego del reconocimiento del presidente encargado.

La *cuarta conclusión*, es que la deuda pública externa venezolana ha derivado en decenas de sentencias dictadas por cortes de Estados Unidos. Como resultado, los acreedores ya no invocan su condición jurídica original (por ejemplo, tenedores de bonos o inversionistas con laudos arbitrales a su favor), en tanto ellos son acreedores basados en sentencias y, como tal, tienen derecho a hacer cumplir esas sentencias ante el Poder Judicial de Estados Unidos. Precisamente, los casos conocidos por la Corte de Delaware se basan en la ejecución de sentencias, dictadas con ocasión a obligaciones contraídas antes de 2016.

En *quinto lugar*, de acuerdo con la FSIA, las cortes deben presumir que la República y PDVSA tienen personalidad diferenciada, salvo que, de acuerdo con los factores *Bancec* y *Rubin*, acreedores de la República demuestren que ésta ejerce un control extenso sobre PDVSA, de acuerdo con la valoración integral de las actuaciones del Estado de Venezuela hasta el momento en que el embargo es notificado. Bajo este criterio, en realidad, el llamado Gobierno Interino nada hubiese podido hacer para revertir las evidencias que, en 2018, llevaron a la Corte de Delaware a declarar, por vez primera, que PDVSA era el alter ego de la República. Además, como sea que el Gobierno de Maduro ha continuado con sus políticas predatorias sobre PDVSA, el control extensivo se hubiese declarado, al margen de las acciones adoptadas por las autoridades regidas por el Estatuto de Transición.

En todo caso, y en *sexto lugar*, la Corte de Delaware -y en menor medida, la Corte del Tercer Circuito- emplearon en 2023 una interpretación mucho más laxa de los factores *Bancec* y *Rubin*, para concluir que controles ordinarios sobre PDVSA, propios del Derecho Administrativo, constituyen evidencia de alter ego. Esto genera un riesgo importante para las empresas públicas, en especial, las empresas nacionales petroleras. En adición, la Corte de Delaware, en 2023, equiparó el control ejercido por el Gobierno de Maduro con el control derivado del Estatuto de Transición, afirmación que desconoció los hechos: la junta administradora ad-hoc nunca controló las operaciones de PDVSA, ni sus activos. Solo ha actuado como accionista de PDV Holding, Inc., además, en el marco de las restricciones impuestas por la regulación de las sanciones.

En consecuencia, de ello, y en *séptimo lugar*, el régimen jurídico de PDVSA de acuerdo con el Derecho Administrativo de Venezuela también tiene aplicación extraterritorial, pues la violación a la autonomía funcional de PDVSA, objeto de diversos estudios por la doctrina, fue el elemento determinante para la calificación de alter ego. Por ello, una de las muchas tareas pendientes en el rediseño del marco jurídico de los hidrocarburos, es restablecer la autonomía de PDVSA.

En *octavo lugar*, el proceso ante la Corte de Delaware comprobó que las llamadas sanciones, como actos administrativos que restringen operaciones de PDVSA dentro de la jurisdicción de Estados Unidos, tienen un efecto colateral de protección de los activos de ésta. Este efecto fue afirmado en la política del Gobierno de Estados Unidos adoptada entre 2019 y 2020, en la que se concluyó que, en virtud de esas restricciones, la Corte de Delaware no podía avanzar en la subasta sin una licencia de la OFAC, que ésta negó. Pero en 2023 el Gobierno cambió su política, para favorecer el proceso de venta, al punto que la OFAC emitió una licencia individual a la Corte. A partir de allí, el proceso se aceleró hasta degenerar en una suerte de proceso concursal.

Por último, y en *noveno lugar*, Venezuela se ha enfrentado, ante la Corte de Delaware, a una situación similar a la que, en la década anterior, se enfrentó Argentina ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York⁶⁷. Cuando un soberano reiteradamente incumple sentencias en el marco del incumplimiento (default) de su deuda, las cortes suelen tomar medidas excepcionales y, en cierto modo, drásticas, para evitar que los soberanos eludan su responsabilidad, incluso, a través de la FSIA. Si repasamos la lista de acreedores que esperan en la Corte de Delaware, podremos ver que la reclamación más antigua fue interpuesta en 2002. La reclamación basada en laudos arbitrales más antigua tiene ya diez años. Venezuela, desde hace más de una década, ha obviado el cumplimiento de sus obligaciones y rehusado al pago de su deuda. Hasta el 2019, esta actitud de contumacia fue mantenida por el Gobierno de Chávez y luego, el Gobierno de Maduro, quien desde el 2017 ha prometido una renegociación que, hoy, sigue esperando⁶⁸.

El llamado Gobierno Interino, que desde el 2019 representa a Venezuela en Estados Unidos, diseñó una estrategia para revertir las consecuencias adversas de la contumacia de Venezuela. Así, los lineamientos para la renegociación de la deuda -que nuevamente, no fueron vinculantes ni comprometieron a PDVSA- presentaron no solo las guías de cómo la deuda podría ser renegociada, sino que, lo más importante, reconoció tal deuda, rechazando cualquier idea de repudio, pero salvando las defensas basadas en la invalidez de ciertos títu-

⁶⁷ Makoff, Gregory, *Default. The Landmark Court Battle over Argentina's %100 Billion Debt Restructuring*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 2024, pp. 61 y ss.

⁶⁸ Véanse los principales datos sobre el default de la deuda de Venezuela en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, ciy., pp. 276 y ss.

los. En sus primeras actuaciones ante las cortes, Venezuela -bajo la representación ejercida en los términos del Estatuto- reiteró su disposición de renegociar la deuda, solicitó y obtuvo suspensiones parciales de juicios, y negoció con demandantes. Sin embargo, y como los lineamientos ratificaron, la renegociación de toda la deuda solo podía hacerse una vez se conformara un Gobierno legítimo, y las sanciones fuesen levantadas. El llamado Gobierno Interino no tenía, así, ni la capacidad financiera, ni el mandato constitucional y democrático de renegociar de la deuda. Su misión era más acotada, pero no por ello simple: ordenar los muchos litigios pendientes, exponer públicamente la voluntad de Venezuela de renegociar su deuda y diferir todos los riesgos inminentes sobre Citgo, lo que como vimos, se logró efectivamente a fines del 2019.

Pero la transición no se dio e inevitablemente, los reclamos se acumularon. En octubre de 2023, el Gobierno de Maduro y la Plataforma Unitaria, en Barbados, se comprometieron a proteger Citgo, pero esta promesa también ha sido incumplida por el Gobierno. En la práctica, se ha insistido en hacer cumplir la llamada *Ley para la Protección de los Activos, Derechos e Intereses de la República y sus Entidades en el Extranjero*, que más allá de normas retóricas, desconoce todo acto jurídico realizado por la IV legislatura y además, crea un registro de “sujetos infractores” (artículo 11), incluyendo a todo acreedor que negocie con las autoridades que, hasta el 5 de enero de 2025, son reconocidas como el Gobierno de Venezuela en Estados Unidos⁶⁹.

Frente a la Corte de Delaware, todos estos matices son irrelevantes. Uno de los muchos defectos del marco jurídico aplicable a los litigios de deuda externa es que, frente a cortes, estos litigios son, tan solo, procesos para hacer cumplir contratos u obligaciones sometidas al Derecho Constitucional de Estados Unidos. No es de extrañar que tanto la Corte del Distrito de Delaware como la Corte del Tercer Circuito, hayan insistido en reprochar el reiterado incumplimiento de las sentencias de los tribunales. Conviene citar los párrafos finales de la sentencia dictada por la Corte de Delaware el 31 de mayo de 2024:

“Este litigio ya se ha extendido a casi siete años. Fue precedido por más de cinco años de arbitraje. Las Partes de Venezuela han tenido innumerables oportunidades de cuestionar todas las decisiones de este Tribunal, y lo han hecho a menudo. Otras oportunidades para objetar, en particular la evaluación de la Corte de la recomendación final del Síndico Procurador sobre si aprobar o no una transacción (con los Bonos PDVSA 2020) están por venir. Las Partes de Venezuela también pueden valerse del acceso a la OFAC, y tal vez a otros formuladores de políticas, en sus continuos esfuerzos por evitar que esta Corte cumpla con sus responsabilidades judiciales.

Mientras tanto, sin embargo, la Corte procederá a continuar con el procedimiento de venta. Al hacerlo, esta Corte está actuando bajo una directiva de la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito. Ya en 2019, el Tercer Circuito le dijo al mundo –y, desde una perspectiva más provincial, instruyó a esta Corte– que “[c]ualquier resultado en el que no se pague a Crystallex significa que Venezuela ha eludido sus obligaciones” (...) Esta Corte, entonces, está obligada, por su papel en la jerarquía judicial, a tomar todas las medidas razonables y legales para evitar un resultado en el que Venezuela logre incumplir con sus obligaciones de pagar sus deudas” (paréntesis añadido).

Fue precisamente el reiterado incumplimiento a sus obligaciones lo que llevó, tanto a la Corte de Delaware como al Tercer Circuito, a inclinar la balanza a favor del alter ego. De no aplicarse esa tesis, Venezuela podría eludir el cumplimiento de obligaciones. Aquí, de nuevo, salta a vista las consecuencias de la arbitraria decisión adoptada en 2017, cuando se optó por

⁶⁹ Acceso a la Justicia, “Ley para la Protección de los Activos, Derechos e Intereses de la República y sus Entidades en el Extranjero”, 2 de junio de 2023, tomado de: <https://accesoalajusticia.org/ley-para-la-proteccion-de-los-activos-derechos-e-intereses-de-la-republica-y-sus-entidades-en-el-extranjero/>

suspender unilateralmente el pago de la deuda externa. Tras casi 7 años, no es de extrañar que la deferencia de las cortes hacia Venezuela ya se haya agotado, y ahora, estén dispuestas a tomar decisiones extraordinarias para hacer frente al reiterado incumplimiento de la deuda y, en concreto, las sentencias dictadas por cortes de Estados Unidos.

Anexo

Prioridad	Demandante	Causa	Monto estimado al 12/31/2024
1	Crystallex Corporation (1:17-mc-00151)	Sentencia de 9 de mayo de 2018, contra la República (alter ego)	\$1,004,227,743.02
2	Tidewater Caribe S.A., Tidewater Investment SRL (1:19-mc-00079-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$76,122,534.66
3	ConocoPhillips (Petrozuata/Hamaca) (19-mc-00342)	Sentencia de 3 de febrero de 2022, contra PDVSA.	\$1,376,716,653.64
4	OI European Group B.V. (1:19-mc-00290)	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$663,774,756.35
4	Northrop Grumman Ship Systems, Inc. (Huntington Ingalls) (1:20-mc-00257)	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$139,096,379.86
5	ACL1 Investments Ltd., ACL2 Investments Ltd., LDO (Cayman) XVIII Ltd. (1:21-mc-00046-LPS).	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$118,713,002.81
6	Red Tree Investments, LLC (19-cv-2519)	Sentencia de 28 de abril de 2022, en contra de PDVSA	\$198,067,842.87
6	Red Tree Investments, LLC (19-cv-2523)	Sentencia de 28 de abril de 2022, en contra de PDVSA	\$113,503,746.44
6	Red Tree Fee Judgment (19-cv-2519 y 19-cv-2523)	Sentencia de 28 de abril de 2022, en contra de PDVSA	\$2,675,108.22
7	Rusoro Mining Limited (Misc. No. 21-481-LPS)	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$1,522,342,961.84
8	ConocoPhillips (Corocoro) (22-mc-00264)	Sentencia de 24 de octubre de 2022, contra PDVSA.	\$48,219,448.99
9	Koch Minerals Sarl and Koch Nitrogen International (1:22-mc-00156-LPS).	Sentencia de 31 de marzo de 2023, contra la República (alter ego).	\$463,374,390.11

10	Gold Reserve Inc. (1:22-mc-00453-LPS).	Sentencia de 31 de marzo de 2023, contra la República (alter ego).	\$1,138,508,078.61
11	Siemens Energy Inc. (1:22-mc-00347).	Sentencia de 12 de diciembre de 2022, contra PDVSA.	\$211,384,366.59
12	Consorcio Andino, S.L., Valores Mundiales, S.L. (1:23-mc-00298)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$668,591,199.22
13	Contrarian Capital Management, L.L.C. (Sentencia October 2020) (1:22-mc-00263-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$290,698,473.19
13	Contrarian Capital Management, L.L.C. (Sentencia Mayo 2021) 1:22-mc-00131-LPS	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$60,155,292.26
13	Contrarian Capital Management, L.L.C. (October 2021 Judgment)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$44,378,392.71
14	ConocoPhillips (ICSID) (22-cv-00464)	Sentencia de 20 de diciembre de 2023, contra la República.	\$10,951,111,592.00
15	Pharo Gaia Fund Ltd., Pharo Macro Fund Ltd., Pharo Gaia Fund, Ltd., Pharo Macro Fund, Ltd., Pharo Trading Fund, Ltd. (1:23-mc-00361-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$1,398,559,136.75
15	Pharo Gaia Fund Ltd., Pharo Macro Fund Ltd., Pharo Gaia Fund, Ltd., Pharo Macro Fund, Ltd., Pharo Trading Fund, Ltd. (1:23-mc-00360-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$389,461,610.52
15	Rudi Lovati (1:23-mc-00340-LPS)-	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$173,991,590.42
16	Gramercy Distressed Opportunity Fund LLC (Misc. No. 23-378-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$258,117,292.94
16	Gramercy Distressed Opportunity Fund LLC (Misc. No. 23-379-LPS).	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$281,308,443.03
17	Saint-Gobain Performance Plastics Europe (Misc. No. 23-397-LPS).	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$53,099,750.41

18	Altana Credit Opportunities Fund SPC, Altana Credit Opportunities Fund 1SP, and Altana Funds LTD. Cayman (1:23-mc-00608-LPS).	Sentencia de 24 de enero de 2024, contra la República (alter ego)	\$576,114,340.28
Total			\$22,222,314,127.74

Tabla n° 5. Listado de acreedores admitidos por la Corte de Delaware y orden de prioridades. Fuente: Informe del Síndico Procurador de 1 de mayo de 2024.

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA TROPIEZA NUEVAMENTE CON EL ENJUICIAMIENTO DE CIVILES POR TRIBUNALES MILITARES*

Laura Louza Scognamiglio

Directora y fundadora de la ONG Acceso a la justicia

Resumen: *Se hace un análisis de sentencias en las que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia violó el principio del juez natural y ordenó juzgar a civiles por la jurisdicción militar, y aunque la Sala Constitucional al revisarlas, le solicitó cambiar sus decisiones, no tomó medida alguna, ni siquiera disciplinaria o alguna otra para evitar que esto siga ocurriendo en el futuro.*

Palabras Clave: *Derecho al juez natural, jurisdicción militar, jurisdicción ordinaria, civiles.*

Abstract: *An analysis is conducted of rulings in which the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice violated the principle of the natural judge and ordered civilians to be tried under military jurisdiction. Although the Constitutional Chamber, upon reviewing these rulings, requested that the decisions be changed, no measures were taken, not even disciplinary ones or any other actions to prevent this from happening again in the future.*

Key words: *Right to a natural judge, military jurisdiction, ordinary jurisdiction, civilians.*

«Quien un mal hábito adquiere, esclavo de él vive y muere». La justicia venezolana ha comprobado la veracidad de este refrán. Así, pese a las reformas legales aprobadas por la Asamblea Nacional (AN) en los últimos años, con el fin de reforzar la disposición constitucional que prohíbe el enjuiciamiento de los civiles por parte de los tribunales militares, la práctica de someter a personas que no son miembros de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB) a la justicia castrense parece estar tan arraigada que hasta el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha llegado a avalarla.

El caso seguido a los guardias nacionales que en enero de 2019 se amotinaron en Caracas es el ejemplo fehaciente de lo señalado. Seis de los uniformados que participaron en los sucesos fueron declarados culpables de incurrir en delitos como instigación a la rebelión, sustracción de efectos y ultraje a la FANB, y fueron condenados a penas de entre 7 y 15 años de prisión por el Tribunal 1 de Juicio Militar de Caracas en junio de 2022. La decisión fue avalada primero por la Corte Marcial y posteriormente por la Sala de Casación Penal del TSJ mediante la sentencia n° 96 del 14 de marzo del presente año¹.

* <https://accesoalajusticia.org/tsj-tropieza-nuevamente-enjuiciamiento-civiles-tribunales-militares/>

¹ <https://accesoalajusticia.org/la-scp-declara-manifiestamente-infundado-un-recurso-de-casacion-intentado-en-un-caso-de-jurisdiccion-militar/>

Ninguna de las instancias que tuvo el caso reparó en el hecho de que en el expediente no solo figuraban los nombres de los 22 militares señalados de tomar la unidad de la GNB en Cotiza desde donde grabaron un video en el que desconocían la autoridad del Gobierno de Nicolás Maduro, sino que también estaban los de cuatro civiles (Marcos Gustavo Amorín Aguirre, Gilberto Rafael Martínez Daza, Heidi Carolina Fernández Soto y Carlos Andrés Villa Torres), a pesar de que la defensa se lo hizo saber a la Sala de Casación Penal.

La reforma del Código Orgánico de Justicia Militar (COJM) aprobada por la AN en 2021 estableció en su artículo 6 que:

«solo se podrá enjuiciar ante los tribunales con competencia en materia penal militar a los militares por los hechos calificados y penados por este Código y por las faltas militares conforme a lo previsto en las leyes que rigen la materia. No se admite calificar y sancionar hechos por analogía o paridad con los delitos y faltas militares. Ningún civil podrá ser enjuiciado ante los tribunales con competencia en materia penal militar. En caso de incurrir en los hechos previstos y sancionados en este Código serán enjuiciados ante los tribunales penales ordinarios».

Algo similar se incluyó en el artículo 517 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP). Las prohibiciones están en sintonía con lo previsto en el artículo 261 de la Constitución, que en su último aparte señala que «la competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar».

El COJM ordenaba en su disposición transitoria que:

«los procesos penales militares seguidos contra civiles que se encuentren en curso para la fecha de entrada en vigencia de este Código serán remitidos a los tribunales penales ordinarios, manteniéndose la validez de los actos procesales realizados hasta esa oportunidad».

Solo una sorpresiva intervención de la Sala Constitucional (a través de dos sentencias) forzó a la Sala de Casación Penal a rectificar y admitir que lo ocurrido fue «una clara violación al debido proceso», en particular del principio del juez natural. La primera decisión fue la n.º 204 del 20 de marzo², en la que suspendió los efectos de la sentencia de la Sala de Casación Penal, y la segunda, la sentencia n.º 206 definitiva del 1 de abril³, en la que revisó de oficio, anuló la sentencia de la Sala de Casación Penal y le devolvió el expediente para que se pronuncie de nuevo sobre el recurso de casación.

Es así como la Sala de Casación Penal, mediante el fallo n.º 190 del 25 de abril⁴, anuló las condenas y ordenó la repetición del juicio, pero ahora en un juzgado penal ordinario.

¿OTRO DESLIZ?

La actitud del TSJ no debería sorprender, pues en los últimos años ha dado constantes bandazos en relación con el tema del enjuiciamiento de civiles por parte de la justicia militar⁵. Así, mientras desde 2020 la Sala de Casación Penal recuperó su criterio, según el cual los juzgados castrenses solo podían procesar a uniformados activos que hubieran cometido

² <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2024/04/SC-nro.-0204-20-03-2024.pdf>

³ <https://accesoalajusticia.org/sala-constitucional-revisa-de-oficio-sentencia-de-la-scp-en-un-caso-de-rebelion-militar/>

⁴ <https://accesoalajusticia.org/civiles-fueron-juzgados-por-tribunales-militares-y-la-scp-por-orden-de-la-sc-anula-el-proceso/>

⁵ <https://accesoalajusticia.org/justicia-militar-para-civiles-marchas-y-contramarchas-del-tsj/>

delitos de naturaleza militar⁶, meses después la Sala Constitucional decidió dejar abierta una puerta para que esto ocurriera⁷.

Aunque en el caso de los amotinados de Cotiza, la Sala de Casación Penal fue la regresiva, esta se limitó en un primer momento a desechar un recurso que la defensa interpuso contra la condena, bajo el alegato de que el mismo no cumplía con los requisitos formales exigidos por la ley. En su decisión n° 96 antes mencionada, la instancia no se refirió a los civiles, pese a que, como ya dijimos, le fue advertida la irregularidad.

Días después y de manera sorpresiva, la Sala Constitucional hizo un paso adelante, en las ya referidas decisiones 204 del 20 de marzo y 206 del 14 de abril, revisó de oficio el caso para suspenderlo en un primer momento, y en el segundo fallo (el emitido el 14 abril) le ordenó a la Sala de Casación Penal que volviera a estudiar el asunto, por considerar que:

«se apartó de los valores, principios, normas, derechos y garantías constitucionales, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la debida responsabilidad penal que tiene cada ciudadano frente al Estado venezolano por los hechos punibles cometidos, a la seguridad jurídica y a la justicia».

No obstante, en ningún momento precisó de qué manera habían errado sus colegas.

No fue sino hasta que la Sala de Casación Penal, en cumplimiento de las órdenes giradas por la Sala Constitucional, emitió su nuevo veredicto que se reveló que la falla había estado en avalar que la Fiscalía Militar hubiera señalado a cuatro civiles como cómplices de los hechos y conseguido que un juzgado castrense acordara la detención preventiva contra tres de ellos, así como su posterior condena.

Esto se lee en la sentencia redactada por la presidenta de la instancia, magistrada Elsa Janeth Gómez Moreno:

«Resulta evidente el error cometido tanto por la representación de la Fiscalía Militar, el juez del Tribunal Tercero en funciones de Control del Circuito Judicial Penal Militar con sede en Caracas, así como Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar con Competencia Nacional y sede en Caracas, al no ponderar la situación sobrevenida respecto a la presunta participación delictiva de personas civiles, en relación a los hechos que fueron objeto de su consideración, en desatención de los criterios jurisprudenciales (...), derivando en el quebrantamiento de principios procesales referentes a la celeridad, juez natural, inmediación, concentración, congruencia, y debido proceso».

NI REGAÑO NI *MEA CULPA*

Pese a la gravedad de la falla, el TSJ no tomó ninguna medida disciplinaria en contra de los funcionarios que tuvieron el caso en sus manos, ni tampoco aplicó ningún correctivo para evitar que estas situaciones se repitan a futuro.

La Sala de Casación Penal no reprendió ni a la Fiscalía Militar ni a los tribunales de control y juicio militares por permitir que civiles terminaran siendo procesados por la justicia castrense, en clara violación a lo previsto en la Constitución, las leyes y su propia jurisprudencia. Tampoco actuó contra la Corte Marcial por avalar esta situación.

La Sala Constitucional, por su parte, se abstuvo de reprender a la Sala de Casación Penal, aunque esta instancia estuvo en conocimiento de la infracción.

⁶ <https://accesoalajusticia.org/tsj-reconoce-que-la-justicia-militar-no-se-debe-aplicar-a-civiles/>

⁷ <https://accesoalajusticia.org/el-juicio-a-civiles-por-parte-de-tribunales-militares-de-nuevo-es-posible-gracias-a-la-sala-constitucional/>

«Se solicita la nulidad de la sentencia recurrida y se retrotraiga el proceso a la audiencia de apertura de juicio oral y público, en la jurisdicción ordinaria, ante la existencia de un civil, lo cual hace necesario declinar la competencia a la jurisdicción ordinaria».

Esta fue la petición expresa que hicieron los defensores de algunos de los condenados.

La Sala de Casación Penal ni siquiera fue capaz de dar una justificación por su error, ni mucho menos ofrecer una disculpa.

Esta situación se torna preocupante cuando, nuevamente, la Sala de Casación Penal se pronunció sobre otro caso en el que una persona que no era militar para el momento en que presuntamente ocurrieron los hechos delictivos fue procesado por un juzgado castrense y por la Corte Marcial, acordando su nulidad a la par que ordenó la celebración de una nueva audiencia preliminar ante un juez penal ordinario. Se lee en la decisión n° 226 del 10 de mayo⁸:

«se puede evidenciar que el mencionado ciudadano ya no pertenecía a la Fuerza Armada Nacional, al momento de la ocurrencia de los hechos objeto del presente recurso de casación, situación que fue advertida por la defensa del acusado de autos, sin existir pronunciamiento judicial alguno respecto a la incompetencia por la materia, derivando así el quebrantamiento de principios procesales referentes a la celeridad, al juez natural, inmediación, concentración, congruencia, y al debido proceso».

REFLEXIÓN FINAL

Lo ocurrido en este caso (que se repitió semanas después) es otra prueba de que las leyes y normas en Venezuela son letra muerta, y de que los organismos encargados de hacerlas cumplir o castigar a quienes las violan de manera frecuente no cumplen con su misión.

En las últimas dos décadas, cientos de venezolanos han terminado sentados ante un juez militar, pese a que la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Venezuela prohíben este tipo de situaciones. Sin embargo, esto no es un hecho del que se pueda responsabilizar a los gobiernos del fallecido Hugo Chávez ni de Nicolás Maduro, porque durante las cuatro décadas anteriores también se produjo. No obstante, lo que sí se puede afirmar es que en los últimos 25 años se ha hecho más frecuente el someter a civiles ante la justicia militar y ello le ha valido al país reprimendas de parte de organismos internacionales.

Precisamente, a finales del año pasado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó su preocupación por el procesamiento de civiles por parte de tribunales castrenses, y aunque las autoridades aseguraron que esto ya no ocurre, los hechos se han encargado de desmentirlo.

⁸ <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2024/05/SCP-nro.-0226-10-05-2024.pdf>

DESPUÉS DE CHEVRON: EL MARGEN DE DEFERENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESTADOS UNIDOS Y EL CASO *LOPER BRIGHT*

José Ignacio Hernández G.*

Profesor de Derecho en la Universidad UCAB y UCV

Resumen: *En el Derecho Administrativo de Estados Unidos, el margen de deferencia se había basado en el caso Chevron, de 1984. Según este precedente, las cortes deben abstenerse de revisar la interpretación que las agencias hacen de conceptos jurídicos ambiguos, siempre y cuando la interpretación sea permisible. En el caso Loper Bright, de 2024, la Corte Suprema revocó el precedente Chevron, al concluir que el uso de expresiones ambiguas no puede limitar el control judicial sobre las agencias, pues ello viola las bases constitucionales de tal control. Sin embargo, y de manera más bien tímida, la Corte reconoció que el Congreso puede atribuir a las agencias competencias discrecionales, en cuyo control judicial las cortes deben mantenerse fuera del espacio de políticas públicas. Una forma de interpretar este nuevo criterio es a través de la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, común en el Derecho Administrativo de Hispanoamérica.*

Palabras Clave: *Margen de deferencia, control judicial de las agencias, discrecionalidad administrativa, conceptos jurídicos indeterminados, doctrina Chevron.*

Abstract: *In United States Administrative Law, the margin of deference had been based on the 1984 Chevron case. According to this precedent, courts should refrain from reviewing agencies' interpretations of ambiguous legal concepts as long as the interpretation is permissible. In the 2024 Loper Bright case, the Supreme Court overturned the Chevron precedent, concluding that the use of ambiguous expressions by the statute cannot limit judicial control over agencies, as it violates the constitutional foundations of such control. However, in a somewhat timid manner, the Court acknowledged that Congress could grant discretionary powers to agencies, in which judicial control the courts should stay out of the realm of public policy. One way to interpret this new precedent is by distinguishing between indeterminate legal concepts and administrative discretion, common in Hispanic American Administrative Law.*

Key words: *Margin of deference, judicial control of agencies, administrative discretion, undetermined legal concepts, Chevron doctrine.*

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Administrativo Hispanoamericano, el margen de deferencia es, en sencillos términos, los límites al control judicial de la actividad e inactividad administrativa deri-

* Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela, Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña, Asociado del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.

vados de potestades discrecionales y, según los casos, conceptos jurídicos indeterminados. En el Derecho Administrativo de Estados Unidos, esta expresión se conoce como la *doctrina Chevron*, en alusión a la sentencia de la Corte Suprema dictada en 1984¹.

Se conocía, más bien. El 28 de junio de 2024 en el precedente fue revocado por la Corte Suprema en el caso *Loper Bright*². En una primera lectura, Adrián Vermeule ha advertido que este cambio es, principalmente, solo en apariencia, pues lo cierto es que, bajo el nuevo criterio, las agencias administrativas gozan de un margen de deferencia³. La nueva sentencia, en efecto, reconoce los fundamentos para un nuevo margen de deferencia, pero de manera bastante imprecisa. Además, esta sentencia debe ser interpretada junto con diversas opiniones de la Corte que, desde 2021, han reducido el ámbito del moderno Estado administrativo, el cual se encuentra en una crisis constitucional⁴.

En tal sentido, la interpretación constitucional del margen de deferencia es, quizás, el tema que mejor permite comprender las diferencias entre el Derecho Administrativo en Estados Unidos y en Hispanoamérica. Así, en el Derecho Administrativo Hispanoamericano, el margen de deferencia responde a la construcción sistemática del Derecho Administrativo, según la cual, la Administración Pública siempre actúa con sometimiento al ordenamiento jurídico, aun cuando la Ley no pre-ordene todo el contenido de esa actividad. La influencia de Eduardo García de Enterría fue fundamental para comprender el rol de los principios generales del Derecho. Estos principios son claves para el control sobre la interdicción de la arbitrariedad, a los fines de procurar el equilibrio entre el ámbito propio de decisión que la Administración Pública requiere y los postulados constitucionales del Estado de Derecho⁵.

Pero en Estados Unidos no existe un sistema de Derecho Administrativo, al menos no en el sentido que tal expresión tiene en el Iberoamérica, inspirado por la doctrina alemana⁶. En realidad, como explicó Schwartz, el Derecho Administrativo en ese país no es el Derecho de la Administración Pública, sino el Derecho de las agencias, cuyo ámbito de competencia es definido en Leyes dictadas por el Congreso, conocidas como estatutos. Fue con ocasión al *New Deal* que el modelo de las agencias -figura creada en el siglo XIX- comenzó a generar tensiones por la concentración de funciones ejecutivas, normativas y jurisdiccionales⁷. Estas

¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Hemos optado por traducir la expresión “Supreme Court” como Corte Suprema, pues ésta es la traducción oficial al español que emplea el Gobierno de Estados Unidos.

² *Loper Bright Enterprises et al v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, ___ U.S. ___ (2023) (decidido junto con *Relentless, Inc., et al. v. Department of Commerce, et al.*).

³ Vermeule, Adrian, “Chevron By Any Other Name”, *The New Digest*, 28 de junio de 2024, tomado de: <https://substack.com/home/post/p-146087490> (consulta: 30.6.24).

⁴ Hernández G., José Ignacio, *The Major Questions Doctrine and the Principle of Legal Reserve: A Comparison between the U.S. and Spain*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Apr. 12, 2023, tomado de: <http://www.iconnectblog.com/2023/04/the-major-questions-doctrine-and-the-principle-of-legal-reserve-a-comparison-between-the-us-and-spain/> (consulta: 30.6.24).

⁵ García de Enterría, Eduardo, “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública número 40*, Madrid, 1963, p. 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2016). Sobre la influencia de Eduardo García de Enterría en América Latina, desde su concepción de los principios generales del Derecho, véase a Libardo Rodríguez, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en Brewer-Carías, Allan, et al., *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Temis. Bogotá, 2014, pp. 37 y ss.

⁶ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 20 y ss.

⁷ Stewart, Richard, “The reformation of Administrative Law”, en *Harvard Law Review, Volumen 88, número 8*, 1975, pp. 1671 y ss.

tensiones quisieron ser resueltas con la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1946, la cual es en realidad la Ley que rige tanto a la actividad de las agencias como a su control judicial. De esta evolución resultó un Derecho Administrativo preponderantemente exegético, o sea, enfocado en los diversos estatutos, y basado en precedentes judiciales⁸.

La expansión de las agencias, en ausencia de un sistema racional y con las muy precarias bases positivas que la Constitución ofrece al moderno Estado administrativo, generó diversas críticas que apuntan a la ilegitimidad de esa expansión⁹. Puede decirse que buena parte de esas críticas residía en la llamada doctrina *Chevron*, la cual reconoció a las agencias un margen de deferencia que no admite una revisión judicial plena¹⁰. El caso *Loper Bright* responde, precisamente, a esa visión crítica. Al interpretar este nuevo precedente junto con lo que la Corte Suprema ha venido llamando recientemente la *doctrina de las cuestiones mayores*, surge una visión de Estado administrativo que se asemeja al que emergió en el siglo XIX. Pero al mismo tiempo, y de manera contradictoria, hay en la nueva sentencia algunos criterios que podrían llevar a redefinir el margen de deferencia empleando la conocida distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa.

Para estudiar el precedente *Loper Bright* en el contexto actual de las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Estados Unidos, este breve ensayo se divide en dos partes. La primera examina, en sus trazos generales, los criterios sentados en la doctrina *Chevron* y su posterior evolución, en especial, a través de diversas opiniones que han acotado el margen de deferencia. La segunda parte estudia el precedente *Loper Bright*, presentando sus principales problemas desde la perspectiva constitucional del margen de deferencia.

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS Y LA DOCTRINA CHEVRON

A inicios del siglo XX se generó una discusión en el Derecho Administrativo de Estados Unidos, sobre la conveniencia de incorporar el modelo alemán de cortes administrativas especializadas. La propuesta no prosperó, lo que condujo a la aplicación de los estándares de revisión de la Ley de Procedimiento Administrativa por cortes ordinarias, y bajo mecanismos procesales igualmente ordinarios¹¹. En todo caso, y en la práctica, las demandas en contra de las agencias que resuelven el tema del margen de deferencia suelen concentrarse en las cortes de Washington D.C.¹².

⁸ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, 11-12. Existe una traducción al español, a cargo de Luciano Parejo Alfonso: *La abdicación del Derecho: Del imperio del derecho al estado administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁹ Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, Chicago, 2014, pp. 377 y ss.

¹⁰ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, Harvard University Press, 2022, pp. 55 y ss.

¹¹ Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1 y ss.

¹² Barnett, Kent y. Walker, Christopher J., "Chevron in the Circuit Courts", en *Michigan Law Review* n° 116, 2017, pp. 1 y ss. La competencia -o jurisdicción, como se le conoce en Estados Unidos- para conocer demandas en contra de las agencias no depende de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino de criterios estatutarios y no estatutarios que toman en cuenta diversos factores de conexión. De esto resulta que, en teoría, cualquier corte de distrito, y en apelación, las cortes de circuito, podría conocer de tales demandas. Pero debido a la concentración de agencias en Washington, D.C., tanto la Corte de Distrito como como la Corte del Circuit de D.C., tienden a concentrar la mayoría de esas demandas (p. 29).

En tal sentido, en la Codificación del Derecho de Estados Unidos¹³, la Parte I del Título V regula a las agencias. Esta parte resume el Código de Derecho Administrativo de Estados Unidos, un dato suficientemente contundente como para abandonar la idea -muy del siglo XIX- según la cual el Derecho Administrativo en Estados Unidos no ha venido acompañado de una codificación administrativa, al prevalecer el precedente judicial.

Esta Parte contiene a la original *Ley de Procedimiento Administrativo*, incorporando en su Capítulo 7 el control judicial, que queda a cargo de las cortes ordinarias. La Sección 701 aclara que el control judicial no tiene carácter universal, en tanto se admiten excepciones, por ejemplo, basadas en Leyes que prohíben la revisión judicial debido a la naturaleza discrecional de la actividad de las agencias¹⁴.

En todo caso, la actividad que sí es controlable judicialmente se rige por los estándares de revisión de la Sección 706, de acuerdo con la cual la corte que conoce de la demanda en contra de la agencia “*decidirá todas las cuestiones de Derecho relevantes, interpretará las disposiciones constitucionales y estatutarias y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos empleados por la agencia*”. El poder de revisión alcanza el poder de declarar la ilegalidad de los fundamentos de hecho y de Derecho, en especial, (i) cuando el acto dictado sea arbitrario, caprichoso, responda al abuso de discreción o sea contrario a la Ley; (ii) cuando el acto sea contrario a los derechos, poderes, privilegios o inmunidades constitucionales; (iii) por exceso de la jurisdicción, autoridad o limitaciones legales, o violación de disposiciones legales; (iv) por inobservancia del procedimiento exigido por la Ley; (v) cuando el acto no esté respaldado por evidencia sustancial, o (vi) cuando se base en hechos revisados por un tribunal¹⁵.

La aplicación práctica del catálogo de vicios de la Sección 706 comenzó a generar problemas, especialmente, en las cortes federales que debían resolver cuestiones cada vez más sofisticadas a cargo de las agencias, quienes debían interpretar expresiones técnicas para dictar reglamentos o decidir casos concretos, en especial, en materia ambiental. Fue en 1984 cuando, finalmente, la Corte Suprema resolvió estas dudas en el caso *Chevron*. Sin embargo, los principios sobre el margen de deferencia derivados de esa sentencia fueron poco claros, y dieron lugar a diversas excepciones y acotaciones que, en suma, ocasionaron diversas interpretaciones no siempre consistentes. A partir de 2021, la Corte Suprema adoptó un conjunto de opiniones que apuntaban a que este precedente sería revocado, como en efecto sucedió.

1. *La llamada doctrina Chevron y el margen de deferencia*

El caso resuelto en 1984 puede resumirse de la siguiente manera. La Agencia de Protección Ambiental dictó un reglamento -o regulación, como se le conoce en Estados Unidos- interpretando el concepto de “*fuentes estacionarias*” empleado por la Ley de Aire Limpio. En el caso concreto, se disputó esa interpretación, lo que permitió a la Corte Suprema definir el ámbito de control judicial. Esto se hizo a través de dos reglas, conocidas como pasos: (i) si la Ley emplea conceptos determinados e inequívocos, el control judicial es pleno, en el sentido que la corte puede sustituirse en los motivos de Derecho. Pero (ii) si la Ley no es clara, y por el contrario, emplea conceptos ambiguos, entonces, la interpretación de la agencia debe prevalecer, siempre y cuando esa interpretación sea permisible o razonable, por lo que la corte no puede sustituirse en esa interpretación.

¹³ El Título 5 del Código de Estados Unidos recopila, en su Primera Parte, el régimen jurídico de las agencias.

¹⁴ Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise Volumen I*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 975 y ss.

¹⁵ En general, *vid.* Breyer, Stephan, *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, pp. 287 y ss.

El test de la permisibilidad, en general, alude a la arbitrariedad de la interpretación adoptada por la agencia, siguiendo así los estándares de revisión de la Sección 706¹⁶.

Es importante observar que el segundo paso no contiene una regla de inmunidad jurisdiccional. Por el contrario, las cortes retienen la potestad jurisdiccional de control para decidir si la interpretación de la agencia es o no permisible. Y esto implica el poder de concluir que la interpretación, por arbitraria, es ilegal. Es preciso observar que esta deferencia solo aplica respecto de las cuestiones de Derecho, y en la medida en que el estatuto contenga expresiones ambiguas. En relación con los fundamentos de hecho, por el contrario, no opera margen alguno de deferencia¹⁷.

El magistrado Stevens, ponente de la sentencia, nunca consideró que estaba cambiando el Derecho Administrativo con un nuevo criterio, sino que más bien intentó fijar reglas basadas en el sentido común y en los criterios tradicionales sobre el control judicial de las agencias. Fueron las cortes federales las que encontraron en este precedente, finalmente, la guía para resolver demandas basadas en cuestiones técnicas. De allí nació la llamada doctrina Chevron, la cual delimita el ámbito de deferencia de las cortes al revisar la actividad de las agencias¹⁸.

A partir de este criterio -considerado como el caso más citado de la Corte Suprema- se edificó el moderno sistema de control judicial, diferenciando entre el espacio de control judicial y el espacio de interpretación de las agencias. Pero la diferencia no fue del todo clara. Así, esta doctrina fue complementada con otros tantos criterios que crearon matices y excepciones, derivando en un sistema que, por desordenado, fue cuestionado¹⁹. Estas críticas no solo aumentaron con el tiempo, sino que, además, comenzaron a permear en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

2. *Las críticas a la doctrina Chevron y el surgimiento de la doctrina de las cuestiones mayores*

La doctrina Chevron fue producto de una necesidad: el crecimiento de las agencias y su regulación llevó a las cortes a decidir cuestiones técnicas, que en la práctica, podían implicar decisiones de política pública. La Corte Suprema, de manera indirecta, reconoció que las agencias tienen un poder exclusivo de interpretar discrecionalmente disposiciones ambiguas del estatuto, salvo cuando la interpretación sea arbitraria. Por ello, en la práctica, esta doctrina consolidó el poder de las agencias, o sea, del moderno Estado Administrativo. Pero como avanzamos, la doctrina Chevron resultó en exceso ambigua.

¹⁶ Se ha acotado que hay, en realidad, un paso cero, que requiere la atribución, por Ley, de potestades administrativas a las agencias. Cfr.: Sunstein, Cass “Chevron Step Zero”, en *Virginia Law Review* N° 2-92, 2016, p. 187.

¹⁷ El control judicial ha sido considerado como “pleno” (“hard look”) en la revisión de los fundamentos de hecho del acto administrativo, especialmente, desde la perspectiva del procedimiento administrativo. Vid.: Breyer, Stephan, *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problemas, Text, and cases*, cit., pp. 386 y ss. Por ello, se reconoce que el poder judicial puede revisar y anular actos que no se apoyen en la evidencia recabada en el procedimiento administrativo (*Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998), de 26 de enero, p. 380). En especial, el estándar de arbitrariedad ha sido aplicado en casos en los cuales la Administración se ha basado en hechos distintos a aquellos que ha debido considerar, o cuando ha obviado hechos relevantes, adoptando una decisión que carece de respaldo en los hechos. En tales casos, el poder judicial no puede suplir esas deficiencias. Vid.: *Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983), de 24 de junio, p. 463

¹⁸ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, cit.

¹⁹ Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2020, pp. 85 y ss., y 183 y ss.

Así, hay que reconocer que esa interpretación no tiene base clara en la señalada Sección 706 o en la Constitución, en el sentido que en ninguno de esos textos se reconoce el margen de deferencia. En un sistema en el cual la interpretación del Derecho Administrativo no se agota en la interpretación literal de la Constitución y la Ley, este silencio no resultaría determinante. Pero este no es el caso de Estados Unidos, en el cual predomina, actualmente, una visión textualista del Derecho. Por ello, algunos autores han cuestionado la doctrina, al afirmar que ella fomenta el crecimiento arbitrario de las agencias²⁰. Frente a esta posición, se ha observado que el concepto del margen de deferencia no es contrario a la Ley de Procedimiento Administrativo, siempre y cuando ésta sea interpretada no solo desde una visión textualista²¹.

Pero las críticas a la doctrina Chevron, en realidad, apuntan a la expansión del moderno Estado administrativo, pues bajo la interpretación originalista de la Constitución, se considera que tal Estado es una creación incompatible con los principios del Gobierno limitado y obrando bajo el imperio de la Ley. La doctrina *Chevron*, como el rostro más visible del moderno Estado administrativo, concentró buenas partes de esas críticas²².

Sunstein y Vermeule han reconocido que la doctrina *Chevron* no establece criterios estables y predecibles de revisión, pero al mismo tiempo advierten que el Congreso no puede agotar la regulación de toda la actividad administrativa, vista sus amplios y diversos cometidos de las agencias. Por ello, proponen acudir a un conjunto de principios de “moralidad” que permiten salvaguardar la racionalidad de la actividad administrativa, incluso en espacios no pre-ordenados por la Ley²³. Lo que estos autores denominan principios de “moralidad”, son en realidad, los principios generales del Derecho Administrativos a los cuales ya estamos acostumbrados en el Derecho de Iberoamérica²⁴.

Más allá de sus imprecisiones, lo importante tras la doctrina Chevron es que ella reconoció la necesidad de interpretar la separación de poderes, también, desde la perspectiva del Poder Ejecutivo, esto es, reconociendo que éste tiene funciones propias que no pueden ser invadidas por las otras ramas del Poder Público, y en especial, por el Poder Judicial. Bajo esta interpretación, el control de arbitrariedad reconocido en la citada Sección 706 podría reconocer el margen de deferencia de las agencias²⁵. Revocar el precedente *Chevron*, por ende, no era una decisión racional, pues el problema de fondo no es solucionar las muchas dudas que tal precedente genera, sino articular una interpretación constitucional que sostenga al moderno Estado administrativo²⁶. Así, tal margen -como en España ha aclarado recientemente Luis Arrojo Jiménez- mide la intensidad del control judicial, pero nunca niega la existencia de tal control²⁷.

²⁰ Lawson, Gary S., “The Rise and Rise of the Administrative State”, en *Harvard Law Review* N° 107, 1994, pp. 1231 y ss.

²¹ Vid.: Sunstein, Cass R., *Is Chevron Inconsistent with the APA?* (4 de diciembre de 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3742429> (consulta 30.6.24).

²² Lawson, Gary y Stephen Kam, “Making Law out of nothing at all: the origins of the Chevron doctrine”, en *Administrative Law Review* N° 65 (1), 2013, pp. 1 y ss

²³ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, p. 8.

²⁴ Hernández G., José Ignacio “La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina”, en *Revista de Administración Pública* N° 215, Madrid, 2021, pp. 289 y ss.

²⁵ Sunstein, Cass, “Chevron as Law”, *The Georgetown Law Journal* N° 107, 2019, p. 1.669.

²⁶ Vermeule, Adrian, “The Deference Dilemma”, 2023, tomado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4594638 (consulta: 30.6.24).

²⁷ Arroyo Jiménez, Luis, “Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* n° 9, 2024, pp. 144 y ss.

Ahora bien, la composición de la Corte Suprema presidida por el magistrado Roberts, en especial desde la incorporación del magistrado Barret en 2020, es predominantemente favorable a lo que se conoce en el Derecho Constitucional de Estados Unidos como el originalismo. Esto es, que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con la intención original y tradicional de sus redactores, lo que supone partir siempre de una interpretación literal e histórica²⁸.

No es sorprendente que, desde esta visión, el moderno Estado administrativo sea cuestionado. Así, mal podría evaluarse el moderno Estado administrativo que surgió del siglo XX, a la luz de la interpretación constitucional del siglo XVIII. Mientras que la constitucionalización del Derecho Administrativo en Hispanoamérica ha asentado las bases fundamentales de esta disciplina²⁹, lo cierto es que el texto de la Constitución de Estados Unidos nada dice sobre tales bases. En realidad, esta Constitución, como no podía ser de otra manera, refleja el pensamiento liberal del constitucionalismo, o libertario, como se le conoce en Estados Unidos: el Gobierno actúa bajo el imperio de la Ley y solo puede asumir funciones básicas de tutela del orden público interno y externo.

Pero este constitucionalismo libertario quedó atrás con la interpretación adoptada por la Corte Suprema desde 1937, en el marco de los estatutos dictados con ocasión al *New Deal*³⁰. Esta interpretación toleró -más que justificó- amplios cauces de intervención del Gobierno en el orden económico y social, y como resultado, entendió que el Congreso no podía agotar, en Leyes, todo el proceso de toma de decisiones. El resultado práctico fue la interpretación flexible -más bien diríamos pragmática- de la llamada doctrina de la no delegación, que limita la facultad del Congreso de “delegar” funciones en las agencias. Luego de 1937, en realidad, esta doctrina no ha sido invocada para contener lo que se denomina delegación, y que en realidad, es la asignación, por Ley, de competencias a las agencias. En suma, la interpretación de la Constitución a partir del rol reducido del Gobierno en la economía, conocida como la *era Lochner*, quedó atrás hace ya décadas³¹.

A pesar de esta interpretación de la Constitución favorable a la expansión de los cometidos económicos y sociales del Estado, sigue prevaleciendo la idea según la cual la relación entre el Congreso y las agencias está determinada por la “delegación” de competencias. Pero como lo explicó García de Enterría, la tesis de la delegación niega cualquier sustantividad a la actividad de las agencias, las cuales serían simples instrumentalidades del Congreso³². En realidad, cuando el estatuto asigna a la agencia la potestad de supervisar actividades económicas, no está delegando la actividad administrativa, pues ésta es la función propia del Poder Ejecutivo. Como veremos de seguidas, esta idea de delegación ha sido retomada recientemente por la Corte.

En efecto, al socaire de la interpretación originalista, la nueva composición de la Corte Suprema ha venido acotando, severamente, el ámbito del moderno Estado administrativo, en

²⁸ Para una discusión sobre los problemas de interpretación constitucional, *vid.* Sunstein, Cass, *How to interpret the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2023, pp. 8 y ss.

²⁹ Montaña Plata, Alberto, “El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo”, en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (ed), *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 14, pp. 63 y ss.

³⁰ *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)

³¹ En referencia a la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Cfr.: Gillman, Howard, *The Constitution Besieged. The rise and Demise of Lochner Era. Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993, pp. 45 y ss.

³² García de Enterría, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva sistematización del mismo)”, en *Revista de Administración Pública* N° 85, 1978, pp. 241 y ss.

un grupo de decisiones en las cuales el principio de separación de poderes se interpreta desde la centralidad del Congreso y, por ende, la plenitud del control judicial de las agencias derivado del artículo 3 de la Constitución. Este es el resumen de estas opiniones:

- *Alabama Association of Realtors vs Department of Health and Human Services* (594 U. S. ____ 2021). En esta sentencia se afirma que el Congreso debe dominar el proceso de toma de decisiones, por lo cual, los estatutos deben ser expolíticos y claros al empoderar a las agencias.
- *National Federation of Independent Business vs Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, (595 U. S. ____ 2022). En una frase que resume el nuevo pensamiento, se afirma que las agencias son criaturas de la Ley, o sea, que ellas solo pueden actuar si la Ley expresamente lo habilita, de lo cual resulta la actividad de las agencias es ejecutiva, en el sentido de ejecución material de la Ley.
- *West Virginia vs Environmental Protection Agency*, (2022). Al abordar cuestiones mayores de Derecho, o sea, cuestiones de vasta trascendencia económica y social, el estatuto debe ser claro y explícito, sin que las agencias puedan interpretar expresiones ambiguas. En este caso, se consideró que la regulación ambiental de emisiones en la industria automotriz, al tener vastos efectos, debía ser claramente abordada por el Congreso.
- *Biden vs Nebraska*, (2023). La doctrina de las cuestiones mayores fue aplicada, incluso, en relación con la actividad prestacional o no conativa de la Administración.

El nuevo signo de esta interpretación es la doctrina de las cuestiones mayores, que fue, en realidad, la respuesta de la Corte Suprema para acotar la doctrina *Chevron*. En síntesis, esta doctrina predica que cuando las agencias interpretan cuestiones de Derecho en asuntos de vasta importancia económica y social, las cortes deben considerar que la “delegación” del estatuto debe ser expresa y clara. Esto es, que no las agencias no tienen potestades para adoptar decisiones de vasto impacto, con base en previsiones ambiguas del estatuto³³.

Autores como Omer Tamir han propuesto estudiar tal doctrina de las cuestiones mayores a la luz de la figura de las materias de la reserva Ley, conocida en Iberoamérica³⁴. Pero como hemos explicado, ambas figuras son muy distintas. Así, las materias de la reserva legal, en Iberoamérica, exigen a la Ley cubrir los aspectos centrales de ciertas materias consideradas sensibles para la convivencia democrática, como es el caso de las limitaciones a la libertad general de la persona. Esta teoría se opone a remisiones en blanco o deslegalizaciones, pero no se opone al reconocimiento de ámbitos de discrecionalidad, al uso de conceptos jurídicos indeterminados, o al desarrollo reglamentario de la Ley. En el Derecho Administrativo Económico, por ejemplo, es esta interpretación la que ha permitido conciliar la reserva legal sobre las limitaciones a la libertad de empresa, y la importancia del reglamento como fuente del Derecho.

Pero la doctrina de las cuestiones mayores parece oponerse al reconocimiento de márgenes de apreciación de las agencias, ni siquiera, con base en “delegaciones” legislativas, pues el proceso de toma de decisiones en tales cuestiones corresponde, en exclusiva, al Congreso. Por ello, como advirtió Sunstein, esta doctrina deja sin efecto la doctrina *Chevron*, en

³³ Thomas W. Merrill, “The Major Questions Doctrine: Right Diagnosis, Wrong Remedy, Stanford University”, The Hoover Institution Center for Revitalizing American Institution, 2023, tomado de https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/4197 (consulta: 30.6.24).

³⁴ Tamir, Oren, “Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine (April 18, 2023). Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 62, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4422714> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4422714> (consulta: 30.6.24).

el sentido que, en cuestiones mayores, el estatuto no puede emplear expresiones ambiguas cuya interpretación racional pueden concretar las agencias³⁵.

La doctrina de las cuestiones mayores, por ende, podría conducir a reivindicar la no delegación en materias de vasto efecto económico y social, en el sentido que el Congreso debe delegar de manera expresa y clara el poder de las agencias de toma de decisiones, que serían así decisiones preordenadas por el estatuto, o como se le conoce en el ámbito hispanoamericano, decisiones regladas, que no dan lugar a margen de deferencia alguna³⁶.

II. *LOPER BRIGHT*, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DOCTRINA CHEVRON Y EL NUEVO ESTÁNDAR DE DEFERENCIA

El caso *Loper Bright* es la continuación de la línea jurisprudencial que inició con *Alabama Association of Realtors*, en 2021. Esto es, que su propósito final es reducir el ámbito del moderno Estado administrativo, en resguardo del imperio de la Ley y del control judicial basado en el artículo 3 de la Constitución. Pero al mismo tiempo, es preciso considerar que esta sentencia es resultado del compromiso logrado por el presidente de la Corte, de procurar -en la medida de lo posible- un balance entre las posiciones que apoyaban revocar el precedente Chevron, y las posiciones que reconocen que, simplemente, el moderno Estado administrativo no puede desmontarse. Esto explica las tensiones, y eventuales contradicciones, que se aprecian en este fallo.

Así, el presidente de la Corte, magistrado Roberts, redactó la ponencia del caso *Loper Bright*, con el voto de los magistrados Thomas, Gorsuch, Alito, Kavanaugh y Barret (los dos primeros con votos concurrentes) Estos magistrados, con sus importantes diferencias, componen lo que podría llamarse el ala conservadora o libertaria de la Corte, que de una u otra manera, apoya el canon originalista. Los magistrados de ala progresista (llamada, para confusión de los hispanos, liberal) disintieron, esto es, los magistrados Kagan, Sotomayor y Jackson.

Esta mayoría solo tiene un punto en común: revocar el precedente *Chevron*, no solo por su imprecisión sino por su incompatibilidad con el control judicial derivado del artículo 3 de la Constitución. Más allá de ello, no es posible encontrar, en la sentencia, una línea coherente de interpretación sobre cuál debe ser, entonces, la relación entre las agencias y el Poder Judicial, luego del caso *Chevron*. Esto quiere decir que *Loper Bright* se limitó, básicamente, a revocar este precedente, pero sin proveer una interpretación constitucional coherente sobre el margen de deferencia. Tal silencio no es, en absoluto, producto de una deficiente redacción de la ponencia. Por el contrario, creemos que ese silencio fue calibrado por el presidente Roberts para lograr una fórmula de consenso que, eliminando la doctrina *Chevron*, dejase intacto -al menos, en sus trazos centrales- las bases del moderno Estado administrativo.

1. *La inconstitucionalidad del precedente Chevron: la ambigüedad del legislador no da lugar a poderes discrecionales*

El caso *Loper Bright* se relaciona con la regulación de la industria pesquera, basada en una Ley aprobada en 1976³⁷. La agencia a cargo de la implementación de esa Ley es el Servicio Nacional de Pesca Marina (NMFS, por sus siglas en inglés). Bajo esa Ley se dictó una regulación según la cual, para cumplir con mandatos de inspección sobre los buques de pesca, sus operadores pueden ser emplazados a asumir el costo de tal inspección. Esta regulación

³⁵ Sunstein, Cass, "Two Justifications for the Major Questions Doctrine", en *Florida Law Review* n° 76, 2024, pp. 251 y ss.

³⁶ Walker, Christopher J. "Responding to the New Major Questions Doctrine", en *46 Regulation* n° 46, 2023, pp. 26 y ss.

³⁷ Véase <https://www.fisheries.noaa.gov/topic/laws-policies/magnuson-stevens-act>

fue cuestionada en cortes, al considerar que la agencia actuó fuera del ámbito de la Ley. La demanda fue desestimada en las dos instancias de la Corte de Distrito y de Circuito de Washington, D.C., en parte, al considerar que de acuerdo con la doctrina *Chevron*, debía prevalecer la interpretación de las agencias realizada a conceptos estatutarios ambiguos.

La Corte Suprema revisó las sentencias, partiendo precisamente de la aplicación del precedente *Chevron*, el cual fue revocado. El razonamiento que llevó a la Corte a adoptar esta decisión queda resumido en cuatro conclusiones.

La *primera conclusión* es que las cortes, con base en el artículo 3 de la Constitución, tienen la atribución de ejercer la función jurisdiccional sobre casos o controversias, poder que no puede ser coartado. Por ende, y de acuerdo con los Padres Fundadores -o Framers- la interpretación última de las Leyes corresponde al Poder Judicial, como fuera afirmado en el caso *Marbury vs Madison*³⁸. La sentencia recuerda que este control judicial fue codificado en la comentada Sección 706, la cual no reconoce ningún estándar de deferencia que limite el ámbito de control judicial. Por ello, en el voto concurrente del magistrado Thomas, se concluye que *Chevron* viola la separación de poderes (en tanto impide al Poder Judicial actuar en el ámbito del citado artículo 3). La conclusión de este principio es que no puede haber ninguna arista de la actividad -o inactividad- administrativa inmune de control judicial.

Esta primera conclusión merece algunos comentarios. La interpretación de la mayoría parece considerar que el margen de deferencia viola la independencia del control judicial. Pero lo cierto es que la aplicación e interpretación de la doctrina *Chevron* por las cortes de primera y segunda instancia, respondió a la libre apreciación de éstas, incluso, para matizar el alcance práctico de esta doctrina. La propia sentencia reconoce, en varios pasajes, que en la práctica, tal doctrina había derivado en diversos criterios, lo que demuestra que, en suma, el margen de deferencia es resultado del control judicial independiente, y no de una imposición que coarta la función jurisdiccional.

Además, lo cierto es que no hay contradicción alguna entre el *judicial review* basado en *Marbury vs Madison* y el margen de deferencia³⁹. El control judicial de la Constitución no implica que todo el ámbito de acción estatal y, en concreto, de la actividad administrativa de las agencias, puede ser controlado. En suma, el *judicial review* es resultado del contraste entre la actividad estatal y el ordenamiento jurídico. Pero si la Ley deja a las agencias un ámbito de decisión no pre-ordenado, en ese espacio -o laguna, como se le conoce en Estados Unidos- no opera un control judicial pleno sino deferente. Tal debería ser el sentido del estándar de arbitrariedad de la Sección 706, que es en realidad útil para determinar la racionalidad de la opción discrecionalmente escogida por la agencia⁴⁰.

La *segunda conclusión* es que, de acuerdo con la tradición de ese control, el ejercicio independiente de la función judicial usualmente pasa por mantener el debido respeto a la interpretación de los estatutos por el Poder Ejecutivo, especialmente, cuando esta interpretación es consistente en el tiempo. De inmediato -y de forma confusa- la Corte advierte que el respeto es solo eso, y que las opiniones del Ejecutivo pueden informar las opiniones del Judicial, pero no pueden sobreponerse a éstas.

³⁸ En concreto, se citó El Federalista n° 78, de Hamilton. Véase: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp

³⁹ Sobre ello, *vid.* Monaghan, Henry P., "Marbury and the Administrative State", en *Columbia Law Review* n° 83-1, 1983, pp. 1 y ss. Es paradójica a mención a Marbury, pues lo cierto es que el *judicial review* de la Constitución no está expresamente reconocido en el Texto, no puede inferirse literalmente de *El Federalista*.

⁴⁰ Véase en este sentido, a Scalia, Antonin, "Judicial Deference to administrative interpretation of the law", en *Duke Law Journal* n° 3, 1989, pp. 511 y ss.

En realidad, la Corte aludió a la deferencia, pero sin mencionarla. El respeto a las decisiones de las agencias no es, por supuesto, una regla de cortesía sino una regla de decisión que impide a la corte invadir el espacio propio de la agencia. Al respecto, la sentencia comentada recordó cómo, hasta la Ley de Procedimiento Administrativo, la interpretación de asuntos de hecho realizada por las agencias era *respetada*, deferencia que sin embargo no era reconocida a la interpretación de asuntos de Derecho. Citando un caso de 1940⁴¹, la Corte recordó que la conclusión entonces asumida era que esa interpretación es un asunto justificable. Pero como la sentencia recordó, en el caso *Skidmore* de 1944, se afirmó que la interpretación técnica de la Ley por las agencias marca un elemento importante en la revisión judicial, pero el peso de esa interpretación dependerá de diversos factores relacionados con la racionalidad y razonabilidad⁴².

Empero, de acuerdo con la Corte, la citada Sección 706 no otorga cobertura al control deferencial de la doctrina *Chevron*. Aquí, la Corte partió de la interpretación literal de esa Sección y de su análisis histórico, al resumir cómo la opinión original de tal Sección apuntó al reconocimiento del control judicial pleno de las agencias. Con lo cual, la segunda conclusión es que los estándares de revisión judicial derivados de la Sección 706 no admiten ninguna exclusión contraria al control judicial independiente de la actividad de las agencias.

Sin embargo, debemos volver sobre el estándar de arbitrariedad reconocido en la citada Sección 706, que es útil cuando el control judicial no consiste en subsumir la actividad de la agencia con el estatuto. Cuando éste tiene lagunas, esa subsunción no es posible, no al menos en el sentido tradicional. En especial, cuando esas lagunas -como luego veremos- otorgan a las agencias la facultad de escoger entre varias opciones, el control judicial no puede determinar cuál es de esas opciones es la que respeta el contenido del estatuto. Por el contrario, aquí el *judicial review* adquiere una especie de matiz negativo, que le permite declarar arbitraria la opción discrecionalmente seleccionada por la agencia. Y ello solo es posible si se parte de un margen de deferencia⁴³.

La *tercera* conclusión es que la deferencia bajo la llamada doctrina *Chevron*, es inconsistente con la Ley de Procedimiento Administrativo. Hasta ese precedente, las cortes, de manera independiente y en un análisis caso por caso, revisaban la interpretación del estatuto por las agencias. Pero el llamado segundo paso de la doctrina *Chevron* -bajo el cual el control judicial debe presumir la validez de la interpretación de conceptos ambiguos del estatuto- desafía el principio de la Sección 706, conforme al cual, las cortes tienen el poder de revisar todas las cuestiones relevantes de Derecho, incluso, respecto interpretaciones inconsistentes de las agencias.

Las ambigüedades contenidas en el estatuto no implican una delegación implícita a la agencia, y por ende, las cortes retienen el poder de revisar la interpretación de esas ambigüedades. En el voto concurrente el magistrado Gorsuch advirtió que el precedente *Chevron* se había apartado de principios fundamentales del *common law*, al cercenar el poder de interpretación judicial.

Como se observa, el reparo de la Corte consiste en la regla creada en *Chevron*, según la cual, la interpretación “permisible” de ambigüedades en el estatuto por la agencia, se presume válida, lo que implica que el control judicial no puede sustituir tal interpretación. Empero, para la mayoría sentenciadora, las agencias no tienen una competencia especial para resolver

⁴¹ *United States vs. American Trucking Assns., Inc.*, 310 U.S. 534 (1940)

⁴² *Skidmore vs. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944)

⁴³ Manning, John, “*Chevron and Legislative History*”, en *The George Washington Law Review* n° 82, 2014, pp. 1517 y ss.

ambigüedades del estatuto: las cortes son quienes tienen tal poder. Una importante acotación que hace la sentencia es que el diseño de políticas públicas no deviene del uso de términos ambiguos por la Ley, pues esa interpretación es un asunto de Derecho. Y las cortes son el último intérprete de esas cuestiones de Derecho.

Si hacemos abstracción de cómo esta conclusión fue enmarcada en la sentencia comentada, debemos coincidir en que la crítica en la cual se sostiene es correcta. Así, la esencia de la doctrina *Chevron* pasa por considerar que el uso de términos ambiguos, vagos o imprecisos en el estatuto supone siempre una decisión discrecional basada en consideraciones de política pública. Pero ello no siempre es así. El solo uso de una expresión vaga no puede suponer la atribución implícita de poderes discrecionales, en tanto éstos deberían ser asignados expresamente por el estatuto.

En resumen, la tercera conclusión es que el margen de deferencia basado solo en expresiones ambiguas se consideró incompatible con los principios constitucionales y legales del control judicial de las agencias.

Finalmente, la *cuarta* es que este control judicial pleno, basado en el artículo 3 constitucional y la Sección 706, deja a salvo aquellos casos en los cuales el estatuto autoriza el ejercicio de poderes discrecionales, incluyendo la competencia de precisar las materias tratadas en el estatuto, eventualmente, mediante la potestad reglamentaria. En estos casos, el control judicial requiere “interpretar independientemente el estatuto y hacer valer la voluntad del Congreso dentro de los límites de la Constitución”. El control judicial pasa por determinar que, en efecto, el estatuto ha empoderado al ejercicio de la discrecionalidad, y permite además determinar si la agencia adoptó un proceso racional de toma de decisiones, citando entre otros el caso *State Farm*⁴⁴. Por ello, y en conclusión, el control judicial no se opone al reconocimiento, por Ley, de poderes discrecionales que permiten a la agencia complementar la Ley, incluso, mediante reglamentos. El control judicial se orienta, entre otros aspectos, a prevenir la arbitrariedad.

Esta es, para nosotros, la principal conclusión de la sentencia. Pero lamentablemente, su contenido no fue suficientemente elaborado, pues el interés primero era justificar la revocatoria del precedente *Chevron* pero dejando por fuera consideraciones que hubiesen impedido al presidente Roberts, ponente de la decisión, asegurar la mayoría necesaria. En la siguiente sección volveremos sobre esta observación.

De esa manera, las cuatro conclusiones de esta sentencia son: (i) no puede haber ninguna arista de la actividad -o inactividad- administrativa inmune de control judicial; (ii) los estándares de revisión judicial derivados de la Sección 706 no admiten ninguna exclusión contraria al control judicial independiente de la actividad de las agencias; (iii) las reglas de deferencia derivadas del precedente *Chevron* se consideraron incompatibles con los principios constitucionales y legales del control judicial de las agencias, y (iv) el control judicial no se opone al reconocimiento, por Ley, de poderes discrecionales que permiten a la agencia complementar la Ley, incluso, mediante reglamentos.

2. ¿Hacia la doctrina *Loper Bright*? El problema no resuelto de la deferencia

Las cuatro conclusiones resumidas en la sección anterior llevaron a la Corte a resumir su posición de la siguiente manera:

“(El precedente) *Chevron* es revocado. Los tribunales deben ejercer su juicio independiente para decidir si una agencia ha actuado dentro de su autoridad legal, como lo requiere la (Ley de Procedimiento Administrativo). Para este objetivo, es de utilidad analizar la interpretación

⁴⁴ *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n vs. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983)

adoptada Poder Ejecutivo. Cuando una ley en particular delega autoridad a una agencia de acuerdo con los límites constitucionales, los tribunales deben respetar la delegación, al tiempo que se aseguran de que la agencia actúe dentro de ella. Pero los tribunales no necesitan y, en virtud de la (Ley de Procedimiento Administrativo), no pueden diferir a una interpretación de la Ley por parte de una agencia simplemente porque la Ley es ambigua”.

De esta conclusión se infiere, entonces, que la llamada doctrina *Chevron* podría haber sido sustituida por la doctrina *Loper Bright*, la cual se basa en tres principios:

El *primer principio* es que la Ley debe atribuir a la agencia la competencia para ejercer potestades. Sin esa habilitación, las agencias no pueden actuar.

El *segundo principio* es el siguiente: cuando la Ley que asigna competencias emplea términos ambiguos, ello no implica habilitación alguna para que las agencias puedan definir, a su arbitrio, esos términos. Por consiguiente, el control judicial de estos conceptos jurídicos ambiguos no es deferencial, ni se limita a determinar si la interpretación del estatuto es permisible. La interpretación de cuestiones ambiguas de Ley no responde al ámbito de las políticas públicas, por lo cual, el control judicial es pleno.

El *tercer principio* es que, cuando la Ley confiere potestades discrecionales, el control judicial queda fuera del ámbito de las políticas públicas, pero siempre controlando los aspectos determinados en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Si tomamos estos tres principios, y hacemos abstracción del marco constitucional empleado en la sentencia, podemos concluir que el margen de deferencia no solo no fue eliminado, sino que, por el contrario, su contenido fue mejorado en relación con el precedente hoy revocado. Así, el control judicial deferencial no depende del uso de conceptos ambiguos en el estatuto, sino de la atribución, por Ley, de poderes discrecionales, incluso, para precisar o complementar expresiones ambiguas. Cuando el Congreso atribuye esos poderes discrecionales, las cortes deben quedar fuera del espacio de políticas públicas, lo que supone, principalmente, que *el judicial review* se orienta a determinar si la opción escogida por la agencia es arbitraria, en el sentido de la Sección 706. Esto quiere decir que la corte no puede sustituirse en la interpretación de cuestiones de Derecho y que dan lugar a decisiones discrecionales no arbitrarias⁴⁵.

Pero esta sentencia no puede ser interpretada en abstracto. Así, como explicamos, esta decisión es parte de una línea jurisprudencial crítica al moderno Estado administrativo. Además, y a pesar de enunciar el control judicial deferente, lo cierto es que la sentencia no logra explicar los fundamentos constitucionales del control deferencial de la asignación de competencias discrecionales, ni tampoco aclara en detalle cual es el ámbito del control judicial, o cómo impedir que las cortes invadan el espacio de políticas públicas que deriva de la discrecionalidad. La separación de poderes se estudió solo desde el artículo 3 de la Constitución, pero sin tomar cuenta si el Poder Ejecutivo tiene, también, funciones propias que quedan fuera del ámbito del control judicial. En realidad, la mayoría sentencia solo consideró un lado de la moneda -el lado de juzgar- pero obvió el otro lado -administrar-.

Desde la perspectiva de las sentencias ya mencionadas, el caso *Loper Bright* pudiera ser considerado como una pieza más de la interpretación constitucional que, en la relación jurídico-administrativa agente-principal, considera que el Congreso es el principal, esto es, que las

⁴⁵ Por ello, como ha concluido Cass Sunstein, *Loper Bright* puede prestarse a diversas interpretaciones que dependerán de factores exógenos, como la composición de las cortes inferiores y la tendencia política del Gobierno. Cfr.: “The Consequences of *Loper Bright* (July 01, 2024)”, tomado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=> (consulta: 30.6.24).

agencias cumplen un rol fiduciario respecto de éste⁴⁶. Tal lectura explica el concepto de delegación, y niega toda sustantividad propia a las agencias, en tanto éstas se someten a la voluntad del Congreso, a quien sirven. Asimismo, tal lectura explica la aversión a cualquier control judicial deferente, pues tal deferencia implicaría una ruptura de la relación agente-principal. A su vez, el control judicial coloca al Poder Judicial -y a la Corte Suprema- en un primer orden dentro de la separación de poderes. De esa manera, no solo las cortes tienen la última palabra en la revisión de la actividad de las agencias en función a su compatibilidad con el estatuto, sino que también, tienen la última palabra en relación con la compatibilidad del estatuto con la Constitución.

Esta lectura justifica el enfoque del cual parten los magistrados disidentes, al señalar que la doctrina *Chevron* -considerada como la base del Derecho Administrativo- se basaba en las diferentes funciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, y en la capacidad técnica y experticia de las agencias. En el marco de principios como la transparencia y *accountability* (expresión desconocida en el español, pero referida usualmente como rendición de cuentas), las agencias deben contar con un ámbito de decisión que no admite poder de sustitución de las cortes. Si esa diferencia no se toma en cuenta, entonces, el Poder Judicial podría invadir funciones propias del Ejecutivo. Para los disidentes, la Sección 706 no exige que el control siempre sea pleno (o como se le conoce, el control *de novo*), pero tampoco requiere que siempre sea un control deferencial.

Pero frente a la lectura a favor de la primacía del Congreso, otros pasajes de la sentencia comentada sugieren una lectura que reconoce el estatus constitucional de las agencias. De manera imprecisa, como vimos, la Corte reconoce que, de manera tradicional, se ha aceptado que el control judicial debe guardar “respeto” a las interpretaciones de las agencias, pero sin aclarar qué se entiende por “respeto” y, lo más importante, sin enfocar tal “respeto” desde el margen de deferencia. Pero aquí, como Sunstein ha observado, es muy importante que la Corte haya mantenido el precedente *Skidmore*, de 1944⁴⁷. En ese caso *Skidmore*, la Corte Suprema concluyó que las decisiones dictadas por las Administraciones Públicas pueden tener una “autoridad persuasiva”, en la medida en que se trate de decisiones consistentes. En *Loper Bright*, los precedentes *Chevron* y *Skidmore* fueron interpretados con base en la restricción al control judicial independiente: mientras que el primero obliga a una deferencia vinculante a la interpretación de las agencias, el segundo permite considerar, independientemente, si la interpretación del estatuto realizada de manera consistente por las agencias es correcta. Por lo tanto, bajo *Skidmore*, el control judicial independiente sobre potestades discrecionales -y no ya en relación con la interpretación del conceptos jurídicos ambiguos- sería deferente.

En la sentencia comentada hay dos visiones en conflicto. En una, se parte de la primacía del Congreso y del control judicial pleno sobre la interpretación del estatuto; en la otra, se admite con bemoles un control deferente. La Corte Suprema no logró solucionar el problema de la deferencia, que es ante todo un problema de la separación de poderes. En lugar de centrar la atención solo en el precedente *Chevron*, la Corte ha debido mirar más allá para resolver en qué medida la interpretación constitucional del principio de separación de poderes también protege al Ejecutivo frente a intromisiones judiciales, recordando en todo caso que no todo el control sobre el Ejecutivo debe ser judicial.

⁴⁶ La relación agente-principal permite entender, desde las políticas públicas, quién es el sujeto cuyos intereses son representados y protegidos por agentes que actúan, a los fines de identificar potenciales conflictos y problemas. El nombre de “agencias” se usa, precisamente, para resaltar que éstas cumplen un rol fiduciario. La cuestión de interpretación constitucional es definir quién es el principal.

⁴⁷ “The Consequences of *Loper Bright* (July 01, 2024)”, cit.

Frente a esta confusa situación, una posible interpretación de *Loper Bright*, aplicando al Derecho Administrativo Hispanoamericano como referencia, es diferenciar entre el control judicial pleno de los conceptos jurídicos indeterminados, y el control judicial deferente de la discrecionalidad administrativa⁴⁸.

Así, el control de los conceptos jurídicos indeterminados coincidiría con el control de la interpretación de conceptos ambiguos en el estatuto, y que como tal, no requieren margen de deferencia alguno⁴⁹. La doctrina *Chevron*, en estricto sentido, no abordó el tema de la discrecionalidad sino de la ambigüedad. Recordemos el que es, quizás, el pasaje más famoso del hoy extinto precedente:

“(…) si el estatuto guarda silencio o es ambiguo con respecto a una materia en específico, la cuestión que debe resolver la corte es si la conclusión de la agencia se basa en una interpretación razonable de la corte”

Esta afirmación descansó en el caso *Morton*⁵⁰, y considera que si el Congreso ha dejado explícitamente una laguna para que sea llenada por la agencia, debe entenderse que hay una “delegación” expresa (o incluso implícita) a favor de la agencia para llegar esa laguna, incluso, mediante reglamentos, los cuales deben prevalecer salvo que las decisiones administrativas resulten arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la Ley. El tribunal, concluía *Chevron*, no puede sustituir una interpretación razonable hecha por el administrador de una agencia por su propia interpretación de una disposición legal.

Desde la luz de los conceptos jurídicos indeterminados, la principal conclusión de *Chevron* es criticable. Tomando el ya tradicional ejemplo del “edificio en ruinas”, habría que observar que el uso de términos vagos -típicamente técnicos- no conlleva, en sí mismo, reconocimiento de potestades discrecionales para su interpretación y aplicación por la Administración Pública, en tanto solo hay una opción legal: el edificio, o está en ruinas, o no está en ruinas. No podría la Administración considerar que el uso de este concepto jurídico indeterminado le otorga discrecionalidad para decir, conforme a un juicio de conveniencia, si el edificio podría estar en ruinas, dependiendo de las exigencias del interés general⁵¹. Con lo cual, y en clave comparada, coincidimos con la crítica a *Chevron*: el uso de conceptos jurídicos indeterminados no implica, siempre, el reconocimiento de un margen de apreciación.

⁴⁸ Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 222 y ss.

⁴⁹ En realidad, existen dos posiciones en torno a los conceptos jurídicos indeterminados, denominados también discrecionalidad técnica. Una posición, que parece la más difundida, considera que la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, en sí mismo, no da lugar a valoraciones discrecionales, de lo cual resulta que el control judicial es plano. Pero una posición sostiene que, a pesar de lo haber un margen de apreciación discrecional, la interpretación técnica de conceptos indeterminados realizada por la Administración requiere una revisión judicial deferente, ante la especialidad y mejor capacidad técnica de la Administración. Esta solución, como puede observarse, coincide con el margen de deferencia derivado de la hoy extinta doctrina *Chevron*. Véase nuestro estudio previo “El margen de deferencia y la justicia administrativa: un análisis comparado entre Iberoamérica y Estados Unidos” (2024) en: <https://www.joseignaciohernandezg.com/documents/el-margen-de-deferencia-y-a-justicia-administrativa-un-analisis-comparado-entre-iberoamerica-y-estados-unidos/> (consulta: 30.6.24).

⁵⁰ *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974). Según esta sentencia, el poder de la agencia de administrar un programa creado por el Congreso requiere necesariamente abordar aspectos de política para llenar las lagunas que el estatuto deja.

⁵¹ Recordando la posición en Alemania, Arrojo Jiménez lo resume así: “la interpretación y aplicación al caso de estos conceptos indeterminados admitiría una única solución correcta y el juez dispondría de plena jurisdicción para declararla” Cfr.: “Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo”, cit, p. 135.

Pero como también sucede en el Derecho Administrativo Hispanoamericano, la Ley puede confiar a la Administración Pública poderes discrecionales para interpretar, en cada caso concreto, la solución más conveniente al interés general, de lo cual resulta que hay varias opciones válidas, sin que el control judicial pueda sustituirse en el juicio de oportunidad y conveniencia. Volvamos al pasaje de *Loper Bright* que, con toda seguridad, pasará a ser uno de los precedentes más discutidos:

“En un caso que involucra a una agencia, por supuesto, el significado de la Ley bien puede ser que la agencia está autorizada a ejercer cierto grado de discreción. El Congreso ha promulgado a menudo este tipo de estatutos. Por ejemplo, algunas leyes "delegan expresamente" en un organismo la facultad de dar sentido a un determinado término legal (...)

Cuando la mejor interpretación de una ley es que delega autoridad discrecional a una agencia, el papel del tribunal de revisión bajo la (Ley de Procedimiento Administrativo) es, como siempre, interpretar independientemente La ley y hacer efectiva la voluntad del Congreso sujeto a los límites constitucionales”.

El primer párrafo incluso coincide con un principio del Derecho Administrativo Hispanoamericano tributario de Alemania, recientemente analizado por Arroyo Jiménez: si la Ley atribuye a la Administración un margen de apreciación para concretar el concepto jurídico indeterminado, entonces, entonces, la concreción de tal concepto por la Administración no podría ser sustituida por un control de conveniencia del juez, pues la Ley reconoce un margen de apreciación⁵². Por ejemplo, si la Ley asigna la competencia para definir los criterios técnicos que permiten calificar a un edificio en ruinas, entonces, la interpretación fijada por la Administración al definir esos criterios debería corresponder a un margen de apreciación⁵³.

En resumen, en el nuevo precedente, se acepta que el estatuto sí puede atribuir a las agencias facultades discrecionales, atribución que debe ser en todo caso expresa, y que no puede inferirse, tan solo, del uso de conceptos vagos. El control judicial de esa autoridad discrecional será, entonces, deferente, pues no podrá invadir espacios de política, aun cuando las cortes podrán ejercer el control sobre la arbitrariedad en los términos de la citada Sección 706⁵⁴.

CONCLUSIÓN

Con todas sus imperfecciones, la doctrina *Chevron*, durante los últimos cuarenta años, se había transformado en la guía que permite conciliar el control judicial con el margen de deferencia que requieren las agencias, en el contexto de la expansión del moderno Estado administrativo. Las críticas a este moderno Estado, por ende, convergieron en las críticas a *Chevron*, basadas en una concepción libertaria del Derecho Administrativo, esto es, la interpretación que da preferencia a la libertad individual por sobre la actividad regulatoria⁵⁵. Bajo tal interpretación, la sola idea de deferencia -y no solo las críticas a la formulación de la doctrina comentada- es considerada contraria al *judicial review* derivado de la primacía del artículo 3 constitucional.

⁵² “Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo”, cit., p. 135.

⁵³ Véase lo que exponemos en “After Chevron: The Constitutional Foundations of U.S. Administrative Law from a Comparative Latin American Perspective, Int’l J. Const. L. Blog, Jul. 3, 2024, tomado de: <http://www.icconnectblog.com/after-chevron-the-constitutional-foundations-of-us-administrative-law-from-a-comparative-latin-american-perspective/>(consulta: 5.7.24).

⁵⁴ Para una comparación entre la interdicción de arbitrariedad en Iberoamérica y el concepto de arbitrariness, vid. Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 45 y ss.

⁵⁵ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, “Libertarian Administrative Law”, en *The University of Chicago Law Review* n° 82, 2015, pp. 393 y ss.

En *Loper Bright* encontramos ecos de esa interpretación libertaria, que sin embargo, no logró elevarse a precedente. En nuestra opinión, ello responde a la delicada función que cumplió el presidente Roberts, al buscar puntos de coincidencia en la mayoría del ala conservadora pero sin abordar aspectos considerados sensibles por los magistrados que se encuentran en el segmento más libertario de esa ala, esto es, los magistrados Thomas y Gorsuch. Por ello, la Corte solo afirmó la gran conclusión que une a Roberts, Alito, Kavanaugh, Thomas y Gorsuch: el precedente *Chevron* debía ser revocado pues impide a las cortes revisar independientemente aspectos de Derecho basados en conceptos ambiguos. Tímidamente, se avanzó en el reconocimiento del moderno Estado administrativo y en la aceptación de que el Congreso puede “delegar” autoridades discrecionales a las agencias. Si la Corte no avanzó más, es por cuanto no hubiese logrado la mayoría.

Con lo cual, lo que ahora interesa no es volver sobre la extinta doctrina *Chevron*, ni tratar de insistir en que el uso de conceptos vagos por el estatuto siempre conduce a un margen de apreciación. El verdadero reto del Derecho Administrativo de Estados Unidos es cómo construir una interpretación sistemática y racional que, partiendo de la diferencia entre conceptos legales vagos y autoridad discrecional (en una clave parecida a la distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa), logre el balance entre el control judicial y la discrecionalidad administrativa sin la cual, las agencias no pueden cumplir de manera efectiva con sus mandatos.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COMPARADO

Víctor Rafael Hernández-Mendible

*Director del Centro de Estudios de Regulación Económica
en la Universidad Monteávila*

Resumen: *Esta crónica describe un importante libro publicado recientemente, que compendia aproximadamente cuarenta años de investigación, reflexión y proposición de las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo.*

Palabras Clave: *Derecho Administrativo; Derecho Comparado; Acto; Contrato; Servicio Público.*

Abstract: *This chronicle describes an important book published recently, which summarizes approximately forty years of research, reflection and proposition of the fundamental institutions of Administrative Law.*

Key words: *Administrative law; Comparative law; act; contract; public service.*

Continuando con una actividad, ya tradicional, de la Universidad Monteávila de Caracas, el Centro de Estudios de Regulación Económica (UMA-CERECO) de esta casa académica, conjuntamente con la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y el apoyo técnico de la Fundación Universitas organizó el día 30 de abril de 2024, la presentación de la más reciente producción jurídica del profesor José Araujo-Juárez, titulada **TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COMPARADO**, en el marco de los casi ocho lustros de vida académica del autor.

La presente reseña tiene por finalidad dar cuenta de ese trascendental acto de la vida universitaria y de la obra que motivó tal actividad, no sin antes situar al interesado en la atmósfera que acompañó esta presentación.

I. LOS ANTECEDENTES

Este proyecto editorial cuenta como precedentes, las publicaciones del profesor Araujo-Juárez con las prestigiosas casas editoriales nacionales Vadell Hermanos, Ediciones Paredes, FUNEDA, Editorial Jurídica Venezolana e internacionales como Porrúa en México y Ediciones Jurídicas Olejnik en Chile.

Esta obra es el producto de aproximadamente cuarenta años de estudio, análisis, reflexión y revisión de las ideas propias y de terceros, que luego de la debida maduración ha generado una publicación, que empleando un término propio de la enología para clasificarla según el tiempo de añejamiento, sería un “*gran reserva*”, en el que ha combinado caldos nacionales e internacionales.

El «*Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado*» hace su aparición gracias al apoyo de la novel, aunque ya consolidada editorial del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

Es oportuno destacar que esta casa editorial es la misma que en noviembre de 2018 publicó el libro colectivo, «*Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia*».

Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez», que se organizó desde el Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO-UMA), bajo la coordinación de los profesores Víctor Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno, quienes contaron con la participación de 32 autores, de 13 países de América y Europa, además de los 5 prologuistas de la obra académica previa del homenajeado y que tiene un total de 805 páginas. Esta publicación fue presentada en abril de 2019, por los profesores Miguel Ángel Torrealba Sánchez, director adjunto de CERECO-UMA y el profesor Antonio Silva Aranguren en su condición de editor y representación del CIDEP, en el marco de la Feria del Libro de la Universidad Central de Venezuela.

Luego de aquel homenaje el profesor Araujo-Juárez continuó su labor de investigación y difusión a nivel internacional con Ediciones Jurídicas Olejnik, a través de la cual se publicaron 10 nuevos libros sueltos: 1. «Derecho Administrativo Constitucional»; 2. «La Teoría de la Cláusula Exorbitante»; 3. «La Justicia Administrativa y el Contencioso de Anulación»; 4. «La Nulidad del Acto Administrativo», todos en 2020. Seguidos de 5. «Constitución Administrativa»; y 6. «El Derecho Administrativo: Introducción. Fundamentos. Sistema de fuentes», en 2021. Posteriormente, 7. «La Administración Pública: Organización Administrativa. Empleo Público. Responsabilidad Patrimonial»; 8. «El Acto Administrativo: Antecedentes. Régimen Jurídico. Nulidad Administrativa»; 9. «El Contrato Público: Sistemas de contratación pública. Régimen Jurídico. Contratos Públicos Particulares», en 2022. Finalmente, 10. «Derechos de los Servicios Públicos», en 2023.

En paralelo, el profesor Araujo-Juárez junto al profesor Allan Brewer-Carías, coordinaron la obra colectiva «Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999», cuya primera edición es de 2020¹ y la segunda edición de 2021, publicadas por la Editorial Jurídica Venezolana.

Además, el profesor Araujo-Juárez organizó con el profesor Víctor R. Hernández-Mendible, la obra colectiva «Retos del Derecho Público en la Tercera Década del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor José Luis Villegas Moreno», con motivo de la jubilación de éste en la Universidad Católica del Táchira, coeditado por CERECO-UMA y la Editorial Jurídica Venezolana, en 2021².

Más recientemente participó en la obra colectiva internacional coordinada por los profesores Allan R. Brewer-Carías, Luciano Parejo Alfonso y Víctor Rafael Hernández-Mendible, titulada «El Derecho Público y sus Retos Actuales. Libro Homenaje al profesor Libardo Rodríguez R.», editada por Temis-Editorial Jurídica Venezolana-Reus, en Bogotá, 2023³, en la que participó junto a otros 43 académicos de América y Europa, con el estudio sobre *La constitución y la noción de servicio público: propuesta de revisión*.

¹ La presentación de esta obra puede verse enteramente, en la siguiente dirección electrónica: https://www.youtube.com/watch?v=_1WpV0HbmUA&list=PLRJBaSLMa1H1pujXwVLFd0nhxUQSwv0P&index=78&t=34s

² La presentación de esta obra puede verse en la primera sesión, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=iQz2gwFZPjQ&list=PLRJBaSLMa1H1pujXwVLFd0nhxUQSwv0P&index=56&t=489s>; y en la segunda sesión, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=a2Azxf0X2WI&list=PLRJBaSLMa1H1pujXwVLFd0nhxUQSwv0P&index=55&t=9s>

³ La presentación de esta obra puede verse completa, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=zQNTmQQTKGw&list=PLRJBaSLMa1H1pujXwVLFd0nhxUQSwv0P&index=178&t=10s>

En este orden de ideas, también coordinó el libro colectivo internacional «El Servicio Público», que incluye la semblanza realizada por el profesor Allan Brewer-Carías, del catedrático Eduardo García de Enterría con motivo del centenario de su nacimiento y que constituye el volumen VIII de la colección de Derecho Administrativo Comparado, que dirige el profesor Libardo Rodríguez R.. Este fue coeditado por el Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), Temis y la Editorial Jurídica Venezolana, en Bogotá, 2024.

Así mismo, atendiendo otra invitación internacional escribió el trabajo *Constitucionalización del Derecho y procedimiento administrativo en la República Dominicana*, para el libro colectivo internacional «Décimo Aniversario de la Ley N° 107-13, que regula los derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo», coordinado por el profesor Víctor Hernández-Mendible y publicado por la Editorial Jurídica Internacional, en Santo Domingo, 2024⁴, en la que colaboraron 33 autores de América y España.

Más recientemente, recibió otra invitación internacional para prologar el libro colectivo «*Régimen de Responsabilidad del Estado -Ley 8.968 de la Provincia de Mendoza- y su comparación federal*», dirigido por los profesores Jorge H. Sarmiento García y Guillermo Garay Cueli, así como coordinado por el profesor Javier Urrutigoity, que ha publicado el Instituto de Estudios de Derecho Administrativo -IEDA- y el Centro de Capacitación e Investigaciones Judiciales «Dr. Manuel A. Sáez», adscrito a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Argentina.

A lo anterior cabe agregar las publicaciones en las distintas revistas jurídicas.

Como puede observarse, el *Liber Amicorum* se constituyó en un aliciente para el profesor Araujo-Juárez, quien dando continuidad a su compromiso de estudiar permanentemente con la finalidad de cada día aprender algo nuevo, ha mantenido su infatigable actitud de investigar y escribir, asumiendo incluso la revisión de su obra, de cara al inicio de la tercera década del siglo XXI.

Haber desarrollado una vida con propósito le mereció que en 2019 fuese designado como miembro honorario y en 2022 le otorgasen el premio de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), por sus «aportes fundamentales a la doctrina venezolana» y cabe apostillar que también a la iberoamericana, tal como ya había sido reconocido previamente por sus colegas de ambos continentes⁵.

En tal contexto es que se llegó a la jornada de puesta en circulación del «*Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado*».

II. LA PRESENTACIÓN DE LA OBRA

El acto que tuvo una duración de 2 horas 27 minutos fue inaugurado por el presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, profesor Antonio Silva Aranguren, pero en su condición de editor de la publicación.

⁴ La presentación de esta obra puede verse enteramente, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=MezzMs2Nb-A&t=3269s>

⁵ Cisneros Farías, G., Ivanega, M., y Rotondo Tornaria, F., *El Derecho Administrativo en Iberoamérica. Doctrinarios y Estudiosos*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 2014, 882, pp.; véase la reseña en Hernández-Mendible, V. R., *El Derecho Administrativo en Iberoamérica. Doctrinarios y Estudiosos*, *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 497-502.

En esa oportunidad efectuaron su intervención formal, los profesores Allan Brewer-Carías y Libardo Rodríguez R., quienes se refirieron a la importancia de la obra en perspectiva nacional y comparada respectivamente; el profesor José Luis Villegas Moreno, quien presentó la estructura y el contenido del Tratado; seguidamente intervino el profesor José Araujo-Juárez, autor del Tratado, quien destacó la importancia y vigencia del Derecho Administrativo⁶; y las palabras de clausura las pronunció el director adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica, profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez⁷.

Esta obra proyecta una visión integral sobre los temas centrales del Derecho Administrativo que más interés y polémica han generado en la realidad nacional, sin desatender la perspectiva comparada y que contiene una contribución a los nuevos debates que se podrán producir con quienes desde la ciencia jurídica pretendan entablar diálogos serios y constructivos sobre las instituciones, las categorías, los principios, los valores y las normas que deben conformar y regir el futuro Estado de Derecho, una vez que éste sea restablecido.

Dada la dimensión de la obra, no resulta posible detallar todos los temas abordados, ni tampoco es correcto seleccionar algunos a discreción, en detrimento de otros. Así que se procederá a indicar que el Plan General de la Obra está estructurado en 5 volúmenes, en una extensión de 2.852 páginas, que abarcan las categorías fundamentales de la disciplina del Derecho Administrativo. En tal sentido la composición del «*Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado*» es la siguiente:

Volumen 1. Fundamentos. Fuentes de Derecho, pp. 609.

Volumen 2. Administración Pública, pp. 608.

Volumen 3. Acto administrativo, pp. 370.

Volumen 4. Contrato público, pp. 566.

Volumen 5. Servicio Público, pp. 699.

Cabe destacar que cada volumen está dedicado a un jurista vivo que ha tenido especial influencia en el pensamiento del Maestro trujillano. Así los volúmenes están dedicados a Jorge H. Sarmiento García, profesor emérito en la Universidad Nacional de Cuyo en Argentina; Luciano Parejo Alfonso, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid en España; Libardo Rodríguez R., profesor de la Universidad Nacional de Colombia y presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); Allan R. Brewer-Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela; y Jean-Louis De Corail, *professeur émérite* à *L'Université Panthéon-Assas*, Paris II en Francia.

Ello constituye la confirmación de lo que se había expresado anteriormente, si el profesor Araujo-Juárez ha construido su propio espacio y logrado una proyección académica más allá de las aulas universitarias locales, ha sido porque como permanente estudioso, ha sacado provecho de los gigantes de la disciplina que le han precedido⁸.

⁶ Araujo-Juárez, J., Derecho Administrativo: Vigencia e importancia, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 22, Caracas, 2023.

⁷ La realización de esta actividad se encuentra en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=gnoV2kmCRuY>

⁸ Hernández-Mendible, V. R., Presentación, (coords. Víctor Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno), *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA) y Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2018, p. 21.

El autor es sin duda un auténtico representante contemporáneo de la máxima atribuida a Plinio, el viejo, al referirse al pintor Apeles de Colofón, de quien se decía «*nulla dies sine linea*».

III. LOS APRENDIZAJES QUE SE PUEDEN EXTRAER DEL TRATADO

Esta publicación brinda varias lecciones a las presentes y las nuevas generaciones de profesores, investigadores, abogados y estudiantes, más allá de la transferencia de los conocimientos sobre el Derecho Administrativo.

La primera es que la condición de Maestro no depende de un título, un reconocimiento, una designación o un cargo en una institución académica, sino de la actitud, el modelaje, el respeto por los demás y la integridad en todo lo que se hace, en especial, en la honestidad intelectual.

Ello permite apreciar que el Tratado sirve de ejemplo a quienes están estudiando el pregrado y se inician en el mundo académico, respecto a la disciplina y la paciencia que se debe tener en la investigación, para lograr obtener resultados rigurosos, de calidad y que trasciendan.

A quienes cursan los niveles de especialización, maestría y doctorado de Derecho Administrativo, les da la oportunidad de leer y documentarse a través de una de las pocas publicaciones nacionales -junto a las de los profesores Brewer-Carías⁹ y Peña Solís¹⁰- que de manera exhaustiva y actualizada abordan las grandes categorías de la disciplina, permitiéndoles efectuar un estudio, análisis, valoración de definiciones o conceptos, clasificaciones, caracterizaciones, que les conduzca a formular sus propias conclusiones.

A los abogados no especializados le otorga acceso a la consulta sobre los temas de ejercicio profesional y una oportunidad de tener referencias de otras fuentes actualizadas, para ampliar la búsqueda de información y conocimientos.

A los profesores que son realmente académicos -y no meros impartidores de clases o facilitadores de guías o apuntes-, les recuerda el deber de comportarse como tales aprovechando el tiempo en lo trascendente, investigando y produciendo nuevo conocimiento, de manera permanente y sólida, teniendo en consideración los avances de la disciplina, en función del desarrollo y la innovación que experimenta el Derecho Administrativo en las nuevas realidades jurídicas, políticas, económicas, sociales, culturales, tecnológicas y ambientales.

Es importante destacar que la obra por tener una perspectiva comparada no se queda circunscrita al Derecho Administrativo nacional, sino que tiene una proyección internacional, por lo que constituye una referencia de estudio y consulta, al menos en los países del sistema continental, que tienen como fuente de inspiración el Derecho Administrativo clásico.

No se puede finalizar esta reseña sin agradecer el compromiso del profesor Antonio Silva Aranguren, que nuevamente ha depositado la confianza en el profesor Araujo-Juárez para la publicación del Tratado, así como por toda la labor que viene realizando a través del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), con las demás obras que han editado.

⁹ Brewer-Carías, A. R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Tomos I al VI, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 6.438.

¹⁰ Peña Solís, J., (edición actualizada por Nélida Peña Colmenares), *Manual de Derecho Administrativo*, CIDEP, Caracas, Vol. I, 2021, pp. 625; Vol. II, 2022, 591; Vol. III, 2023, pp. 553.

Como no puede ser de otra manera, finalizo esta breve recensión, agradeciendo a título personal y de todos quienes estudiamos el Derecho Administrativo en Venezuela y en los otros países de Iberoamérica, a mi Maestro venezolano José Araujo-Juárez, por la constancia y la generosidad para obsequiarnos este «*Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado*», en una época en la que se requiere de tanta reflexión y ponderación para la repriminación del Derecho Administrativo, que sin renunciar a la consecución del bien común, se reafirme en garantizar la efectiva protección de los derechos y las libertades públicas, en el mismo momento en que se retorne a la democracia y se restituya el Estado de Derecho.

INFORMACIÓN

EN HONOR DE RAMÓN PARADA VÁZQUEZ*

Reproducido de la *Revista de Administración Pública*,
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007

Los compañeros, los discípulos, los amigos de Ramón Parada Vázquez, todos llenos de admiración y de cariño ante una personalidad tan singular, nos hemos puesto de acuerdo para ofrecerle un merecidísimo homenaje con motivo de su jubilación universitaria, homenaje que recoge el presente número de *Revista de Administración Pública*.

Ramón Parada ha sido un hombre capital en el desarrollo de nuestro Derecho Administrativo contemporáneo. Su vitalidad, su agudeza, su originalidad indesmentible, su pasión en la lucha contra la injusticia, la amplitud y profundidad de su obra, la extensión y calidad de sus discípulos, le han asignado un lugar distinguido en la historia reciente de nuestro Derecho Administrativo, como la historia de esta misma *Revista* bastaría para acreditar.

Nacido en La Coruña el día 13 de marzo de 1933, su formación inicial, desde las primeras letras hasta concluir el bachillerato, la hace entera en Valladolid, en el Colegio de San José, de los Jesuitas. La licenciatura en Derecho también en Valladolid en su Facultad de Derecho, ahora en el Colegio Mayor Santa Cruz, fundado por el Cardenal Mendoza, en 1492, el año del descubrimiento de América, institución medular de aquella Universidad, de la que Ramón Parada siempre ha sido especialmente devoto. En ese Colegio se alojaban entonces los seminarios de la Facultad de Derecho y, por ende, allí tuve mi primer seminario cuando gané, en 1957, la cátedra de Derecho Administrativo en dicha Universidad. Años después, en las paredes de ese cinco veces centenario Colegio Mayor se inscribiría mi Víctor como doctor honoris causa de aquella Universidad, un honor que recibí con especial emoción, por lo que después diré.

El mismo año en que concluye la carrera, 1953, ingresa Ramón Parada en el Cuerpo Jurídico Militar. Su primer destino le llevará a la Capitanía General de Canarias y después a Guinea, donde permanece dos años, trasladándose seguidamente a la Auditoría de Guerra de la Capitanía General de Valladolid con la firme decisión de integrarse en la vida universitaria, al parecer influenciado por alguno de mis trabajos sobre la Administración española y el libro de la expropiación forzosa. Así me lo dijo un día indeterminado del curso 1958-1959, al abordarme a la salida de una de mis clases del aula Gregorio López de la Facultad de Derecho, que es cuando le conocí. Desde entonces, hasta 1971 que gana la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna, Ramón Parada me acompañó en todas mis clases y me asistió en los exámenes junto con Lorenzo Martín-Retortillo.

Su práctica en la Justicia Militar seguramente influyó en una cierta tendencia, que ha mantenido siempre, a creer especialmente en los instrumentos del Derecho Penal para combatir las irregularidades y corrupciones administrativas, acompañado de un cierto escepticismo

* Texto publicado en la *Revista de Administración Pública* N° 174 Septiembre-diciembre 2007, Madrid, p. 9-15.

por los habituales remedios contencioso-administrativos. Precisamente su primer trabajo, bajo mi dirección, publicado en el número 31 de esta *Revista*, lleva por título «La responsabilidad de los funcionarios públicos y sus obstáculos. Autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas en el proceso penal».

Antes de seguir adelante, permítaseme recordar aquella entrañable Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, entonces en uno de sus mejores momentos, de modo que quienes pudimos vivirlos conservamos un recuerdo indeleble de la institución y de los hombres de calidad que la servían con ilusión y con eficacia. La Facultad estaba entonces en una etapa brillante y esperanzada, animada por un brillante conjunto de Catedráticos y Profesores. Casi a la vez que yo, habían ingresado como Catedráticos Juan Antonio Arias Bonet y Enrique Fuentes Quintana. Entre los seniors, el Decano, José Antonio Rubio Sacristán (que era Doctor en Historia por una Universidad alemana, de Economía por la Columbia neoyorkina y Doctor en Derecho en España, además de perteneciente al grupo literario del 27, gran amigo de Lorca), y el Rector, el civilista don Ignacio Serrano, la pulcritud moral en estado puro. Otros seniors eran Emilio Gómez Orbaneja, en Procesal; en Político, Teodoro González; José Girón Tena, en Mercantil; don Vicente Guilarte, en Civil. Era de especial calidad el conjunto de Profesores Adjuntos (Ángel Torío, Mariano Martín Granizo, los dos jóvenes Cuitarte -Alfonso y Vicente-, Ángel Huarte, Ángel Allúe, Justino Duque, Javier Bellogín, etc.).

Ese conjunto nada común de inteligencia activa mantenía una altísima ilusión docente, así como un clima fraternal y alegre.

Fue en aquel irrepetible escenario donde se acercaron a mí mis primeros colaboradores - y también mis primeros discípulos-. Ramón Parada fue justamente quien inicia esta vía colaborativa, quedando incorporado a la Cátedra de la que enseguida pasó a ser Profesor Ayudante, el primero, por tanto, de lo que luego sería un más amplio grupo. Antes, ciertamente, se había acercado a mí Alejandro Nieto (que penaba en la Facultad por encontrar un catedrático dispuesto a patrocinar una tesis doctoral que tenía prácticamente ultimada, sistematizando la regulación y la práctica administrativa del régimen de «Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras»). Después de Ramón Parada se incorporó Lorenzo Martín-Retortillo, recién doctorado en Bolonia, y, de la mano de Parada, Ramón Martín Mateo, cuando regresó de Guinea, donde había prestado servicios como Interventor del Ayuntamiento de Santa Isabel, hoy Malabo, coincidiendo con Ramón Parada en esa última colonia española. El grupo, notable por la personalidad rotunda de sus miembros, se singularizó enseguida como el que formaban mis primeros discípulos, pues todos ellos se acreditaron enseguida científicamente con la pronta y concienzuda elaboración de sus tesis doctorales, tras cursar los cursos teóricos docentes (en los cuales, por cierto, uno dirigido por mí, con el método de los seminarios, sobre la recién publicada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958).

Quizás deba destacarse que Ramón Parada fue también el que encaminó hacia el Derecho Administrativo a José Antonio Manzanedo, también Colegial de Santa Cruz, persona dominada por el entusiasmo, luego de ingresar en el entonces Cuerpo Superior de Administración Civil en el Ministerio de Industria. Falleció trágicamente recién ganada la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo junto con su mujer, en un lamentable accidente. En la nota necrológica que yo mismo le dediqué (RAP núm. 67, de 1972), observé ya que había sido precisamente Ramón Parada quien había sabido «convertir en vocación definitiva» el entusiasmo de Manzanedo. También Parada ayudó decisivamente a encauzar hacia la Cátedra a otro valioso alumno de Valladolid, Tomás Ramón Fernández. También fue Ramón Parada el que, durante su paso por la Universidad de La Laguna, sacó de sus Islas Canarias a Luciano Parejo hacia la metrópolis, donde haría una brillante carrera docente. Ramón Parada sirvió después como Catedrático de Derecho Administrativo en las Universi-

dades de Valencia y Barcelona, antigua Universidad Central, donde dejó también su semilla magistral con nuevos Catedráticos como Manuel Ballbé, Enrique Argullol y Joaquín Ferret, estos dos últimos inicialmente atraídos a la Universidad por el carisma de Sebastián Martín-Retortillo. Tras un paso rápido por la Complutense de Madrid, pasó a cubrir la plaza de Catedrático de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, donde ya se ha jubilado, finalmente. Son numerosas las tesis doctorales por él dirigidas y los nuevos discípulos que acertó a formar en la UNED, como Blanca Lozano y Silvia del Saz, Catedráticas igualmente, y Jesús Prieto, Mariano Bacigalupo, Carmen Fernández, Marta Lora-Tamayo, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Juan-Cruz Alliturillas, Profesores Titulares. Parada ha sido, pues, un profesor vocacional y ejemplar, que no sólo ha formado miles de escolares en el rigor y el conocimiento del Derecho Público, sino que también ha sabido conducir a la cátedra a un grupo sumamente relevante de discípulos suyos.

Su obra escrita ha dejado en el Derecho Administrativo español aportaciones de primer orden. Su libro inicial fue una singular investigación sobre *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, que editó en Sevilla el Instituto García Oviedo en 1963, y que marcó ya una de las características propias de su obra, una singular originalidad, hecha de una profunda reflexión sobre las materias estudiadas. *Sindicatos y asociaciones de Funcionarios públicos*, en 1968, obra de nuevo polémica sobre la materia de la organización profesional de los funcionarios. El libro siguiente lo publica ya en colaboración precisamente con José Antonio Manzanedo, a quien ya nos hemos referido, y versó sobre *Corporaciones locales y desarrollo económico*, en 1971. En Caracas, como fruto de uno de sus viajes lectivos a Venezuela (yo mismo le acompañé en otro, en el que hablamos, quizás por vez primera en ese país, de Derecho Urbanístico, por cierto, con el más impresionante éxito de público gracias a la espectacular organización del Profesor Brewer-Carías), ha publicado, en la Editorial Jurídica Venezolana, el libro *La Administración y los jueces*, en que se recogen diversos trabajos monográficos publicados ya en esta REVISTA y unidos en la misma temática de confrontación de funciones y competencias entre la Administración y la Jurisdicción (el ya citado de los obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos; El privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso; la réplica a la impugnación del anterior estudio por Alejandro Nieto, El sistema de conflictos entre la Administración y los Tribunales, y, en fin, La potestad sancionadora de la Administración y la crisis del sistema judicial penal).

Un libro más analítico y expositivo fue el que dedicó a *La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo común. Estudio sistemático y comentario de la Ley 30/1992*, Madrid, 1995, una obra cuidada y puntual, que ha jugado un papel relevante en la interpretación y aplicación de esa Ley capital en nuestro Derecho Público.

Pero resulta claro que su obra básica es su gran tratado -aunque su pudor le ha impedido llamarlo así, titulándolo simplemente *Derecho Administrativo*- en tres gruesos tomos. El I comprende la *Parte General*; el II, *Organización y empleo público*, y el III, *Bienes públicos y Derecho Urbanístico*, una espléndida y cuidada obra, sin parangón en nuestra disciplina por su amplio contenido, con un total de 1.550 páginas, que ha tenido en el mercado el éxito que merece por la excepcional y cualificada calidad de su rico contenido, alcanzando el mayor número de ediciones que ha logrado nunca en España una obra de Derecho Administrativo, general o monográfica: 16 ediciones el tomo I, 19 el tomo II, y 11 el tomo III.

Pero lo interesante de esta obra es, naturalmente, su rico y jugoso contenido. En ella lucen en el difícil y comprometido género de las obras generales las cualidades del Profesor Parada. La Parte General de la obra contiene un caudal importante de singularidades, que no parece que sea éste el lugar apropiado para señalar. Sí resaltaré, no obstante, que en el estilo literario de esta seria y objetiva exposición técnica sorprende con frecuencia el desgarro de alguna expresión que el autor elige para robustecer determinado significado técnico (por

ejemplo: en página 37 del tomo I: «cuando los ciudadanos se relacionan con la Administración deben tener muy presente, si no quieren caer en la trampa de Caperucita que, tras la apariencia de un sujeto de Derecho, de una persona jurídica -de una débil abuelita-, la Administración Pública esconde las garras normativas, ejecutorias y sancionadoras del que, por su posición jurídica, sigue siendo el más fuerte y arrogante de los poderes públicos»). Son siempre especialmente agudas las caracterizaciones históricas o de Derecho comparado, que no duda en tratar directamente, para explicar alguna peculiaridad de actuación de la Administración, así como su significación política.

Con frecuencia, Parada cree necesario tener que explicar la particularidad del régimen de una determinada institución o regulación y para ello la compara con los regímenes paralelos en otros sistemas positivos (francés, inglés, norteamericano, italiano), lo que hace con particular agudeza (un simple ejemplo: «sistemas comparados de ejecución de los actos administrativos», I, p. 149 y ss.), llegando por estas vías incluso al «cuestionamiento constitucional» de la regulación de nuestro Derecho (por ejemplo, p. 159 y ss.).

No tendría sentido intentar una enumeración completa de las originalidades que la densa y nutrida exposición de la Parte General de su tratado realiza Parada. Baste con señalar que esas construcciones personales son constantes, siempre agudas y medidas, sin perjuicio de que en algún caso singular puedan resultar eventualmente cuestionables (como, por lo demás, ocurre siempre que un autor arriesga la originalidad).

Hay que decir que probablemente sea en los tomos II y III de esta obra importante donde puedan encontrarse más motivos de reflexión. Creo que es la primera vez que en nuestra bibliografía se incluyen en una obra general y sistemática partes tan relevantes en la regulación y en la actuación administrativa como son la organización, el empleo público, los bienes públicos y el Derecho Urbanístico.

Es seguro, por tanto, que el efecto práctico de esta importante obra conocerá, por fuerza, una trascendencia considerable, tanto teórica como, especialmente, práctica.

Por poner un ejemplo llamativo: Parada no tiene inconveniente en caracterizar el régimen del sistema autonómico, en su sustancial reforma de 2006-7, con el siguiente epígrafe: «Hacia el Estado de las desarmonías de tipo confederal: los nuevos Estatutos aprobados en 2007», tipificando sin reserva las infracciones constitucionales que han venido, en efecto, a consagrar, como yo también me permito creer. Por ello, no duda en hablar del «inaudito maquiavelismo en la regulación de los conceptos competenciales, las clases de competencias y las potestades que comprenden... precisiones conceptuales que sólo corresponden a la Constitución y, en su defecto, al intérprete de ésta, el Tribunal Constitucional. Permitir que esos elementos estructurales del sistema puedan ser regulados, y de manera distinta, por cada Estatuto de autonomía supone desconstitucionalizar el sistema, una locura. Una locura, sí, pero también un grosero ardid para arañar competencias claramente estatales... Infracción manifiesta del principio de constitucionalidad y del de coordinación entre las Comunidades Autónomas y la Hacienda del Estado (arts. 156.1 y 149.1.13.)» (p. 121).

De interés especial resultan también sus reflexiones sobre «la reducción de los municipios en Europa y la pervivencia en España del minifundismo municipal» (pág. 149), formulando luego una reflexión sobre «la crisis de la provincia española y su potenciación en la Administración comparada» (pág. 185). Estudiando la «Competencia y régimen de las corporaciones locales», otro visible epígrafe precisa «la acreditada inoperancia del control judicial». Y al tratar de la Administración institucional, y dentro de ella de las Agencias Estatales, no duda en decir que «la filosofía o fantasía que subyace en este nuevo experimento consiste en que la Administración General del Estado... establece un marco de evaluación y de control», lo que califica sin reparo de «marketing para vender esta figura» (p. 240). Y

en la misma página continúa: «A la espera de que la realidad confirme tan felices augurios, lo que sí puede adelantarse es que las agencias van a suponer un aumento de la nómina de la burocracia política... de cargos de libre disposición», que enumera. Y continúa: «Asimismo las Agencias disminuirán o enturbiarán la responsabilidad directa de los Ministros al sustituir el principio de jerarquía mediante instrucciones... por la alambicada técnica del llamado contrato de gestión, que es todo... menos un contrato» (p. 241). Y concluye: «Estamos ante un manifiesto abuso del lenguaje jurídico».

Se verá que en un tratado puramente jurídico se hacen constantemente, sin el menor complejo de «pureza metódica», valoraciones políticas y de oportunidad. Siendo, como es, un magnífico jurista, Parada no rehúye valoraciones políticas y pragmáticas, que es uno de los rasgos de su estilo, desenvuelto y seguro. Una opinión no muy distinta de la ya expuesta expresa Parada respecto de la figura de las fundaciones públicas, habilitadas por la Ley de Fundaciones de 1994, que ha ratificado la Ley vigente de 26 de diciembre de 2002. Es notable el estudio de las Administraciones independientes que hace en Inglaterra, EE.UU., Francia, Alemania e Italia. En fin, se estudian también los casos de autonomía institucional constitucionalmente garantizada cuyo paradigma es el Defensor del Pueblo, aunque no único (Colegios Profesionales, Universidades, Radiotelevisión). Todo este fenómeno de la independencia de ciertos órganos no deja de plantear problemas constitucionales, nos dice.

Como supuestos de Administración corporativa, se estudian los Colegios Profesionales, las Cámaras Oficiales y las Federaciones Deportivas.

Un capítulo especial se dedica a la Administración consultiva y de control.

El tomo II se cierra con un estudio circunstanciado de la Función Pública, para terminar con un estudio analítico de las Comunidades Europeas.

En fin, el tomo III se dedica a los bienes públicos y al Derecho Urbanístico, éste menos desarrollado.

Ramón Parada puede caracterizarse como un espíritu libre que, desde su rigurosa independencia de criterio, dispara con seguridad (y normalmente con buena puntería) contra todas las prácticas administrativas que considera irregulares, fraudulentas, incluso meramente sospechosas o, sencillamente, vanas e inefectivas.

Si nos hemos detenido especialmente sobre su importante y grueso tratado, hay que precisar que la obra publicada por Parada no concluye ahí. Como anejo de la presentación del homenaje que Revista de Administración Pública le dedica en este número se incluye una relación completa de su bibliografía, que es tan cuantiosa como, sobre todo, profunda y penetrante. Parada ha demostrado cumplidamente en su brillante carrera su capacidad nada común de encender en muchos discípulos la llamarada del entusiasmo por la ciencia jurídica que tan apasionadamente profesa y dispensa. Su inclinación por la lucha por el Derecho le lleva, en el caso de un Derecho dedicado a la Administración, a enfrentarse con ella en cuanto que pueda inclinarse al abuso o a ser instrumentalizada por políticos y funcionarios. Su discurso es así, a la vez, el del jurista fino y perspicaz, con acceso directo a los sistemas positivos de los principales Estados nacionales, y el del crítico político, que no duda en enfrentarse con las oscuras tensiones sociales que el Derecho está llamado a resolver, pero que algunas veces el propio Derecho, que ha de actuarse siempre a través de organizaciones y de partidos y hombres concretos, a la crítica más abierta y clara, sin falsos respetos o conveniencias.

Se ha forjado así una personalidad atrayente y polémica, que, felizmente, tenemos la certidumbre absoluta de que continuará activa y generosa tras el simple accidente administrativo que para él será la jubilación administrativa.

Le agradecemos muy de veras las espléndidas aportaciones que ha hecho a nuestra ciencia común, muchas de ellas publicadas en esta misma Revista, como bien consta a nuestros lectores, y le deseamos que en el largo camino que aún tiene por delante nos siga ilustrando y estimulando con su personalidad única.

ADIÓS A UN MAESTRO. RAMÓN PARADA

Silvia del Saz

Catedrática de Derecho Administrativo

Ramón Parada no quería que le llamaran José Ramón, que era su nombre completo. Tampoco quería que le organizaran un libro homenaje cuando cumplió la edad de jubilación, hace ya más de veinte años. Pero le llegó al alma el número especial que en 2007 le dedicó la revista que sentía en parte suya, la *Revista de Administración Pública*. En él escribieron su maestro y algunos amigos y discípulos. Desgraciadamente no pudimos hacer entonces la visita al Colegio Mayor de Santa Cruz de Valladolid, donde había iniciado su vida universitaria y donde quería poner el broche a su vida académica activa rodeado por sus discípulos.

Ramón estudió la carrera de derecho con brillantes calificaciones en Valladolid, en solo tres cursos. Con veinte años sacó la oposición de jurídico militar que le llevó finalmente a Santa Isabel, en Guinea Ecuatorial. Todavía le veo sonreír contando que no lo había hecho por aventura, sino por ayudar a su madre, María Vázquez, de quien hablaba con absoluta admiración y respeto. A ella le dedicó uno de los tomos de su tratado. Pero de la misma forma reconocía que lo había agradecido siempre porque allí descubrió no solo la administración militar y la colonial, sino también el derecho administrativo por el que se apasionó.

Muchos años después, cuando finalmente se atrevió a viajar allí de nuevo, volvió entristecido y descorazonado por la paradoja que había encontrado: alumnos estudiando sus libros bajo la luz de las farolas.

Y es que, estando en Guinea, habían caído en sus manos dos libros de Eduardo García de Enterría que le impresionaron. Se los hizo leer a Ramón Martín Mateo, a quien conoció allí. Y cuando volvió destinado a Valladolid, en 1959, fue directamente a buscar a su autor, un joven catedrático de Valladolid, porque había despertado en él su vocación universitaria.

Cuando yo conocí a Ramón, ya en 1985, los libros ‘Revolución francesa y administración contemporánea’ y ‘Principios de la nueva ley de expropiación forzosa’ son los dos primeros que me recomendó leer. Sospecho que lo mismo debía haber hecho algunos años antes con su querido Manuel Ballbé y lo que debió seguir haciendo con todos los discípulos que siguieron.

Hablaba de estos trabajos y, en general del Derecho Administrativo, de forma tan entusiasta e ilusionante que era fácil saber por qué, como escribió García de Enterría, supo atraer hacia aquel primer grupo del seminario de Valladolid a Ramón Martín Mateo, a José Antonio Manzanedo y a Tomás Ramón Fernández. Y por qué, después, seguía ilusionando a todos los que de su mano, nos fuimos incorporando a su familia académica.

En 1985, tras haber pasado por las Universidades de La Laguna, donde sacó su primera cátedra, de Valencia y Barcelona, había llegado a la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Y estaba absolutamente entregado a escribir aquellos tres tomos del que denominó Manual de Derecho Administrativo, que no era tal, sino un verdadero tratado, una reflexión original, irreplicable, madura y crítica sobre los temas nucleares de la disciplina con el que han aprendido miles de estudiantes de Derecho.

Había abandonado, casi por completo, el ejercicio de la abogacía en el que había comenzado con su maestro y ahora podía dedicarse en cuerpo y alma a su vida universitaria y a seguir formando a quienes quisieran seguir sus pasos.

Guardaba los mejores recuerdos como ayudante del maestro a quien había acompañado a todas sus clases hasta que se fue a La Laguna y no reparaba en tiempo, cariño ni paciencia intentando hacer que sus discípulos sintiéramos esa misma inquietud intelectual. Aprendimos con él a lo que llamaba «pelotear»: lanzaba una idea arriesgada para que regresara transformada, discutida, enriquecida.

Decía haber disfrutado mucho haciendo su tesis y primer libro ‘Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español’, en el que ofrecía una forma absolutamente novedosa de abordar la institución. No más que el libro de ‘Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos’, que, publicado en 1968, en plena dictadura, despertó una cierta polémica y le trajo algún disgustillo menor, como los que le valieron negarse a defender, al principio de su carrera como jurídico militar, una condena a muerte.

Cuando en 1995 fue investido doctor honoris causa por la Universidad Carlos III su lección magistral versó sobre la carrera, neutralidad política y gobierno de los jueces. Era una cuestión que le preocupaba sobremanera y sobre la que publicó no pocos trabajos: «La Ley Orgánica de 1985 -decía- protege la inamovilidad judicial frente al palo, frente a la sanción, pero no la protege de la zanahoria profesional, es decir, del ascenso inmerecido a las presidencias de los tribunales territoriales o al Tribunal Supremo, ni de los mandatos parlamentarios o de los nombramientos gubernativos. Pese a la Constitución, y en razón a esa extraordinaria movilidad que ha introducido la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el juez aparece ante el desconcertado pueblo español con una doble faz: unas veces es Mister Hyde y otras el Doctor Jekyll, unas veces se presenta con rostro de severo e impoluto magistrado, incluso progresista, y otras con cara de mitinero en plaza de toros, de diputado o de ministro del Interior».

Era un ferviente admirador de la Revolución francesa, de la administración napoleónica y del Derecho Público francés y creía que muchas de las explicaciones se encontraban en la historia, pero también en el Derecho Comparado del que siempre debíamos aprender. Por ello, no entendía cómo en un Estado del siglo XXI, donde la globalización es tan omnipresente como inevitable, nos deshacemos en conflictos políticos territoriales que al final solo llevan al enfrentamiento y al empobrecimiento común. Siempre defendió el modelo de Estado en el que creía, aunque era completamente respetuoso con quienes no pensaban de la misma forma.

Era un enamorado de la tecnología y la electrónica. Cuando todavía los ordenadores no eran un instrumento común, él ya manejaba uno y con el tiempo nos aconsejaba sobre los mejores aparatos y programas.

Decía de él su maestro que, además de ser una pieza clave de nuestro derecho administrativo moderno, era un hombre vital, agudo, original, y apasionado por la lucha contra la injusticia. Solo puedo añadir que era el mejor maestro que se puede desear por su generosidad y por haber sabido transmitirnos ilusión por lo que hacemos.

La última vez que hablé con él fue con motivo de la pérdida de su entrañable amigo, su hermano, Alejandro Nieto. Ojalá, Ramón, que ahora os volváis a encontrar.