

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO FINANCIERO**

**APLICACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO Y LA LEY  
ORGÁNICA DE ADUANAS EN MATERIA DE DEFENSA DEL  
CONTRIBUYENTE ADUANERO**

Informe Final del Trabajo Especial  
Grado para optar al título de  
Especialista en Derecho Financiero

**Autor:** Jesús Alberto Guillén Morlet.  
**Asesor:** José Antonio Muci Borjas

**BARQUISIMETO, MARZO DE 2002**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO FINANCIERO**

**APLICACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO Y LA LEY  
ORGÁNICA DE ADUANAS EN MATERIA DE DEFENSA DEL  
CONTRIBUYENTE ADUANERO**

Informe Final del Trabajo Especial  
Grado para optar al título de  
Especialista en Derecho Financiero

**Autor:** Jesús Alberto Guillén Morlet.  
**Asesor:** José Antonio Muci Borjas

**BARQUISIMETO, MARZO DE 2002**







## DEDICATORIA

A **mi padre**, el creador todopoderoso, fortaleza de todo mi espíritu.

A **mi padre progenitor**, que a pesar de que no ya no estés, dejaste en mi un legado de virtudes.

A **mi madre**, por ser mi soporte en todo momento y quererme tanto.

A **mis hermanos**, Carlos y Maria, por ser parte de mi.

A **mi hijo Stephan**, que sirva esto de ejemplo a la perseverancia.

A **mi familia y amigos**, por ser parte de la fortaleza que necesito para seguir.

A **mi tutor**, por su apoyo incondicional.

**J.A.G.M.**

## INDICE GENERAL

	Pag.
<b>LISTA DE SIGLAS .....</b>	<b>VI</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUCCION.....</b>	<b>1</b>
<b>I. MEDIOS DE DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE ADUANERO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO.....</b>	<b>5</b>
A. Defensas previstas en el Código Orgánico Tributario .....	6
1. Tipos.....	7
2. Efecto Jurídico .....	12
B. Defensas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos .....	16
1. Tipos .....	17
2. Efecto Jurídico .....	23
C. Defensas previstas en la Ley Orgánica de Aduanas .....	24
1. Tipos .....	25
2. Efecto Jurídico .....	31
<b>II. COLISION DE NORMAS EN LA APLICACIÓN DE LEYES TRIBUTARIAS AL ESTABLECER LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE ADUANERO .....</b>	<b>33</b>
A. Jerarquía de las normas .....	36
B. Criterio Doctrinal del problema de la colisión de normas pertenecientes a distintas leyes que regulan la misma materia. ....	43
1. Casos de Colisión.....	47
2. Casos de Concurrencia .....	49
C. Criterio Jurisprudencial del problema de la colisión de normas pertenecientes a distintas leyes que regulan la misma materia. ....	51
<b>III. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA Y AL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO .....</b>	<b>73</b>
A. Derechos naturales e imprescriptibles (absolutos) del ser humano como contribuyente y su inviolabilidad .....	75
B. El Debido Proceso y el Procedimiento Administrativo.....	90
C. El Principio de Tutela Judicial Efectiva .....	105
D. El Principio “Solve et Repete” como un condicionamiento para ejercer tales derechos .....	113
1. Antecedentes.....	115
2. Concepto .....	120
3. Naturaleza Jurídica.....	126

4. Características .....	133
5. Aplicación del Solve et Repete en Materia de Aduanas .....	136
<b>IV. LA INCONDICIONALIDAD DEL ACCESO AL USO DE LAS VIAS DEFENSIVAS DESARROLLADO POR LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA .....</b>	<b>146</b>
A. Antecedentes en el Derecho Comparado .....	147
B. Tribunales Superiores en lo Contencioso Tributario .....	151
C. Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo.....	156
D. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.....	159
E. Corte Suprema de Justicia.....	163
F. Tribunal Supremo de Justicia.....	164
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>173</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....</b>	<b>185</b>

## LISTA DE SIGLAS

<b>AT:</b>	Administración Tributaria.
<b>COT:</b>	Código Orgánico Tributario.
<b>CP:</b>	Corte en Pleno.
<b>CPC:</b>	Código de Procedimiento Civil.
<b>CRBV:</b>	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
<b>CSJ:</b>	Corte Suprema de Justicia.
<b>LDGC:</b>	Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.
<b>LGT:</b>	Ley General Tributaria.
<b>LOA:</b>	Ley Orgánica de Aduanas.
<b>LOPA:</b>	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
<b>RDA:</b>	Revista de Derecho Administrativo
<b>RDP:</b>	Revista de Derecho Público.
<b>RDT:</b>	Revista de Derecho Tributario.
<b>SENIAT:</b>	Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria.
<b>SPA:</b>	Sala Político Administrativa.
<b>TSJ:</b>	Tribunal Supremo de Justicia

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO FINANCIERO**

**APLICACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO Y LA LEY**  
**ORGÁNICA DE ADUANAS EN MATERIA DE DEFENSA DEL**  
**CONTRIBUYENTE ADUANERO**

**Autor:** Jesús Alberto Guillén Morlet.  
**Asesor:** José Antonio Muci Borjas  
**Fecha:** Mayo de 2001.

**RESUMEN**

Este Informe Final del Trabajo Especial de Grado tiene como finalidad demostrar el tratamiento que se ha dado en Venezuela a ***la aplicación del Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas en materia de defensa del Contribuyente Aduanero*** ante la protección de los derechos fundamentales, así como la vigencia del principio de legalidad y seguridad jurídica, para que de esta manera el Estado conjuntamente con la iniciativa privada puedan cumplir con los fines del Sistema Tributario Venezolano, como es la de proteger la economía y elevar el nivel de vida de la población. En esta investigación de tipo documental, se ha dado una amplia revisión bibliográfica con el propósito de distinguir los aspectos más importantes del conflicto que existe en la aplicación de distintas leyes tributarias para los remedios legales que tiene el contribuyente aduanero frente a los desacuerdos que pudieran suscitarse frente a la Administración Aduanera. La relevancia de este trabajo radica en el aporte para el Estado de Derecho y la Economía Nacional, pues pudiera crearse un ambiente que estimule la inversión privada tan necesaria en estos momentos, para el logro de un desarrollo económico social armónico, participativo y democrático. La metodología escogida es la de presentación resumida de los textos consultados la cual se encuentra en la categoría de los estudios documentales descriptivos, especificando las notas características; llegando a hechos particulares en la aplicación del método deductivo, manejando la actividad ordenatoria de la Defensa del Contribuyente Aduanero en nuestro país.

Descriptores: Conflicto de leyes tributarias, Seguridad Jurídica, Derecho de acceso a la justicia y Derecho a la defensa.



## INTRODUCCIÓN

Al estudiar la materia aduanera, podemos notar que ciertos conceptos y patrones del Derecho cambian para dar paso a la menor rigidez posible en la ejecución de la actividad del Estado, pues encontramos presente la filosofía de la economía de los procesos, que no es otra cosa que la celeridad y el rendimiento de las transacciones de la política comercial de la Nación.

Así pues, al Estado le conviene dar celeridad a los procesos económicos para que haya crecimiento de la economía interna y externa que se traduce al final en bienestar general. Es por ello, que usa ciertos instrumentos jurídico-económicos como la Ley Orgánica de Aduanas, el Arancel de Aduanas, entre otros, para llevar a cabo este fin en la política fiscal y parafiscal del Estado, a fin de controlar las operaciones de intercambio comercial, es decir, que a través de este se decide como tratar la política comercial con otros Estados, gravando con mas o menos tributos mercancías, bienes o servicios, dependiendo del interés nacional o supranacional.

También se usan en esta materia los tratados comerciales internacionales para dar celeridad a la materia comercial y más aun hoy

donde en el mundo entero se quiere y busca una globalización y una compenetración de interdependencia entre las economías de las naciones o ciertos países agrupados, ejemplo de estos son el grupo de los tres (G3), MERCOSUR, NAFTA (EEUU, México, Canadá), Pacto Andino.

De tal manera que al hablar de comercio entre países, tenemos que adentrarnos forzosamente en el ámbito de las Aduanas Venezolanas; y es en esta materia donde vamos a encontrar una innovación en conceptos nunca antes vistos en otra rama del Derecho, a pesar de que el Derecho de Aduanas posee un poco de cada una de ellas como el Derecho Mercantil, Penal, Administrativo, Tributario, Civil; sin embargo, se usan términos propios de esta rama como por ejemplo Mercancías, Potestad Aduanera, Operaciones Aduaneras, Nacionalización, Desaduanamiento, Ilícitos Aduaneros.

Analizaremos especialmente la situación jurídica que subsiste por la aplicación indiscriminada del Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas, por parte de las autoridades competentes cuando surge un conflicto o desacuerdo entre la Administración Tributaria Aduanera y el contribuyente (importador o exportador) al realizar sus operaciones en esos recintos, dando espacio a la violación del Estado de Derecho y del bloque de la legalidad, creando situaciones adversas a los contribuyentes y hasta para la propia Administración que en su proceder se ve condenada por el control contencioso jurisdiccional, por la aplicación no adecuada de las mismas, lo

que se desarrollará con detenimiento en este trabajo con la finalidad de encontrar la importancia del tema para la vida nacional.

Este informe fue dividido en cuatro capítulos. En el primer capítulo, se menciona los medios de defensa del contribuyente aduanero en el ordenamiento jurídico venezolano. En el segundo capítulo, se examina la colisión de normas en la aplicación de leyes tributarias al establecer la defensa del contribuyente aduanero. En el tercer capítulo, se analiza el acceso a la justicia como presupuesto del ejercicio del derecho a la defensa y el derecho al debido proceso, y en el cuarto capítulo, se muestra la incondicionalidad del acceso a las vías defensivas desarrollado por la jurisprudencia venezolana.

En cuanto a la metodología se utilizó el diseño de investigación monográfico documental y como instrumento de recolección de información se utilizó la matriz de análisis de contenido, necesaria para registrar y analizar el contenido de la información suministrada por las fuentes bibliográficas y documentales.

Como hallazgos importantes de este informe se encontró que la forma como está redactado el artículo 131 de la Ley Orgánica de Aduanas, que prevé los medios de defensa para el contribuyente aduanero en caso de desacuerdo con la Administración, crea confusión en su aplicación, pues si bien tiene un origen remoto, aproximadamente la década de los setenta,

cuando ni siquiera existía la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ni el Código Orgánico Tributario, ni el desarrollo de ambas materias como tal, ni la Constitución garantista vigente desde diciembre de 1999, creando situaciones confusas que dejan entre ver si se aplica la materia administrativa como tal o bien, la tributaria, puesto que los efectos singulares son distintos, causando un entorno de inseguridad jurídica, no propicio para el desarrollo de la política comercial del país, dando lugar a arbitrariedades que alejan así las inversiones, circunstancia que se hace inconveniente a todas luces para el desarrollo integral del comercio y la industria.

Finalmente, se tiene que el criterio de la jurisprudencia venezolana desarrollado con respecto a la aplicación de la ley en caso de colisión nos orienta a resolver este problema como también la doctrina calificada. Así también, se proveen de criterios para resolver un problema adicional que se presenta cuando se aplica el solve et Repete, instrumento que ya ha sido catalogado como un reducto de arbitrariedad del Estado frente al contribuyente.

## **I. MEDIOS DE DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE ADUANERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO**

En esta parte del trabajo, se ha creído necesario realizar algunas breves consideraciones sobre los medios defensivos o impugnatorios previstos en nuestra legislación. Así no pretendemos en modo alguno desarrollar el tema de los recursos y acciones en materia tributaria que ya ha sido tratada en abundancia por la doctrina nacional, pues ello desbordaría en sí el propósito de nuestro análisis. Al respecto debemos decir que la legislación patria ha establecido diversos medios al contribuyente para ejercer el derecho a la defensa frente a la actividad de la Administración Tributaria, tanto en vía administrativa como en vía judicial para los procedimientos de 2do. grado o revisorios del acto administrativo. Es así como a pesar de existir leyes como la **LOA, la LOPA y el COT** que son reguladoras de dichos procedimientos revisorios de los actos de la Administración, estos son muy coincidentes aunque disímiles en algunos aspectos dependiendo del área tributaria o administrativa según sea el caso contemplado en una situación o acontecimiento en concreto, que hace obligatoriamente un enfoque apegado a cual de ellas debe aplicarse y como debe hacerse para la protección efectiva de los derechos de los particulares.

## A. Defensas previstas en el Código Orgánico Tributario

En este instrumento legal que es la Ley Tributaria general o marco se contemplan regulaciones para la materia de tributos, según la clasificación tripartita ampliamente aceptada en la doctrina, como lo son los impuestos, tasas y contribuciones especiales en general. De manera especial y directa regula también los tributos aduaneros como lo expresa su artículo 1° en su segundo aparte:

”Para los tributos aduaneros este Código se aplicará en lo atinente a los medios de extinción de las obligaciones, ***para los recursos administrativos y jurisdiccionales***, la determinación de intereses y lo referente a las normas para la administración de tales tributos que se indican en este Código; para los demás efectos se aplicara con carácter supletorio.”. (Negrillas nuestras).

Esto nos quiere decir, que los recursos administrativos o medios de defensa del contribuyente; o también llamados procedimientos de 2do. grado o revisorios del acto administrativo estarán regidos por este instrumento de rango orgánico y general. Veamos entonces cuales son estos para su mejor estudio.

## **1. Tipos**

### **a) Recurso Jerárquico:**

Esta contemplado en los artículos 164 al 173. Fue concebido por el legislador como un medio de defensa del contribuyente contra los actos administrativos de efectos particulares que determinen tributos, aplique sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados. Solo podrá ser ejercido por quien tenga un interés legítimo y en vía administrativa. Aunque la norma no lo dice, es evidente que este procede contra los actos administrativo definitivos, o sea, aquellos que ponen fin a un procedimiento administrativo de primer grado y no podría ser de otra forma ya que el COT no prevé el Recurso de Reconsideración. En esta caso no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, pues lo contrario supone fundamentarse en distintas razones que van desde la concepción revisora de la Jurisdicción Contencioso administrativa (cada vez más obsoleta) hasta en la supuesta intimidación originada por el proceso, pasando por orientaciones basadas en él estímulo al diálogo entre AT y el administrado, o a la conveniencia de conceder a la Administración una especie de preaviso sobre la intención del administrado de acudir a los tribunales. Ahora bien, ha

sido desde hace bastante tiempo reconocido que la finalidad auto compositiva, a nuestro modo de ver, del procedimiento administrativo de segundo grado, es traicionada por la realidad de los hechos, convirtiéndose en la practica en un tortuoso camino con resultados infructuosos, cuyos únicos objetivos parecieran ser cansar al administrado en su contienda con la administración y mostrar a esta las armas de aquel, para aventajarla en la ulterior y casi siempre inevitable vía judicial. Su origen se remonta al Derecho Administrativo Francés devenido de la Revolución Francesa, en que las decisiones administrativas debían ser revisadas por el superior jerarca inmediato de la autoridad de la cual emana el acto, para así revisar y vigilar porque las decisiones cumplan con el bloque de la legalidad cuando así el administrado lo pidiera.

#### **b) Recurso de Revisión:**

Establecido en los artículos 174 al 176. Medio de defensa concebido por el legislador para proteger al contribuyente contra los actos administrativos que han quedado firmes. Podrá ser intentado por quien tenga un interés legitimo y deberá ser interpuesto ante los funcionarios competentes para conocer el Recurso Jerárquico. Esta vía impugnatoria, en vía administrativa, fue creada como una forma especial de revisar los actos

cuando estos estén firmes, siempre y cuando concurren tres circunstancias taxativamente enumeradas por el COT. Así nos dice:

**“Artículo 174.** - ...omisis... 1. -Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente.

2. -Cuando en la resolución hubieren influido en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos, por sentencia judicial definitivamente firme.

3. -Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial definitivamente firme.”

De tal forma que se convierte en una vía excepcional por las circunstancias ya precitadas, con lo cual podemos decir que el legislador ha querido en todo momento velar por que los actos estén apegados al bloque de la legalidad.

En adición al recurso extraordinario de revisión, existe finalmente otro mecanismo de control gubernativo de los actos que han adquirido la cualidad de firmes. A este mecanismo se refiere el artículo 162 del COT al disponer lo siguiente: “La Administración tributaria podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella”.

La norma transcrita es otra de las manifestaciones típica de la potestad de autotutela de la Administración quien, sometida como esta al

llamado bloque de la legalidad debe procurar que sus manifestaciones de voluntad esta exentas de cualquier vicio que las invaliden. Se trata así mismo de una excepción al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos o intereses particulares, legítimos y directos. Sin embargo, cuando el acto esta teñido de un vicio insalvable, radical, absoluto, no puede nacer derecho subjetivo ni interés personal, legitimo y directo alguno, de tal suerte que la propia Administración queda habilitada para revocarlo en cualquier tiempo de oficio o a instancia de particular interesado en ello.

### **c) Recurso Contencioso Tributario:**

Establecido en los artículos 185 al 196 del COT. También medio de defensa del contribuyente contra los actos de efectos particulares que pueden ser objetos de impugnación mediante el Recurso Jerárquico, solo que el control de la legalidad se lleva a cabo en vía Jurisdiccional o Judicial, es decir que el Juez Contencioso Tributario es el competente para llevar a cabo la revisión de la legalidad del acto, cuando así medien las siguientes circunstancias: 1. Contra actos de efectos particulares que puedan ser objetos del Recurso Jerárquico. 2. Contra aquellos que hubiesen sido negado tácitamente a través del silencio negativo al no responder la

Administración dentro del tiempo legal para hacerlo. 3. Cuando habiendo mediado un Recurso Jerárquico, este fuere negado total o parcialmente. Vemos pues que también, el contribuyente puede intentar este subsidiariamente junto con el Recurso Jerárquico en el mismo escrito en caso de que sea negado en la vía administrativa, o directamente a esta misma vía sin haber ejercido el Recurso Jerárquico. Su origen histórico tiene como motivo fundamental que una autoridad no administrativa revise el acto a los fines de lograr la neutralidad en el proceso y hacer respetar el principio de igualdad procesal entre las partes para obtener una decisión ajustada al bloque de la legalidad y al estado de derecho.

Adicionalmente, no solo los actos expresos pueden ser objeto de enjuiciamiento en la jurisdicción que nos ocupa, sino que existe una acción contenciosa tributaria especial, denominada con poco rigor técnico “amparo tributario”, que tiene por objeto restablecer la situación jurídica infringida en los casos de falta de respuesta oportuna a las solicitudes de los administrados

En este orden de ideas, podemos decir que estos tres medios de defensa ya nombrados tienen como principal objetivo velar por el respeto y la protección al bloque de la legalidad, es por ello que debemos en lo

subsiguiente analizar los efectos jurídicos que se producen de la interposición de estos medios impugnatorios.

En el Código Ordinario Tributario, la acción de amparo Tributario esta comprendida en los artículos 215 al 217.

## **2. Efecto Jurídico**

El principio general de la insuspendibilidad de los efectos del acto administrativo con ocasión de los recursos y acciones, previsto en el artículo 87 de la LOPA, ha cedido en el ámbito jurídico tributario donde impera el principio totalmente contrario, vale decir, que los recursos y acciones, suspenden, la ejecución del provemento de la Administración Tributaria que determine tributos, imponga sanciones o en cualquier forma afecte los derechos de los administrados. Lo anterior significa que mientras transcurre el plazo que tiene el administrado para recurrir o durante la pendencia del recurso interpuesto, la AT no puede llevar acabo acto alguno de ejecución de su decisión.

Una de las justificaciones de la suspensión **ope legis** en nuestro sistema jurídico tributario ha sido que la misma esta consagrada en los

regímenes de justicia administrativa mas avanzados del mundo, lo cual no es del todo cierto.

Así vemos, por ejemplo, en la **legislación Española**: Que es un caso excepcional la suspensión del acto administrativo por la interposición del recurso, la condición sine qua non para obtener dicha suspensión es que se trate de obligaciones de carácter tributario y que se de el afianzamiento previo, no para recurrir sino para obtener dicha suspensión de efectos. En esta legislación, la suspensión de efectos de los actos de orden tributario ha sufrido una evolución que va desde su negativa hasta su aceptación plena, sin embargo; el avance no llega jamás hasta el establecimiento de una suspensión automática indiscriminada, pues se requiere además la apariencia de razonabilidad del recurso.

En la **legislación Alemana**: Que se distingue por ser una de las mas avanzadas del mundo, impera el principio de la suspensión ope legis del acto administrativo por la interposición de la defensa recursiva, pero con excepciones, y una de ellas es precisamente, ***los actos administrativos de carácter tributario***. Lo que quiere decir que en la materia tributaria no opera esta suspensión automática.

En la **legislación Francesa**: La regla de oro es la **decisión ejecutoria** oriunda de Francia, esta en que todos los actos administrativos gozan de ejecutoriedad y por tanto no se puede dar la suspensión de los efectos

automáticamente, de tal manera que, para que se acuerde la suspensión de los efectos hace falta tres condiciones: que el acto administrativo sea ejecutable (expreso), que se invoque motivos serios y fundados en apoyo de su demanda (*fomus boni iuris*) y es preciso que la ejecución del acto causara un daño irreparable (*periculum in mora*). Sin embargo ante la debilidad de este mecanismo para conseguir la adecuada protección de los derechos de los administrados se instauraron procesos cautelares autónomos, para desvincularlo del juicio principal de conocimiento.

**Italia** por su parte, tiene una orientación parecida a la francesa, donde para darse la suspensión de los efectos del acto debe estar plenamente justificado. En este orden, el **fomus boni iuris** y el **periculum in mora** son requisitos indispensables para este logro.

En **Argentina**, impera con todo rigor el *principio de la no suspensión* de los efectos de actos administrativos por la interposición de recursos. No obstante ha sido previsto un mecanismo en la ley 19.549 para moderar este principio a saber: Por razones de interés público, para evitar perjuicio grave al interesado y cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. También la Jurisprudencia ha tomado lo de la suspensión como una medida cautelar autónoma. Sin embargo, es de destacar que en muchas provincias de este país aun se conserva la regla del **solve et repete** como presupuesto procesal para interponer acciones contra los actos de la Administración.

**Chile** tampoco admite la suspensión *ope legis* de los efectos del acto administrativo tributario por la interposición de recursos, así tampoco admite el uso del principio *solve et repete* en su Código Tributario, no obstante la interposición de recursos no impide que el fisco pueda ejercer las acciones de cobro que procedan. Podemos añadir entonces que la suspensión de los efectos es siempre una facultad de la Administración o bien de los Tribunales competentes, dependiendo de la instancia en la cual se encuentre el reclamo, pero nunca será un efecto automático.

En **Méjico**, la legislación tampoco admite la suspensión automática de efectos de los actos administrativos por la simple interposición de recursos, sino que, aun cuando estos hayan sido intentados, deberá siempre garantizarse el interés fiscal, para detener temporalmente el procedimiento administrativo de ejecución.

Como se puede observar, aun en los sistemas jurídicos más avanzados donde la tutela judicial efectiva es un principio y una garantía constitucional, en los cuales no se admite indiscriminadamente la suspensión *ope legis* de los actos administrativos, sino que se tiende a abogar la necesidad de fortalecer el sistema cautelar en los juicios, en los cuales se examine la nulidad de los actos de la AT.

La norma establecida en nuestro Código Orgánico Tributario tiene su origen remoto en el Código Fiscal Uruguayo de 1957, del cual se tomó como

modelo del COT para la América Latina (elaborado por Giuliani Fonrouge, Valdés Costa y Gomes de Sousa) que contemplo el efecto suspensivo. Pero según referencias, la redacción de dicho artículo solo fue adoptada por Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.

### **B. Defensas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**

El procedimiento administrativo de impugnación de los actos administrativos, como su propio nombre lo indica tiene por objeto un reclamo jurídico contra un acto, y por ello puede decirse que para su iniciación rige el principio dispositivo. Se requiere, por tanto instancia del particular para iniciar el procedimiento intentando el Recurso de Reconsideración, Jerárquico o de Revisión conforme a los artículos 85 y siguientes de la LOPA.

Por tanto, estos procedimientos siempre se inician a instancia de parte interesada. Sin embargo, no es esta la única forma mediante la cual la Administración puede revisar sus actos, ya que esta puede revocar de oficio, en cualquier momento, sus actos que no hayan creado derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares, conforme al artículo 82 de la misma ley, y puede, también, en cualquier momento, de oficio, revocar los actos viciados de nulidad absoluta conforme a los artículos 19 y 83 de la

misma ley. En estos casos puede haber una acción de la autoridad de revisión de sus propios actos de oficio iniciándose un procedimiento que no tiene su origen en una solicitud o recurso. Los Recursos Administrativos contemplados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos son tres básicamente y un cuarto que trataremos a manera ilustrativa; también veremos ponderadamente el Recurso Contencioso Administrativo para significar el otro medio defensivo que tiene el particular, solo que ya en una vía distinta, sometida al control de un juez ya no en la propia Administración sino dentro del Poder Judicial, como órgano garantizador de la Justicia, la Igualdad y la Equidad de las partes dentro del estado de derecho venezolano.

## **1. Tipos**

### **a) Recurso de Reconsideración:**

Consiste en la solicitud dirigida al propio autor del acto, para que lo revoque o reforme. El Artículo 94 de la LOPA., nos dice que procederá contra todo acto administrativo de carácter particular y deberá ser interpuesto por ante el funcionario que lo dicto, procede solo contar los actos de efectos particulares, definitivos y que aun no sean firmes. Así se deduce del artículo

85 en concordancia con lo previsto en el artículo 94 del mismo texto. Además el acto recurrido puede o no ser un acto que cause estado, ya que este puede intentarse, por ejemplo, contra un acto administrativo que haya agotado la vía administrativa. Podemos señalar, en relación al objeto del recurso que el único caso en que la LOPA excluye el recurso de reconsideración es respecto de los actos administrativos que se dictan como decisión de un recurso de reconsideración.

#### **b) Recurso Jerárquico:**

Es la solicitud dirigida al superior jerárquico, para que analice la decisión impugnada, a objeto de que la revoque o modifique. El Artículo 95 de la L.O.P.A., nos dice que procederá cuando el órgano inferior decida no modificar el acto de que es su autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración. También podrán ser intentado contra las decisiones de los órganos subalternos de los Institutos Autónomos por ante los órganos superiores, operara recurso jerárquico para ante el respectivo Ministro de adscripción, salvo disposiciones en contrario de la Ley (Artículo 96 L.O.P.A.), y por supuesto contra la decisión tacita denegatoria producto del silencio administrativo negativo previsto en el artículo 4 de esta ley. En todo caso el acto recurrible en vía jerárquica debe ser un acto definitivo o de tramite, que ponga fin al asunto o que perjudique al administrado en sus intereses, debe

ser un acto que decida no modificar un acto anterior o bien lesione al interesado, bien cuando ha sido pedida la reconsideración o cuando la ley no prevea el recurso de reconsideración sino el jerárquico directamente.

#### **c) Recurso de Revisión:**

Procede en casos verdaderamente excepcionales contemplados en la citada Ley, contra los actos administrativos firmes, y esto es lo que lo distingue de los recursos de reconsideración y jerárquico. En estos al estar previsto un lapso de interposición, proceden, precisamente contra los actos que no sean firmes, porque no se ha vencido el lapso de impugnación. En cambio, en el caso del recurso de revisión el objeto sería un acto firme, es decir, no impugnable por vía de otro recurso, porque se han vencido los lapsos para impugnarlos. Precisamente porque se trata de recursos intentados contra actos firmes, que se establecen unos motivos específicos de apertura del mismo. El recurso de revisión podrá interponerse entonces en los mismos supuestos que establece el COT, teniendo el mismo propósito este y la LOPA al respecto de velar por el respeto del bloque de legalidad en los mismos términos.

#### **d) Recurso de Reclamo:**

Además de estos tres recursos que establece la ley como medios de impugnación formal administrativa contra los actos administrativos, podría agregarse un cuarto recurso administrativo, aun cuando no para la impugnación de actos administrativos. Se trata en efecto de una reclamación contra omisiones, retardos e incumplimientos de los funcionarios, y es el recurso de reclamo que prevé el artículo 3 de la Ley. Esta norma permite a los interesados reclamar ante el superior jerárquico inmediato (no se trata del superior jerárquico absoluto del organismo), contra el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazos, en que pudieran haber incurrido funcionarios públicos. En este caso, en realidad se trata de un recurso de queja que permite reclamar ante el superior; y lo calificamos de recurso pues no se trata simplemente de la posibilidad de queja que cualquiera tiene con relación a cualquier organismo, sino que esta sometido en el artículo 3 ejusdem, a una serie de requisitos. Este no tiene carácter suspensivo, como todo recurso, pues expresamente establece la norma que la reclamación no acarrea la paralización del procedimiento, ni obstaculizará la posibilidad de que sean subsanadas las fallas o las omisiones.

#### **e) Recurso Contencioso Administrativo:**

Previsto en el artículo 92 y 93 de la LOPA. El control jurisdiccional de los actos administrativos da lugar al nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Entonces, existe lo contencioso-administrativo cuando hay una controversia, dada a conocer a órganos competentes, regulada por la Ley, entre la Administración (pues se origina de una situación administrativa) y un particular o persona afectada.

El Artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela nos refiere: “ La Jurisdicción Contenciosa-Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás Tribunales determinados por la Ley”,

De esta manera tenemos que hay dos aspectos de esto: **Recurso Contencioso-Administrativo de anulación**, que es un medio de impugnación jurisdiccional de los actos administrativos dirigido a obtener la anulación de un acto administrativo por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad en vía judicial. **Recurso Contencioso-Administrativo de Plena jurisdicción:** Es aquella acción intentada por un sujeto de derecho, fundamentada en un derecho subjetivo contra la Administración por su actividad ilegítima, para la obtención de una satisfacción jurisdiccional de su pretensión.

## **f) Recursos Impropios:**

No son recursos administrativos como tal, sino medios de defensa para amparar los derechos y garantías previstos en la CRBV, en aquellos casos en que habiendo ejercido la vía ordinaria para la resolución del asunto o estando en ella, sobreviene una circunstancia que genera un estado de indefensión del particular frente a la Actividad de la Administración. Se perfila como una vía extraordinaria, pues no es en si la vía estándar establecida por el propio legislador para la resolución del conflicto; sino que por la situación especial que acontece hace preferible esta herramienta como aval de protección de los derechos y garantías del administrado frente a una posible arbitrariedad de la propia Administración.

### **(1) Recurso o Acción de Amparo Constitucional:**

La consecuencia fundamental que produce la consagración constitucional de los derechos y garantías, es la previsión de medios de protección para asegurar el ejercicio de dichos derechos e impedir restricciones o limitaciones abusivas. La CRBV garantiza el goce y ejercicio de los derechos individuales, sociales, económicos y políticos, amparado por los Tribunales. En su artículo 27: “los Tribunales ampararan a todo habitante

de la Republica en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, aun aquellos que no estén expresamente en ella o en los instrumentos internacionales. El procedimiento será oral, gratuito, sin formalidades, breve y sumario, y el Juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”

Esta supeditado a lo establecido en la Normativa Constitucional. El recurso de amparo no es el único medio jurisdiccional de protección de los derechos constitucionales contra los actos arbitrarios de la Administración. Es decir, los particulares afectados por actos administrativos violatorios o arbitrarios, no están desasistidos. Pueden utilizar las vías ordinarias o de control jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativo.

## **2. Efecto Jurídico**

En cuanto a los recursos administrativos, el Artículo 87 L.O.P.A. consagra expresamente al principio del *efecto no suspensivo* de los recursos al señalar textualmente que “la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario “.

Por tanto, la suspensión se produce, conforme al mismo Artículo 87, en los casos en los cuales el acto pueda causar graves perjuicios al

interesado, o cuanto la impugnación se fundamente en un vicio de nulidad absoluta. En los dos casos, el órgano respectivo debe exigir la constitución previa de la caución o fianza que considera suficiente siendo el funcionario responsable por la caución aceptada insuficientemente.

### **C. Defensas previstas en la Ley Orgánica de Aduanas**

Como ya hemos estudiado anteriormente podemos hablar en este sentido que de los tres tipos clásicos de recurso administrativos acogidos universalmente por la doctrina, como lo son el de reconsideración, el jerárquico y el de revisión, por su parte la LOA solo prevé estos dos últimos y el contencioso tributario, o bien, el contencioso administrativo, dependiendo de la connotación del acto, cuando sea de carácter tributario o cuándo sea de carácter administrativo. Así la ley establece en el **Título VII** en los **artículos 131 al 141** toda la vía defensiva para el contribuyente aduanero, sin embargo este título es un poco confuso lo que genera una incertidumbre jurídica al administrado, pues no se distingue claramente la materia tributaria de la administrativa. También se prevé en esta ley, un recurso administrativo impropio como lo es el del doble reconocimiento que veremos mas adelante, llamado impropio por no estar contemplado como un recurso administrativo

como tal, pero que sin embargo se plantea como una defensa del contribuyente.

## **1. Tipos**

### **a) Recurso Jerárquico:**

Establecido en el artículo 131 al 134 de la LOA. Tiene la mismas connotaciones del Jerárquico general ya estudiado anteriormente supra, solo que siempre será interpuesto ante el Ministerio de Hacienda según esta ley, cuando tenga connotaciones administrativas y ante el superior jerarca en su caso, cuando el acto sea de determinación de tributos. Realmente este articulado es confuso, es por ello que este estudio se centra sobre este problema, para así dilucidar que leyes son las que deberían aplicarse en cada caso concreto.

### **b) Recurso de Revisión Impropio:**

Previsto en el artículo 137, pareciera ser una copia fiel del artículo 83 de la LOPA o 162 del COT ya vistos ut supra, respectivamente, dependiendo

del caso concreto. En este artículo se establece que: “la Administración Aduanera podrá, de oficio o a solicitud del interesado, reconsiderar sus propias decisiones, cuando se trate de actos revocables”. Esto hace parecer que existiera la reconsideración de actos revocables como lo dice la propia norma y al parecer confunde al interesado al respecto si este será un recurso de reconsideración o un recurso de revisión, por lo cual el legislador fue irrito en este desarrollo legislativo. Para mayor confusión agrego el artículo 139 donde prevé la aplicación supletoria del COT y la LOPA en lo no previsto en este Título VII. Esto genera la colisión en la aplicación de estas leyes y un estado de inseguridad jurídica para el contribuyente que se traduciría en la falta de certeza jurídica y la creación de situaciones de indefensión en la gran mayoría de los casos, pues sabemos que el COT prevé su aplicación directa en cuanto a los recursos administrativos de carácter tributario.

### **c) Recurso Contencioso o Jurisdiccional:**

Presente en el artículo 138, el legislador deja la duda de si esta se refiere a el Recurso Contencioso Tributario o al Contencioso Administrativo, con lo cual creemos que no quiso darle un tratamiento detallado a este, para que fuera determinado por el mismo administrado de acuerdo a las

características del acto administrativo, a saber de orden administrativo o de orden tributario correspondientemente.

Según los artículos 485 y 486 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo cuando: Se refiere parcialmente contra la decisión adversa, o el Ministerio de Hacienda no decida en el lapso correspondiente o no resuelva el recurso jerárquico.

Todo lo cual nos permite decir que el legislador en dicho Reglamento (vigente desde 1991) solo podía conocer de la acción contenciosa administrativa de nulidad, como lo expresa el mismo artículo 486: "...omissis... podrá interponerse recurso de nulidad ante el organismo jurisdiccional competente...omissis..." y no del recurso contencioso tributario establecido en el COT (vigente desde 1994) el cual goza no solo de características de potestad anulatoria sino que, también goza de potestades modificatorias del acto propias del recurso de plena jurisdicción, pues allí el juez hará una nueva determinación de la obligación tributaria.

#### **d) Recursos Impropios:**

Son solicitudes formales que se llevan a cabo, cuando los actos no son subsanados a favor del interesado, es decir, que no tiene la misma jerarquía que los recursos administrativos propiamente dicho. Así tenemos

en el ámbito aduanero las *solicitudes de nuevos reconocimientos* de mercancías previstos en el artículo 54 de la LOA y el *Reclamo por Errores Materiales o de Calculo*.

### **(1) Nuevos Reconocimientos:**

En el cual se prevé en concordancia con el Reglamento de la LOA en los artículos 171 al 174 que se podrá ordenar nuevo reconocimiento cuando surgieran dudas razonables sobre la exactitud y corrección del acto practicado o podrá ordenar la realización de nuevos reconocimientos cuando así lo considere necesario o ***a solicitud de particulares*** cuando se trate de efectos que presenten condiciones de peligrosidad, que amenacen la integridad de otras mercancías, personas, instalaciones o equipos, que estén sujetos a inmediata descomposición o deterioro o cuando existan fundados indicios de alguna incorrección o actuación ilícita.

Por el fin que persigue, la figura del nuevo reconocimiento se asemeja a los recursos y, muy especialmente, al recurso de reconsideración, pero se diferencia de ellos en varios e importantes aspectos.

La semejanza fundamental es que unos y otro son instituciones dirigidas a modificar un acto administrativo, revocándolo en todo o en parte, mientras que sus diferencias más notorias son:

El recurso de reconsideración no puede ser intentado en mas de una oportunidad contra el mismo acto; por el contrario los nuevos reconocimientos pueden ser múltiples y cada uno de ellos elimina completamente los resultados del anterior. Cada nuevo acto hace desaparecer todas las consecuencias jurídicas del precedente, se reinician los lapsos y cada una de las condiciones para su solicitud y concesión se renuevan. Cada vez el particular contribuyente aduanero deberá aportar elementos de hecho y de derecho que hagan surgir dudas razonables sobre la exactitud y corrección del acto anterior y haber presenciado el acto personalmente o a través de representante debidamente autorizado. En la anterior LOA de 1978 se establecía que en el nuevo reconocimiento debían intervenir funcionarios distintos a los que realizaron el acto anterior, en cambio en la vigente ley no hace mención alguna a este aspecto, por lo cual pensamos que si puede ser el mismo funcionario que dicto el primer acto. Mientras que en los casos de nuevos reconocimientos la iniciativa puede provenir de la misma Administración Aduanera o del particular, cuando se trate de recursos la acción siempre proviene del particular afectado. Así mientras el recurso es una herramienta que la ley pone en manos del

administrado, los segundos reconocimientos pueden ser propuestos tanto por la misma AT como por la parte privada, con lo cual la ley nos señala que en este acto la AT y los particulares están en plano de perfecta igualdad. En conclusión la acción del particular para lograr un nuevo reconocimiento es una petición, pero no un recurso; ni la forma de accionar del particular, ni la actividad administrativa que ella desencadena, ni los funcionarios que toman parte en el asunto, ni los recursos que posteriormente pudieran interponerse, se encuadran dentro de los límites señalados por la LOPA o por el COT al tratar los recursos administrativos. Ello nos permite decir que el nuevo reconocimiento es una figura exclusivamente aduanera que no encuentra símil en otros campos del Derecho administrativo o Tributario y que, por tanto es una institución neta y exclusivamente aduanera que señala sin lugar a dudas la gran importancia que el legislador le concedió a este acto tan importante, pues de este se derivan todas las consecuencias administrativas y tributarias posteriores en el proceso de desaduanamiento de las mercancías. Este figura jurídica novedosa da lugar al nacimiento de una nueva forma de autotutela.

## **(2) Reclamo por Errores Materiales o de Cálculo:**

Cuando existan errores materiales o de cálculo en las liquidaciones de planillas que determinan impuestos y tasas, o multas se devolverán según

los artículos 60, 135 y 136, para que sean corregidas de acuerdo a los cálculos definitivos. Esta figura también existe en materia administrativa en la LOPA en el artículo 84 y en el ámbito Tributario en el COT en sus artículos 163 y 172, solo que en materia aduanera es una acción autónoma y no dependiente de un recurso administrativo como tal, como sucede en materia no aduanera.

## 2. Efecto Jurídico

El efecto de la interposición de las defensas en materia aduanera de acuerdo a este articulado es muy confuso, ya que por un lado nos habla de que la interposición del recurso jerárquico no suspenderá los efectos del acto, como lo dice el artículo 131 de la LOA:

**“Artículo 131.-** De toda decisión se oirá recurso jerárquico por ante el Ministerio de Hacienda. La interposición del recurso **no suspenderá** los efectos del acto recurrido.” (Subrayado nuestro).

Sin embargo no sabemos a ciencia cierta si lo que el legislador quiso, fue hablarnos de la aplicación de la LOPA, pues como sabemos en materia administrativa regulada por esta no hay suspensión de los efectos del acto. O si por el contrario establece una nueva modalidad solo para el recurso jerárquico previsto por la misma LOA. Lo cierto en todo caso es que hay una

especie de mixtura entre lo tributario y lo administrativo que se presta para generar un clima de inseguridad jurídica y esto da lugar a infinidad de arbitrariedades en los recintos aduaneros producto de esta falla legislativa. Por lo pronto haremos un análisis para interpretar cual sería la aplicación correcta en todo caso para los medios de defensa del contribuyente y que leyes son las aplicables en cada caso determinado, pues si aplicáramos el COT el efecto suspensivo sería ope legis o de pleno derecho, con lo que podemos decir que el efecto suspensivo en aduanas se produce por la aplicación directa del COT y no de la propia LOA.

## **II. COLISIÓN DE NORMAS EN LA APLICACIÓN DE LEYES TRIBUTARIAS AL ESTABLECER LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE ADUANERO**

Con respecto al conflicto de aplicación del **COT** y la **LOA** en materia de defensa del contribuyente aduanero, nos permite describir esta noción del Estado de Derecho en nuestro país. Es de esta manera que, Juan Cristóbal Carmona Borjas(1999) nos dice, que el COT es una Ley General de la Tributación, aplicable en principio a todos los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas que de ellos se derivan, salvo las excepciones que el mismo consagra. Este recoge y desarrolla los principios constitucionales de legalidad o reserva legal, irretroactividad y de tutela jurisdiccional, sin perjuicio de que sean aplicables también los demás principios de esta rama

del Derecho, como son la igualdad y la no confiscación, también de rango constitucional.

De este modo, llegaremos al estudio de la Seguridad Jurídica, principio que está íntimamente vinculado al principio de legalidad. En este sentido Pérez de Ayala y González(1991) expresan al respecto, que el reconocimiento de este principio entre “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” por parte de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, ha tenido como lógica consecuencia conectar desde antiguo su estudio al nacimiento al Estado liberal de Derecho. Así llegamos al estudio de la Ley como instrumento garantizador de un trato igual de todos ante ella, frente a las frecuentes arbitrariedades y abusos de antiguos regímenes. Lo que equivale a afirmar, desde un punto de vista positivo, la importancia de la ley como vehículo generador de *certeza*, de donde se infiere la estrecha relación existente entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica. No cabe duda pues, que se encuentre o no expresamente recogida en los distintos ordenamientos, la idea de certeza sobre el Derecho es una exigencia primaria del principio de seguridad jurídica.

Entonces encontramos a la Doctrina Alemana, Italiana y Española, esta última que recoge ambos criterios, poniendo además especial énfasis en el estudio de las manifestaciones concretas en que dicho principio se

plasma, así entendemos que dichas manifestaciones son fundamentalmente la estabilidad del derecho, el suficiente desarrollo normativo dentro de la jerarquía de las fuentes, y *la certidumbre sobre los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, caso de incumplirse las previsiones del ordenamiento*. Concluimos de este modo que hay una necesidad que en aras de la certeza, el contribuyente tiene de conocer todos los remedios jurídicos puestos a su alcance por el ordenamiento a efectos de instar la revisión de los actos presuntamente nulos o anulables que se hará con la debida notificación del acto en cada caso en concreto.

En este mismo orden, se viene considerando el rechazo de la arbitrariedad como el aspecto o manifestación negativa del principio de seguridad en el ámbito jurídico, de suerte tal que aun lamentando su falta de mención expresa en nuestra Constitución, puede considerarse incluido tanto dentro del principio de seguridad jurídica como, mas específicamente en el de *jerarquía normativa*, ya que este ultimo constituye, desde un punto de vista formal, el instrumento técnico más apropiado para garantizar la seguridad jurídica, y simultáneamente, impedir la arbitrariedad de los órganos del Estado, tanto en el desarrollo de funciones normativas como cuando se dirigen a aplicar el Derecho vigente.

Dice con precisión Sainz de Bujanda (1966), que el principio de orden jerárquico de las normas, constituye a la vez una exigencia constitucional del principio de legalidad y un resorte técnico ineludible del de seguridad, evitando con esto una posible arbitrariedad de los órganos del Estado al aplicar las leyes.

Así mismo, el artículo 139 de la **LOA** establece la aplicación supletoria de la **LOPA** y el **COT**, aun cuando dicho Código Orgánico Tributario en su artículo 1° estableció claramente la aplicación directa de este en lo que respecta a los recursos administrativos y jurisdiccionales, con lo cual se materializa un conflicto de aplicación de leyes tributarias y administrativas pudiendo causar un estado de indefensión a aquellos ciudadanos que eventual o permanentemente sean usuarios de las aduanas y se vean envueltos en un conflicto frente a la Administración Aduanera.

Surge así la necesidad del análisis de este conflicto y de demostrar la violación de los derechos fundamentales del contribuyente por parte de la Administración Aduanera debido a la aplicación incorrecta e indiscriminada de estas leyes.

#### **A. Jerarquía de las normas**

La doctrina internacional mas calificada expresa que los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diversos rangos. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación ; en la segunda, un nexo de supra o subordinación. La existencia de relaciones de este ultimo tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez.

El problema del orden jerárquico normativo fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo poco mas tarde relegado al olvido. En los tiempos modernos, Bierling resucito la vieja cuestión. El mencionado jurista analiza la posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del derecho, y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor, sino la individualización de estas en actos como los testamentos, las resoluciones administrativas, los contratos y las sentencias judiciales.

El desenvolvimiento de las ideas de Bierling y la creación de una teoría jerárquica de las normas se deben al profesor vienes Adolph Merkl. Así mismo, Hans Kelsen y Verdross, de la misma escuela, han incorporado a su sistema la teoría de su colega.

Es un error muy difundido el creer que el orden jurídico se agota o resume en un conjunto mas o menos numeroso de preceptos de general observancia. Al lado de las leyes, dicho mejor, subordinados a ellas y por ellas condicionados, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad. Tales actos son en todo caso individualización de preceptos generales, como dice Bierling.

Merkel da a dichos actos la designación de normas especiales o individualizadas, para distinguirlos de la generales o abstractas. Unas y otras forman el orden jurídico total.

El proceso merced al cual una situación jurídica abstracta transformase en concreta y una norma general se individualiza, se denomina *aplicación*. Si examinamos el derecho a la luz de su *aplicación* descubriremos el criterio que permite establecer una ordenación jerárquica entre las diversas normas de aquél, y entre éstas y los actos jurídicas.

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. Toda situación jurídica hallase condicionada por una norma abstracta. Las de general observancia, que en relación con los actos jurídicas son condicionantes, encuéntrense, a su vez, condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de esta depende de la de aquella.

Los actos jurídicos son condicionados, en cambio, por las normas del derecho, porque tanto la formación cuanto la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas, y en ellas encuentran su fundamento.

El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados, es acto de aplicación. Todas las normas (generales o individualizadas, abstractas o concretas), poseen dos caras. Si se las examina desde arriba, aparecen ante nosotros como actos de aplicación; si desde abajo, como normas.

El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos de determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero se denomina, norma fundamental; el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias.

La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Por su parte, los actos postreros de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico (un ser, por consiguiente).

El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

- 1.- Normas constitucionales.
- 2.- Normas ordinarias.
- 3.- Normas reglamentarias.
- 4.- Normas individualizadas.

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiéranse a situaciones jurídicas concretas.

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general.

No obstante, podemos afirmar que en **Venezuela**, existen una categoría especial de leyes previstas por la Constitución como Leyes Orgánicas, que se encuentran ubicadas dentro del orden antes nombrado entre la Constitución y la Ley Ordinaria.

Así, bajo la derogada Constitución de 1961 expresaba en su artículo

**163:**

“Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley.

Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de estas.”

De esta manera, se daba creación a dichas leyes y al orden de jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se deja sentado las bases para decir que serán Leyes Orgánicas las que cumplan tales requisitos, es decir, las que así denominen la Constitución y las que sean investidas de la misma manera por el Congreso en su mayoría absoluta.

Sin embargo, la doctrina para ese entonces decía que estas leyes orgánicas se dictaban para organizar el Poder del Estado o un Servicio Publico tal como lo afirma Ángel Fajardo. (Pág. 119).

La Constitución vigente (CRBV) de 1999, estableció mayor especificidad respecto de estas leyes orgánicas en su artículo **203** que reza:

“Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que la propia Constitución así califica, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los y las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicara también para la modificación de las leyes orgánicas.

Las leyes orgánicas que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación, a la sala Constitucional del tribunal supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el termino de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter.”

En este orden de ideas, vemos que tenemos que en primer lugar, serán leyes orgánicas las que así denomine la propia Constitución; en segundo lugar, las que organizan los Poderes Públicos, o bien, para desarrollar los derechos constitucionales, y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. También, se pide el control previo por parte de la Asamblea Nacional para ser denominada tal; y así mismo, se pide el control previo antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Todo lo cual, nos indica que tenemos un legislador constituyente consciente de la importancia de esta categoría especial de ley y le ha aplicado algunos requisitos y controles previos para su conformación y promulgación, lo que indica que esta categoría de ley es muy importante para el orden jerárquico normativo interno. Sin embargo no nos dice nada respecto de si las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de estas, lo que configura una imprecisión legislativa.

En base a las consideraciones anteriores y al ver que nuestro análisis envuelve dos leyes de rango o categoría orgánica, como lo son la Ley Orgánica de Aduanas y el Código Orgánico Tributario se hace la debida referencia.

## **B. Criterio Doctrinal del problema de la colisión de normas pertenecientes a distintas leyes que regulan la misma materia.**

En este punto de este trabajo se hace necesario hacer referencia al criterio del autor nacional Carlos Asuaje Sequera(1997), en un caso precedente al que tenemos en análisis, respecto de cuando entro en vigencia la LOPA en 1982 estando ya en vigencia la LOA de 1978:

“En la medida en que se avance en este análisis, se hará mas latente la gran influencia que la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos ha tenido en el mundo aduanero, muy especialmente en lo referente al ejercicio del derecho a la defensa. Victimas de las modificaciones acaecidas son el articulo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1978 y la normas reglamentarias que de el se derivan, por encontrarse en franca contradicción con los preceptos de dicha Ley Orgánica. En el caso de los recursos aduaneros, hayamos dos normas tratando de manera diferente el mismo asunto, por lo que se impone al interprete decidir cual debe aplicar, para lo cual deberá tomar en cuenta circunstancias de *rango, especialidad* y *orden de aparición de las normas*.

En cuanto al *rango*, tanto una como otra son leyes orgánicas, por lo que este criterio es inútil para el caso concreto sometido a estudio. En cuanto a la *especialidad*, los recursos que interponen los administrados constituyen el primer paso del procedimiento administrativo de impugnación, regulado en detalle por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que es, sin la menor duda, la ley especial con respecto a todos los procedimientos administrativos distintos al procedimiento ordinario al que nos hemos referido. En cuanto a su novedad, la Ley Orgánica de Aduanas fue promulgada en 1978 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos tres años después. Pero además de esto, debemos observar que el articulo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos confiere preferencia a la aplicación de procedimientos contenidos en leyes especiales, únicamente con respecto al procedimiento

ordinario (previsto en el Capítulo I), pero no con respecto a los recursos, que se encuentran en título y capítulo diferentes; así, por interpretación en contrario, los procedimientos no contenidos en el capítulo I del título II (entre ellos los recursos), se aplicara con preferencia a los previstos en leyes especiales.” (Pág. 169).

Por otro lado, se puede afirmar, que toda ley elaborada, promulgada y publicada conforme a los trámites constitucionales, y cuyo contenido no contradiga ningún precepto constitucional, es decir, que toda ley que concuerde en la forma y en el fondo con la Constitución es una ley vigente y, como tal, con plenos efectos de obligar.

La entrada en vigor de esa ley produce una serie de efectos dispares sobre la vigencia de las leyes anteriores. Tales efectos podrían agruparse esquemáticamente en los cuatro grandes apartados siguientes:

- a) La entrada en vigor de la nueva ley deroga aquellos preceptos legales frente a los cuales declara expresamente su intención derogatoria.
- b) La entrada en vigor de la nueva ley deroga aquellos preceptos cuyo contenido sea incompatible con el suyo.
- c) La entrada en vigor de la nueva ley limita parcialmente la aplicación de aquellos preceptos legales cuyo contenido es incompatible con

el suyo, pero que, por referirse a supuestos de hecho más amplios, no pierden su vigencia y se siguen aplicando a los casos no previstos en la nueva ley.

d) La entrada en vigor de la nueva ley puede o no derogar – según las circunstancias- aquellos preceptos legales vigentes anteriormente y cuyo contenido es incompatible con el suyo, pero que afectan solamente a supuestos de hecho más limitados que los previstos en ella.

El apartado a) se refiere al caso de la derogación expresa. El apartado b) se refiere al caso de la derogación tácita. El apartado c) se refiere al caso de que la nueva ley es especial frente a una ley general anterior. Por último, el apartado d) se refiere al caso de que la nueva ley es general frente a una ley especial vigente con anterioridad.

La primera cuestión; la derogación expresa no suscita ningún problema especial de interpretación. Por el contrario, las cuestiones señaladas en los apartados b), c) y d), suscita el problema genérico de cuál es la ley vigente entre dos o más, no derogados de manera expresa, que regulan en forma contradictoria una misma situación de hecho.

Debemos advertir que damos al concepto de “colisión de leyes” un sentido amplio, entendiendo que existe colisión en todos aquellos casos en

que se duda cuál de dos leyes de contenido contradictorio es aplicable a una misma situación de hecho, sin que ello implique negar la vigencia total de una de las dos, ya que, en un sentido estricto, sólo existe colisión entre dos preceptos legales cuando la vigencia de uno de ellos supone la falta absoluta de vigencia del otro.

Se cree conveniente indicar, además, que el concepto de colisión de leyes se emplea ordinariamente en el Derecho internacional privado, como colisión de leyes en el espacio o en el Derecho Intertemporal o transitorio como colisión de leyes en el tiempo. El sentido con que lo empleamos aquí es perfectamente independiente de ambos. Nos referimos a la vigencia de la ley en abstracto, es decir, al problema de cuál de dos leyes está realmente vigente en un momento dado, en tanto que el Derecho Internacional Privado y el Derecho Intertemporal dan por resuelto el problema de la vigencia y se preguntan cuál de dos leyes, vigentes en tiempos diferentes o en territorios distintos, rige una situación de hecho determinada.

Podríamos incluso afirmar que el concepto de colisión de leyes corresponde en realidad con más exactitud a nuestra materia, ya que ni en el Derecho Internacional Privado ni en el Derecho Intertemporal existe una verdadera colisión entre leyes, sino una colisión de hechos que tienen puntos de conexión con leyes vigentes en diversos territorios o en diversos períodos de tiempos.

Al precisar el concepto de colisión, sólo en un lenguaje cómodo, aunque inapropiado, se habla de una colisión entre textos legales, sin embargo, siempre nos referimos a una colisión entre proposiciones jurídicas .

Así, por ejemplo, si se habla de una colisión entre el Código Orgánico Tributario de 1994 y la Ley Orgánica de Aduanas de 1999, nos referimos en realidad a que determinado precepto o preceptos de la LOA coliden con determinado precepto o preceptos del COT, ya que no es siquiera imaginable una colisión global entre ambos textos.

Ahora bien, hemos visto ya que una proposición jurídica es una proposición normativa *de deber ser* que afecta a un supuesto de hecho “**S**” una consecuencia jurídica “**C**”.

Recogiendo ese concepto, ***podemos afirmar que existe colisión entre dos proposiciones legales cuando afecta a un mismo supuesto de hecho consecuencias jurídicas incompatibles.***

## **1. Casos de Colisión**

Así, como primer caso, llegamos a las normas del artículo 131 de la LOA de 1999, y las normas de los artículos 164 y 173 del COT de 1994. La primera expresa en su supuesto de hecho lo siguiente: “ De toda decisión...omissis..”, a la cual llamaremos “**S1**”.

Y en su consecuencia jurídica dice: “se oirá recurso jerárquico por ante el Ministro de Hacienda (hoy Ministro de Finanzas). La interposición del recurso no suspenderá los efectos del acto recurrido.”, la cual se llamara “**C1**”.

Lo que se corresponde en el COT al supuesto de hecho de la norma del artículo 164 que reza: “ Los actos de la Administración Tributaria de efectos particulares, que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados...omissis...”, a la cual llamaremos “**S2**”.

Como consecuencia jurídica correspondiente : “...omissis... podrán ser impugnados por quien tenga interés legítimo, mediante la interposición del Recurso Jerárquico reglado en este Capítulo. Luego en la norma del artículo 173 ejusdem se establece lo siguiente también como consecuencia jurídica: “La interposición del Recurso suspende la ejecución del acto recurrido...omissis...” , lo cual se llamará “**C2**”.

Lo que lleva a aplicar la fórmula ideada por estudios del Tratadista Joaquín Sánchez Covisa (1976), en un profundo análisis que hace respecto de su estudio a propósito de la colisión de leyes.

En este mismo sentido, si se ve esquemáticamente el problema, tenemos que imaginar las dos proposiciones siguientes:

Proposición Primera: Si **S1** se realiza, se producirá **C1**.

Proposición Segunda: Si **S2** se realiza, se producirá **C2**.

Pero, cuando **S1** sea igual a **S2** y, en cambio **C1** sea incompatible con **C2**, existirá una colisión entre las proposición primera y la proposición segunda, como sucede en el caso bajo análisis respecto del COT y la LOA. cuando prevé el mismo supuesto de hecho en ambas normas con consecuencias jurídicas incompatibles.

No se puede pensar, entonces, en que un contribuyente afectado por una decisión dictada por la Administración Aduanera en materia de tributos aduaneros, al ser impugnada por los medios de defensas ya descritos, vaya a producir la no suspensión de los efectos del acto de acuerdo a la LOA, cuando vemos que de acuerdo al COT en sus artículos 164 y 173 prevén algo muy bien especificado para la materia de tributos, que es la suspensión de los efectos del acto; de la misma manera reforzado por el artículo 1° ejudem al expresar: “ ...omissis... Para los tributos aduaneros este Código se aplicara en lo atinente a los recursos administrativos y jurisdiccionales...omissis...”

Dicho en forma mas precisa, la incompatibilidad entre las dos consecuencias jurídicas no debe resultar solo de su contenido sino de la obligatoria simultaneidad de su cumplimiento.

## **2. Casos de Concurrencia**

Al observar el segundo caso, el autor ya citado nos dice: “ Para que exista colisión entre proposiciones legales, es preciso que las consecuencias de una y otra que afecten a un mismo supuesto de hecho sean incompatibles y *no meramente diversas*.”.

No existirá, por ende, colisión cuando dichas consecuencias sean diferentes, pero no incompatibles, caso en el cual puede hablarse de *conurrencia* y no de colisión de leyes.

De tal manera que al analizar los mismo artículos anteriores, pero ya no como materia tributaria sino meramente administrativa, como por ejemplo, cuando la Administración Aduanera niega un permiso o una autorización, impide el Desaduanamiento de mercancías o dicta cualquier acto administrativo de orden no tributario que afecta los intereses particulares, entonces entenderíamos, por interpretación en contrario, que se aplica la norma del artículo 131 de la LOA ya precitado y no el COT como tal, por no ser la ley especial de la materia administrativa en este caso. Es decir que, en lo que respecta a la materia de aduanas se interpone el Recurso Jerárquico en todo caso, no así el de reconsideración que establece la LOPA de 1982, es por ello la aplicación supletoria de la LOPA prevista en la misma LOA de 1999; pero las consecuencias del mismo sería la no suspensión de los efectos del acto por la interposición; lo que quiere decir que el legislador no fue claro al establecer los preceptos jurídicos para regular la materia

netamente tributaria aduanera y la materia netamente administrativa de las cuales se derivan efectos jurídicos distintos, con lo cual se causa confusión al administrado-contribuyente creando un ambiente de inseguridad jurídica en cuanto a que norma de que ley debe aplicarse.

Es por ello, que este viene a ser un caso de concurrencia, y no ya uno de colisión como tal, pues si bien los supuestos de hecho son iguales la consecuencia jurídicas cambiarían dependiendo de la materia a regular por la norma.

### **C. Criterio Jurisprudencial del problema de la colisión de normas pertenecientes a distintas leyes que regulan la misma materia.**

En este orden de ideas, la Constitución no estableció claramente el principio del orden de jerarquía de las normas. También, nuestro ordenamiento jurídico careció por mucho tiempo de una ley que estableciera las normas de aplicación general para los procedimientos administrativos. En su defecto, fueron las diferentes leyes particulares las que contenían ciertas reglas procedimentales pero, en general, un gran número de materias administrativas importantes estaban desprovistas de legislación procedimental, hasta que se aprobó la LOPA en 1982, la que estaba latente el deseo de una ley, inmerecidamente postergada, que estableciera los

principios fundamentales del procedimiento administrativo, que vendría a condicionar a la Administración Pública en sus relaciones con los administrados, a fin de que los derechos de estos gozaran de las garantías adecuadas.

Como primera cuestión se advierte que la LOPA ostenta la designación de “Ley Orgánica” . Ahora bien, ¿qué significado tiene el calificativo de orgánica?.

El artículo 163 de la Constitución Nacional de 1961, señalaba en su único aparte que: “las Leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de estas”. Por su parte, en la Exposición de Motivos de la LOPA presentada al Congreso se lee: “Además, la legislación futura deberá adecuarse en materia procedimental a la ley general, razón por la cual fue calificada de orgánica”.

Es bien sabido que las leyes orgánicas, constituyen una categoría intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias corroborado según sentencia de la Corte Suprema de Justicia en SPA de fecha 14/03/1962.

Así como lo que sugiere la Exposición de Motivos de la Constitución, las leyes orgánicas generalmente tiene por objeto regular el funcionamiento de los poderes públicos o el ejercicio de ciertas potestades públicas y, por tanto, son dictadas con el objeto de impedir que por medio de leyes especiales ordinarias, se deroguen sus disposiciones. Por ello, el citado artículo 163, ahora artículo 203 en nuestra CRBV prevé que las leyes que

dictan en materias reguladas por las leyes orgánicas se someterán a la normas de estas, en virtud del **principio de jerarquía o preeminencia de la ley orgánica**, el cual es definido por la jurisprudencia, en sentencia Nro. 34-85 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 05/05/1988 caso Gerardo Zaid M. así:

“Acogiendo el criterio de interpretación de la Doctrina, ...omissis... La Ley Orgánica no es como tal, una norma de rango absolutamente preeminente frente a cualquier otra Ley que no ostente tal calificativo; ya que dicha preeminencia se limita a las disposiciones legislativas posteriores que desarrollen los principios que ella pauta..., solo tiene fuerza derogatoria de las disposiciones de otras Leyes posteriores que regulan las materias específicas que ella proyecta... de allí que no pueda mantenerse como regla absoluta que la Ley Orgánica sea derogatoria de la Ley especial, no pudiendo extenderse su esfera de aplicación a cualquier esfera que sea tratada por la misma. Su preeminencia solo abarca a las cuestiones y disciplinas que incidentalmente aluda en su texto... si la intención del constituyente hubiese sido otorgarle en todo caso preeminencia a las leyes Orgánicas, se habría limitado a señalarlo en forma expresa, indicando que las Leyes Orgánicas prevalecen sobre las leyes especiales...omissis...”

Ahora bien, frente al supuesto excepcional de colisión entre leyes orgánicas, la jurisprudencia en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte en Pleno de fecha 23/04/1991, Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor, RDP, Nro. 46-72 nos da la solución siguiente:

“A este respecto, la Corte en Pleno, en la sentencia de fecha 01/02/82, estableció que estos conflictos surgidos por derogaciones imprecisas de leyes anteriores, deben resolverse

atendiendo a los siguientes principios: El principio de la *identidad de la materia*, si la antinomia existe entre dos leyes generales, que permite dar prevalencia a la ley posterior si la anterior “puede considerarse derogada cuando sea idéntica la materia y la normativa que prevé una ley es absolutamente inconciliable con la otra”. El principio de la *especialidad*, cuando el conflicto se presenta entre una ley general anterior y una especial posterior, que determina el carácter prevalente de las normas especiales, “solamente en las partes inconciliables, pero quedaría la antigua subsistente en las partes en que sea posible armonizarlas con la nueva legislación”. Y el principio cronológico, en lo referente a las antinomias entre leyes anteriores y posteriores, que determinan que “la Ley posterior deroga a la anterior, en todo lo que en forma absoluta la excluya”.

A los anteriores criterios, debe agregarse el de la *prevalencia de las leyes orgánicas*, cuando la antinomia surja entre una ley no orgánica y otra que si lo es, en razón de lo dispuesto en el aparte único del artículo 163 de la Constitución que reza así:

“Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de estas”.

Regla esta que deroga los principios de la especialidad y el cronológico, antes mencionados, ya que estos son aplicables entre leyes o normas de igual jerarquía. No obstante, si la colisión se presenta entre diferentes leyes orgánicas, resultan valederos los anteriores principios, de la especialidad y el cronológico, que son principios generales del Derecho (artículo 14 del Código Civil) y del Derecho Constitucional (artículo 177 de la Constitución).” (Subrayado nuestro).

Es así como siendo la LOPA “una normación que rige el actuar de la Administración” (Exposición de motivos), la misma tiene fuerza derogatoria sobre las disposiciones de otras leyes posteriores que regulan la materia específica que ella proyecta en sus principios fundamentales, según el referido principio de preeminencia. Es decir, que para este caso se derogaba la Ley Orgánica de Aduanas de 1978 en lo que a la parte de los Recursos Administrativos se refería.

Lo expuesto no obsta, en manera alguna, para que una ley orgánica, al propio tiempo que establezca una regla, faculte a una ley que no sea orgánica para hacerle excepciones. En tal caso, la ley orgánica no pierde ni siquiera parcialmente su características de supremacía y, por la otra, la característica de ley orgánica como lo exige la Constitución.

Así cronológicamente en el año 1987 y 1992 respectivamente, podemos traer un par de sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia donde resuelve casos de colisión de leyes, no precisamente en el campo que estudiamos, pero que pueden orientarnos hacia que criterio debe ser el mas acertado a la hora de aplicar la LOA o el COT al establecer la defensa del contribuyente aduanero en lo atinente a los recursos administrativos..

A continuación se resume el texto de un Auto del 22 de Octubre de **1987**, por la importancia que tiene para nuestra investigación, de un recurso de casación (CSJ.- Casación) en el celebre caso F. Villarreal contra R. Guzmán en el cual se hace un análisis sobre la colisión de leyes orgánicas y así se estableció que :

“...En consecuencia, para la Sala se hace necesario precisar si la cuantía prevista por el nuevo Código de Procedimiento Civil como requisito de admisibilidad del recurso de casación, es o no aplicable a los juicios contenciosos regidos por leyes especiales en las cuales se establecen una cuantía específica que no excede de Doscientos cincuenta Mil Bolívares, que hacia admisible por el sistema derogado el recurso de casación correspondiente. Esta precisión es también necesaria, porque de acuerdo con el contenido del artículo 9º del Código de

Procedimiento Civil vigente, la Ley procesal se aplicara desde que entre en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso. A tal efecto considera:

Para una mejor comprensión de la cuestión relacionada con las diferentes cuantías establecidas en leyes especiales, en relación con la admisibilidad o no del recurso de casación, es indispensable partir de la consideración de varias leyes nacionales que el legislador antes de la Constitución 1961 había denominado “Leyes Orgánicas”. Sin embargo, para el criterio de un autor nacional tal cuestión es jurídicamente intrascendente, porque no es fácil determinar con exactitud cual fue el criterio seguido por el Legislador para imprimirle a dichas leyes ese carácter; en segundo lugar, porque esas leyes llamadas orgánicas no formaban una categoría especialmente definida dentro de las demás leyes nacionales; y por ultimo, porque carecían de una peculiaridad técnico-jurídico que le fuera propia. En la Constitución Nacional de 1961 se modifico sustancialmente la situación descrita, pues nuestra Carta Magna distingue netamente entre leyes nacionales, creando así una categoría especial dentro de ellas, a las que atribuyo una importante peculiaridad técnico-jurídica. en efecto, el encabezamiento del articulo 163 de la Constitución Nacional dice: “...son Leyes Orgánicas las que así denomina la Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los Miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de Ley...” Y el único aparte del citado articulo, le atribuyo una peculiar naturaleza jurídica al agregar: “...las leyes que se dicten en materias reguladas por las Leyes Orgánicas se someterán a las normas de estas...”

*La Constitución Nacional de 1961 estableció un doble criterio para determinar cuales son las leyes orgánicas; y les atribuyo asimismo la característica común de poseer una jerarquía o rango superior al de las demás leyes nacionales.* No obstante que todas las leyes orgánicas tiene en común la señalada jerarquía o rango especial; sin embargo, del propio texto constitucional se infiere a dos grupos entre ellas: uno, el formado por las leyes orgánicas porque la propia Constitución Nacional las denomina así; y otro, el formado por las leyes que son orgánicas porque han sido investidas con tal carácter por las cámaras legislativas.

Ahora bien, ¿Cómo debe interpretarse el calificativo de Orgánicas? Para unos, nos encontramos ante una figura normativa que ocupa, en la jerarquía de las fuentes, un escalón

propio, superior en rango al de las leyes ordinarias. Para otros se trataría tan solo de una distinción material o competencial: determinados objetos han de ser regulados por la Ley Orgánica y están así sustraídos a la disponibilidad de la ley ordinaria, por lo que mal puede hablarse de jerarquía. En nuestro país, ha habido un sector de la doctrina que interpreto el artículo 163 en la Constitución en el sentido de que el constituyente creó, al consagrar en forma expresa la figura de las leyes orgánicas, una súper categoría de normas que en consecuencia se encontraría en medio camino entre la Constitución y las leyes ordinarias, en forma tal, que ellas tendrían fuerza derogatoria por sí mismas sobre todas las normas especiales y posteriores.

De acuerdo al criterio mayoritario de los tratadistas, la posición antes expuesta exagera la extensión de las disposiciones constitucionales y crea un nuevo orden en la jerarquía de las fuentes que desajusta evidentemente las reglas de aplicación normativas tradicionales. El artículo 163 de la Constitución no sería una disposición hermenéutica; el contenido del mandato estaría dirigida al propio Legislador, a fin de que al dictar las leyes de complementación de las que han sido calificadas de orgánicas, se ciña a los postulados fundamentales contenidos en esta. De acuerdo con tal criterio, las leyes orgánicas constituirían un cuadro normativo que fija los principios básicos a los cuales deben atender a las leyes posteriores. La ley orgánica es así como una amplia ley de principios o bases reguladoras de una disciplina que la ley ordinaria podrá desarrollar, creando entre la Ley Orgánica y la Ley Especial la misma relación que existe entre una ley formal y su reglamento ejecutivo.

De lo expuesto se evidencia que la Ley Orgánica,-- contra lo que opinaba un sector de la doctrina tradicional--, no es como tal una norma de rango absolutamente preeminente frente a cualquier otra ley que no ostente ese calificativo, ya que dicha preeminencia se limita a las disposiciones legislativas posteriores que desarrollen los principios que la Ley Orgánica pauta. De todo lo anteriormente expuesto, emerge la evidencia que en aplicación de la doctrina moderna la preeminencia de las leyes orgánicas no afecta radicalmente las reglas de la especialidad y de la ley posterior, sino tan solo en un campo limitado, esto es, el de la esfera que podríamos validamente denominar de "aplicación directa" de su normativa, o sea, en

aquellas leyes que constituyan una concretización inmediata y específica de sus disposiciones.

Con diferentes razones Lares Martínez sostiene idéntica posición. Para él no puede afirmarse que las leyes orgánicas tengan un rango superior a todas las leyes que no están investidas de ese carácter. La supremacía de la Ley Orgánica solo existe respecto de las leyes dictadas en materias regladas por ellas, no obstante que esas leyes entren en vigor después de aquellas. Según Lares el efecto de la supremacía de las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias que se dicten en las materias regidas por aquellas es hacer excepción a dos principios: el de la aplicación preferente de la ley especial sobre la general; y el que consagra la fuerza derogatoria de la ley posterior sobre la de fecha anterior.

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que la intención del constituyente en el caso específico de las leyes orgánicas, no fue nunca la de innovar en la jerarquía de las fuentes, transformando los criterios fundamentales de interpretación, sino ordenarle al Legislador que, siendo consecuente con los principios expuestos, al promulgar con los principios expuestos, al promulgar otros instrumentos legales, se atuviese al marco general trazado en las leyes orgánicas. Según una destacada administrativista, las leyes orgánicas solo tienen fuerza derogatoria de otras leyes posteriores que regulen materias especificadas que ella proyecta en sus principios fundamentales. Como consecuencia de estos criterios, la preeminencia de la ley orgánica solo abarca a las ramas específicas que ella regula, no cubriendo en consecuencia todas las cuestiones y disciplinas incidentalmente aludidas en su texto. No cabría otra interpretación del contenido del artículo 163 de la Constitución cuando claramente dice: ...”las leyes que se dicten en materias reguladas por las leyes orgánicas...”, esto es, cuando exige, para que se den las consecuencias que establece, que se trate las mismas materias de las leyes orgánicas: no de otras.

Si la intención constituyente hubiere sido otorgarle en todo en todo caso preeminencia a las leyes Orgánicas, se habría limitado a señalarlo en forma expresa indicando que las leyes orgánicas prevalecen sobre las leyes especiales. Por último, no debe olvidarse que la materia relativa a los procedimientos es de reserva legal nacional, de conformidad con lo establecido en el ordinal 24 del artículo 36 de la Constitución Nacional.

**No indica la Constitución la forma de resolver el problema de la colisión de distintas normas pertenecientes a diferentes leyes que regulan una misma materia. En tal caso, ante la ausencia de norma expresa que solucione el problema, debe aplicarse la regla indicada en el artículo 14 del Código Civil, de que la Ley especial priva sobre la ley general en la materia de su especialidad, ya que este no es un simple precepto civil, sino un principio general de derecho aplicable para resolver la colisión de normas jurídicas del mismo rango.**

En consecuencia, conforme al aparte único del artículo 163 de la Constitución Nacional, la regla general es que "...las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de estas..." de modo que si una norma de una ley que no sea orgánica colide con otra de una Ley Orgánica, es esta última la norma que prevalece.....

Ahora bien, en la relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria no solo influye el principio de la jerarquía, sino también el de la competencia, pues si bien cabe afirmar que existe materias reservadas a las leyes orgánicas, también lo es que la Ley Orgánica esta reservada exclusivamente a esas materias, y por tanto, sería disconforme a su naturaleza especificada la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria. Por consiguiente, dada la existencia de ámbitos reservados a cada tipo de ley, solo se plantearía el conflicto si ambas inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la Ley Orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria, ya que no puede ser modificada por esta.....

Por otra parte, el artículo 101 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no es realmente una norma de desarrollo intrínsecamente procesal, de acuerdo con lo que al respecto establece la doctrina. En efecto, para descubrir que es la norma procesal, según Claria Olmedo se hace indispensable establecer que función jurídica cumple el conjunto normativo del aspecto procesal del derecho en relación con la totalidad del orden jurídico que en su concepción unitaria contribuye a conformar, pues conforme a un externo del derecho procesal, este conjunto de normas se refiere a la actividad judicial cumplida a través del proceso para la efectiva realización del derecho sustantivo.

Carnelutti utiliza el binomio materia e instrumento como expresión mas clara de lo que podría significar sustancia y forma...

No son las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia las que de un modo general regulan la iniciación, el desarrollo y la terminación del juicio ordinario y tampoco las que controlan jurisdiccionalmente la ejecución de la sentencia firme, determinando como los sujetos procesales pueden ejercitar sus facultades dispositivas del contenido materia del proceso o dispone de las materia del proceso o dispone de las meras formas procesales.

No participa, por ultimo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de la dificultad que advierte la doctrina en los puntos de confluencia con el derecho sustantivo, llamados “zonas de penumbras”, que en realidad se trata de instituciones mixtas o bifuncionales en cuanto son sustantivas con eficacia procesal o viceversa, o de dos normas distintas convergentes en un solo precepto normativo.

Por consiguiente, tiene asidero legal el artículo 940 del nuevo Código de Procedimiento Civil que deroga “...cualesquiera otras disposiciones de procedimiento que se opongan a este Código en las materias que el regula...” en consecuencia, -se ratifica-, la nueva cuantía contenida en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil vigente debe aplicarse de inmediato sobre las otras cuantías establecidas en leyes especiales como requisito de admisibilidad del recurso de casación. ...” (Negrillas y subrayado nuestro)

**El Voto salvado del Magistrado Doctor Rene Plaz Bruzual, en el que disiente del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora estableció:**

El Magistrado disiente del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora en la decisión del presente recurso, y lo hace en base a las consideraciones que se exponen a continuación:

“Existen en Venezuela actualmente cinco leyes que contienen disposiciones referentes a la cuantía mínima que debe tener los juicios para que el recurso de casación civil sea admisible. Cuando califico de civil a ese recurso; quiero comprender con

dicho calificativo a todos los que se interponen en juicios mercantiles, laborales, de tránsitos y agrarios, así como en los civiles propiamente dichos que están constituidos por todo el resto de procedimientos que, por fuerza residual, todavía quedan dentro del ámbito del derecho común. las Leyes a las que me refiero son las siguientes: Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos agrarios, Ley de Transito Terrestre y el Código de Procedimiento Civil.

Sin duda que la coexistencia de todas las leyes, ninguna de las cuales ha sido abrogada en forma expresa, coloca al interprete ante le problema de determinar cual o cuales de ellas es o son la aplicables para dilucidar la cuestión que nos ocupa.

La solución debe hallarse observando los dos principios que rigen la problemática de la aplicación de las leyes, principios que son: *el de la preferencia de la Ley especial frente a la general, y aquel que nos indica que la ley posterior deroga a la ley anterior.* por otra parte, pero en el mismo orden de ideas, se debe precisar que cuando la Constitución crea en su artículo 163 la categoría de leyes llamadas orgánicas, no les otorga supremacía de rango legal absoluta para que sean aplicadas con preferencia a la ley ordinaria; el constituyente, sin menoscabo de lo anteriormente señalado, mediante una disposición específica contenida en el único aparte de ese artículo 163, instruye al Legislador constituido para que al sancionar leyes ordinarias en materias regidas por leyes orgánicas, se someten a las normas de estas. Ello en nada modifica el régimen de aplicabilidad de las leyes en el tiempo, siendo el caso que si el Legislador constituido no respecta la disposición constitucional en su especialidad, el problema que se plantea es de nulidad de la ley ordinaria por inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, el artículo 163 de la Constitución es una norma ecléctica: la preeminencia legal que prevé, es relativa.

Partiendo desde los puntos de vistas indicados, se considera que es menester hacer un seguimiento de las cinco leyes anteriormente enumeradas, para ir precisando en orden a sus fechas de vigencia y a la

naturaleza especial o general de cada una de ellas, cuales han sido derogadas por las subsiguientes y cuales no; cual o cuales de ellas por su especialidad debe o deben ser preferentemente aplicadas en relación con las restantes; y cuales son orgánicas y cuales son ordinarias. En este orden de ideas observamos:

“Desde el año de 1916, cuando se puso en vigencia el Código de Procedimiento Civil recientemente abrogado, hasta el año de 1959 cuando se promulgo la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, la única disposición existente que determinaba la cuantía de los juicios para hacer admisible el recurso de casación, era la del ordinal 1º del artículo 423 del dicho Código, y la cual cuantía era de Cuarenta Mil Bolívares, como quiera que esa ley tiene respecto del Código de Procedimiento Civil carácter especial, como ella misma lo consagra en su artículo 31, y, concientemente, es de aplicación preferente consiguientemente, es de aplicación preferente en la materia de su especialidad (juicios del trabajo), por acatamiento a lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil el recurso de casación en materia laboral se hizo admisible en aquellos juicios cuya cuantía excedía de Diez Mil Bolívares en tanto que para el resto de juicios siguió imperando la fijada en el Código de Procedimiento Civil, ley general.

De la misma manera aconteció con la Ley de Transito Terrestre que fue puesta en vigencia en el año de 1962, cuyo artículo 54 fijo esa cuantía en la cantidad de Diez mil Bolívares más. Para esta época la situación era entonces la siguiente: para los juicios del trabajo, la cuantía exigida era de mas de Diez Mil Bolívares; para los juicios de transito, Diez Mil Bolívares o mas, porque así lo disponían las dos leyes especiales que regían esos procedimientos; y para los restantes juicios civiles era de Cuatro Mil Bolívares, porque así lo establecía el Código de Procedimiento Civil.

En el año de 1976 se agrega una ley especial mas, la Orgánica de Tribunales y de Procedimientos Agrarios, en cuyo artículo 14 se dispone que en los Juzgados Agrarios se aplicaran con preferencia a los procedimientos que ante ellos cursen, las disposiciones de dicha ley; y en su artículo 21, que el recurso de casación pondrá ser admitido contra los fallos de Segunda

Instancia, conformes o no con los de Primera, debiéndose aplicar en su sustanciación y decisión lo dispuesto en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos de l Trabajo; de esta manera pasaron a ser dos las competencias especiales en las que la cuantía exigida para la admisión del recurso de casación era de mas de Diez Mil Bolívares (Trabajo y Agraria); transito continuo siendo de Diez Mil Bolívares y mas, y continuaba en Cuatro Mil Bolívares para el resto de los juicios civiles.

El día 1º de enero de 1977, entro en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo articulo 88 dispone que las reglas del Código de Procedimiento Civil son supletorias de los procedimientos que cursen ante la Corte; y en el ordinal 3º del articulo 101 establece que en lo que concierne la casación civil, si el juicio es apreciable en dinero, solo se admitirá el recurso cuando su interés principal exceda de Treinta Mil Bolívares, en tanto que ratifica la cuantía de mas de Diez Mil Bolívares para los juicios del trabajo. La promulgación de esta Ley modifico sin duda alguna la situación que existía, por tratarse de un Ley Orgánica con relación al Código de Procedimiento Civil y posterior a el, por lo que sus normas son de aplicación preferente a las de este; en consecuencia, la admisibilidad del recurso de casación en los juicios civiles, con exclusión de los regidos por leyes especiales (trabajo, transito y agrarios) solo fue posible en aquellos cuyo valor principal excediera de Treinta Mil Bolívares. Esta ley que, repito, respecto del Código de Procedimiento Civil es preeminente, como se deduce del dispositivo de su articulo 88, y por ello su articulo 101, ordinal 3º, era de aplicación preferente al articulo 423, ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, sin embargo, en modo alguno derogo ni tuvo aplicación preferente a las disposiciones de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, de la Ley de Transito Terrestre ni de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos Agrarios, porque respecto de todas ellas es ley general, por lo cual ellas prevalecían por ser especiales. El comentarista de derecho, profesor Doctor Nicolás Coviello en su obra "Doctrina General del Derecho Civil" opina que, independientemente del comienzo de la vigencia de las leyes, sea que la general se promulgue antes de la especial o viceversa, no existe contradicción entre ellas, sino simplemente que las disposiciones de la ley especial se constituye en excepciones del principio consagrado en la Ley

general; ese criterio que vengo siguiendo en mi exposición, por ser precisamente el consagrado en el artículo 14 del Código Civil, no puede quedar excluido por el hecho de que la Ley que rige la actividad de la Corte Suprema de Justicia sea una ley orgánica, por cuanto el artículo 163 de la Constitución, creador de la categoría de leyes orgánicas, no estableció a favor de ellas una preferencia absoluta para su aplicación, sino que nada más mediante la disposición contenida en su único aparte, impuso al legislador ordinario (el constituido) una política legislativa APRA que se sometiera a las leyes orgánicas cuando sancione leyes ordinarias que regulen la misma materia de aquellas, más, ello no significa prevaencia inobjetable en cuanto a la aplicación se refiere de las orgánicas sobre las ordinarias. La desobediencia del Legislador ordinario al dispositivo constitucional, originaria posiblemente un problema de nulidad por inconstitucional, originaria posiblemente un problema de nulidad por inconstitucionalidad de la ley ordinaria; pero nunca podría afirmarse, mientras la ley ordinaria no sea anulada erga omnes, que su aplicación ha quedado preterida ante la Ley Orgánica.

Después de promulgada la comentada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la situación de la cuantía de los juicios para hacer admisible el recurso de casación, era la siguiente: juicios del trabajo y agrarios, más de Diez Mil Bolívares o más; y los restantes juicios civiles, más de Treinta Mil Bolívares.

En septiembre de 1982 entro en vigencia una nueva Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, cuyo artículo 23 dispone que los Juzgados Superiores Agrarios conocerán en apelación de las decisiones de los de Primera Instancia, cuando la cuantía del juicio exceda de Treinta Mil Bolívares; y el artículo 25 ordena que el recurso de casación podrá ser admitido contra los fallos de Segunda Instancia; consiguientemente, y aun cuando esta misma norma manda a aplicar en cuanto a la sustanciación y decisión del recurso lo dispuesto en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, la cual según hemos ya apuntado fija una cuantía de más de Diez Mil Bolívares, forzoso es concluir que es acuantía para los juicios agrarios es ahora de más de Treinta Mil Bolívares, ya que no habiendo apelación en los juicios de cuantía menor de la indicada, mal podría admitirse en ellos el recurso de Casación; no puede haber recurso extraordinario si no existe el ordinario. Esta situación de los juicios agrarios no ha experimentado otro cambio en su ley especial.

En 1986 se promulgo una nueva Ley de Transito Terrestre, en cuyo articulo 55 se consagra la especialidad de sus disposiciones procesales, y en el 54 se establece que el recurso de casación es admisible en los juicios cuya cuantía alcance o exceda de Diez Mil Bolívares, con lo cual tenemos un elemento distinto al de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo que requiere que la cuantía exceda de Diez Mil Bolívares.

Por ultimo el 16 de marzo de 1987, entro en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, entre cuyas disposiciones es necesario destaca cuatro de ellas para su comentario especial en relación con el problema que nos ocupa.”

En este mismo orden de ideas termina el magistrado concluyendo:

“ a) La primera de ellas es la de su articulo 1º que consagra el carácter general que en materia de procedimiento civil tiene el Código, ya que los jueces ordinarios ejercen la jurisdicción civil de conformidad con las disposiciones de dicho Código “salvo disposiciones de la ley”, y estas no pueden ser otras que aquellas que en razón de su especialidad deben tener aplicación preferente; así pues, no tiene aplicación el Código de Procedimiento civil si existe una ley procesal especial que lo contrarié.

b) La segunda es la del ordinal 1º de su artículo 312, según la cual el recurso de casación es admisible en los juicios civiles y mercantiles cuyo interés exceda de Doscientos Cincuenta Mil Bolívares, “salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto de la cuantía”. esta disposición, como se acaba de copiar, esta referida a juicio civiles y mercantiles; por ende, no puede haber entrado en colisión con las especialidades que regulan los juicios del trabajo, de transito y agrarios, siendo lógico afirmar que cuando el Legislador se refiere a juicios civiles esta haciendo alusión a toda esa competencia residual que ha quedado después de haber sido excluidos de la competencia civil ordinaria las tres ultimas nombradas; no obstante, si equivocadamente se pensara que dentro del concepto “juicio

civil” están incluidos los del trabajo, los de tránsito y los agrarios, aun así no sería posible la aplicación del Código de Procedimiento Civil, porque lo impediría la preferencia de aplicación de las leyes especiales que regulan los procesos de esas tres competencias. Por otra parte, la norma en comentario, no debe tener aplicación por su evidente inconstitucionalidad, ya que tratándose de una disposición de una ley ordinaria (el Código de Procedimiento Civil), contrario a la disposición de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que trata, como se ha dicho, de la misma materia. En mi concepto, mientras no sea declarada esa nulidad, (ordinal 3º artículo 215 de la Constitución) el Juez, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 20 del propio Código, no debe darle aplicación (en ejercicio de control difuso de la Constitución previsto en la citada norma)

c) La tercera disposición del Código de Procedimiento Civil a la cual antes aludía, es la de su artículo 940, según la cual se derogan todas las disposiciones de procedimientos que se opongan a las de dicho Código en las materias que el regula. es evidente que este dispositivo contraria abiertamente al artículo 163 de la Constitución, pues no es dable al Legislador constituido, para obviar el mandato del constituyente, derogar la Ley Orgánica precisamente para no cumplir con la política legislativa en ella señalada; si la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en materia de recurso de casación civil, ordena que la cuantía necesaria para la admisión es de más de Treinta Mil Bolívares, no puede una ley ordinaria como el Código de Procedimiento Civil, sin riesgo de inconstitucionalidad, fijar otra distinta. Por ello considero que el Juez, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del propio Código, tampoco debe aplicar la disposición de ese artículo 940.

d) Analizando el caso en estudio, en base a lo dispuesto en el único aparte del artículo 163 de la Constitución, la derogatoria prevista en el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil resulta ser inaplicable también por mandato del artículo 177 de la Magna Carta. En efecto, dentro del contexto de la referida normativa, una ley ordinaria (Código de Procedimiento Civil) no puede derogar una ley orgánica (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) en la materia que esta última de los juicios “civiles” para que sea admisible el recurso de casación del cual conoce la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta

establecida en razón de la naturaleza y vigencia de las distintas leyes que regulan la materia si:

**Para los juicios del trabajo, cuando la cuantía exceda de Diez Mil Bolívares.**

**Para los juicios del tránsito, cuando la cuantía alcance o exceda de Diez Mil Bolívares.**

**Para los juicios agrarios, cuando la cuantía exceda de Treinta Mil Bolívares.**

**Para los juicios civiles y mercantiles** (competencia civil residual), **cuando la cuantía exceda de Treinta Mil Bolívares.”**  
( Negrillas y subrayado nuestro).

En otro Auto de la Sala de Casación Civil del **26 de marzo de 1992** se establece la cuantía que debe regir en material laboral para recurrir en casación, ante la duda que pudiera provocar el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Darío Velandia, en el juicio de Luisa Elena González Sánchez contra Cosméticos Selectos C.A. (COSELCA), en el expediente Nro. 92-020. En este punto se estableció el mismo criterio ya analizado anteriormente por lo cual la Corte nos dijo:

El ordinal 1º y 2º del artículo 312 del vigente Código de Procedimiento Civil, relativo al recurso de casación, establece que:

“Artículo 312: El recurso de casación puede proponerse:

1º Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles, cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares, salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto a la cuantía.

2º Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios especiales contencioso cuyo interés principal

exceda de doscientos cincuenta mil bolívares y contra las de última instancia que se dicten en los procedimientos especiales contenciosos sobre el estado y capacidad de las personas”.

Al analizar la normativa transcrita supra, esta Sala en sentencia de fecha 22 de octubre de 1987, tuvo la oportunidad de pronunciarse en una conocidísima y reiterada jurisprudencia (Flavio Enrique Villarreal c/ Rafael Eloy Guzmán) en la cual en su parte pertinente expresa lo siguiente:

“...tiene asidero legal el artículo 940 del nuevo Código de Procedimiento Civil que deroga”...cualesquiera otras disposiciones de procedimiento que se opongan a este Código en las materias que el regula”... En consecuencia se ratifica la nueva cuantía contenida en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil vigente que debe aplicarse de inmediato sobre las otras cuantías establecidas en leyes especiales como requisito de admisibilidad del recurso de casación”

Este pronunciamiento se debió a la necesidad de precisar, para este entonces cuando recién comenzaba a regir el nuevo Código de Procedimiento Civil, si la cuantía prevista en el, como requisito de admisibilidad del recurso de casación, era o no aplicable a los juicios contenciosos regidos por leyes especiales en las cuales se establece una cuantía específica que no excede de doscientos cincuenta mil bolívares y que hacía admisible por el sistema derogado, el recurso de casación correspondiente.

Así, al resolver la sentencia bajo comentario, el problema de la colisión de distintas normas pertenecientes a distintas leyes que regulan una misma materia, resolvió:

“En tal caso, ante la ausencia de norma expresa que solucione el problema, debe aplicarse la regla indicada en el artículo 14 del Código Civil, de que la ley especial priva sobre la ley general en la materia de su especialidad, ya que este no es un simple precepto civil, sino un principio general de Derecho aplicable para resolver la colisión de normas jurídicas del mismo rango. El anterior criterio de interpretación se basó asimismo en una concepción formal del concepto de la Ley Orgánica, conforme al cual se concibió esta última como un tipo de disposiciones que se situaban en la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias”.

“De acuerdo con estos criterios, el problema de la cuantía, como requisito de admisibilidad del recurso de casación, fue regulado entonces por una ley orgánica (la de la Corte Suprema de Justicia), a cuyas normas debían sujetarse las que no lo fueran (la Ley de Tránsito Terrestres y el Código de Procedimiento Civil), y por aplicación, además, del principio según el cual las colisiones entre leyes orgánicas y leyes que no lo sean deben resolverse mediante la aplicación preferente de la norma de mayor jerarquía y no de acuerdo con la regla de la aplicación preferente de la ley especial, que serviría para resolver los conflictos pero entre normas de la misma jerarquía y rango”.

“Ahora bien, en relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria no solo influye el principio de la jerarquía, sino también el de la competencia, pues si bien cabe afirmar que existen materias reservadas a leyes orgánicas, también lo es que la ley orgánica está reservada exclusivamente a estas materias, y por tanto, sería disconforme a su naturaleza específica la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley, solo se plantearía el conflicto si ambas inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la ley orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria, ya que no puede ser modificada por ésta”.

Este problema de la colisión de distintas normas pertenecientes a distintas leyes, resuelto ya en una oportunidad, pareciera que recobraría vida, con motivo de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, en fecha 1º de mayo de 1991.

La duda proviene del contenido de la regla legal inserta en el artículo 59 de la mencionada Ley Orgánica del Trabajo, el cual textualmente reza:

“En caso de conflicto de leyes prevalecerán las del trabajo, sustantivas o de procedimiento. Si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicara la más favorable al trabajador. La norma adoptada deberá aplicarse en su integridad”.

Entonces por virtud de la norma legal transcrita, parecía que vuelve a regir respecto de los recursos de casación en materia laboral, la cuantía simplemente excedente de diez mil bolívares que a los efectos de su admisibilidad se consagró en el artículo 78 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, de fecha 13 de julio de 1959, y que se reiteró en el ordinal 3º del artículo 101 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que entró a regir en el año 1977.

Ello en razón de que la señalada cuantía de diez mil bolívares, por ser específicamente laboral, tendría el rango prevalente que le asigna el mencionado artículo 59 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, y como consecuencia, se impondrían frente a la cuantía no específicamente laboral

que consagra para la admisibilidad del recurso de casación, el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil vigente.

En opinión de esta Sala, tal duda, quedó resuelta en el pasado, en aplicación a la doctrina contenida en la sentencia de fecha 22 de Octubre de 1987, en efecto; en aplicación de la doctrina moderna la preeminencia de las leyes orgánicas no afectan radicalmente las reglas de la especialidad, sino tan solo en un campo limitado, esto es, el de la esfera que podríamos validamente denominar de “aplicación directa” de su normativa, o sea en aquellas leyes que constituyan una concretización inmediata y específica de sus disposiciones.

En la obra “Metodología de la Ciencia del Derecho” por Kart Larenz, expone que:

“La medida en que haya sido afectada la vigencia de la ley anterior por la ley posterior es un problema de interpretación que ha de resolverse en el caso concreto. Así si ambos preceptos legales tienen igual campo de acción, porque son igualmente generales o porque versan sobre la misma especialidad, el posterior habrá derogado necesariamente al anterior. Si el más reciente es especial respecto al anterior solo le habrá derogado en la materia propia de su especialidad. Por el contrario, si el posterior es general respecto al anterior, habrá de interpretarse si ha tenido intención de derogarlo o si, el anterior continúa vigente en las materias que constituyen su especialidad” (subrayado nuestro).

Obviamente, el Código de Procedimiento Civil vigente, regula todo lo referente al recurso de casación en su Título VIII del Libro I desde el artículo

312 que contempla en sus cuatro ordinales las distintas categorías de procesos y de sentencias contra las cuales puede proponerse el recurso de casación, hasta el artículo 326, por lo que esta regulación continua vigente en la materia de su especialidad (recurso de casación), frente a la ley posterior general (Ley Orgánica del Trabajo) en materia del recurso extraordinario.

De igual manera sigue de Procedimiento Civil que “deroga cualesquiera otras disposiciones de Procedimiento que se opongan a este Código en las materias que el regula...” En consecuencia se ratifica la cuantía contenida en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, la cual debe aplicarse de inmediato sobre las otras cuantías establecidas en leyes especiales como requisito de admisibilidad del recurso de casación. (Subrayado nuestro).

Igualmente en este caso el Magistrado Dr. Rene Plaz Bruzual disiente del criterio de la mayoría sentenciadora y lo hace ratificando las razones expuestas en casos similares a partir de su voto salvado a sentencia de esta Sala de fecha 22/10/87, ya analizado en este trabajo.

Entonces, al enfocar el problema de colisión de las leyes orgánicas que tenemos en estudio, a decir la LOA de 1998 reformada en 1999 y el COT de 1991 reformado en 1994 y hasta la LOPA de 1982, nos queda inferir que la jurisprudencia esta dividida en su criterio sobre todo por el voto

salvado del magistrado Rene Plaz Bruzual, sin embargo nos deja claro que en el caso específico de la colisión de leyes del tipo “orgánica” se aplican los principios generales del derecho previstos en el artículo 14 del Código Civil de Venezuela, es decir el de la especialidad y el de posterioridad en cada caso en concreto y de acuerdo a la materia de su competencia.

### **III. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA Y AL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO**

La recién puesta en vigencia Constitución Venezolana, a finales del año 1999, quiso dejar en claro en su **artículo 26** que:

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

El Estado garantizara una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.” (Subrayado nuestro).

Esto destaca que el propósito de esta norma es dar garantía suficiente al ciudadano de acceder a los órganos que administran la justicia sin ningún tipo de límites más que el bien común, bien sea en la vía administrativa para los procedimientos administrativos de segundo grado o impugnatorios, o bien, en la vía jurisdiccional o judicial. Este derecho de acceso a la justicia,

es uno de esos derechos llamados por la doctrina un “derecho absoluto”, pues no admite divisiones, límites o restricciones de ningún tipo, pues es asimilable en este sentido al derecho a la vida o cualquier otro derecho con estas características.

Con la inclusión de esta norma constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y la del **artículo 49 ejusdem** que establece el derecho al debido proceso dentro de la cual se halla previsto el derecho a la defensa y el derecho a ser oído en toda clase de procesos, entre otros, nos permitirá analizar el hecho de que la Administración Tributaria Aduanera no podrá restringir o limitar de alguna manera el acceso a la justicia y al derecho a la defensa del contribuyente aduanero como lo pretende la discutida aplicación del **artículo 133 de la LOA** que expresa:

“Cuando el acto recurrido sea de liquidación, contribución o multa, el interesado deberá pagar la obligación o caucionarla suficientemente, requisito sin el cual no será admisible el recurso.”.

La decisión del funcionario sobre la inadmisibilidad del recurso podrá ser objeto también del recurso jerárquico a que se refiere esta Ley.”

Esta contiene expreso el principio “solve et repete” o pago bajo protesta, violatorio en todo sentido de los derechos precitados, condicionando la vía defensiva y haciendo oneroso el acceso a la justicia y a la defensa.

### **A. Derechos naturales e imprescriptibles (absolutos) del ser humano como contribuyente y su inviolabilidad**

Seguidamente, se va a precisar las garantías del contribuyentes como limites del poder de exacción que tiene los diversos entes políticos territoriales a través del estudio del catálogo de principios fiscales sustentado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que encontramos la preeminencia de los derechos humanos.

Resulta pertinente señalar sobre dichas garantías la diversidad de normas consagradas en la Carta Magna, en cuanto a la configuración del Estado, el artículo 2 de la vigente Constitución de 1999, instituye uno de los denominados valores superiores del ordenamiento jurídico de Venezuela, con es el Estado democrático y social de derecho y de justicia, es decir, uno de los principios fundamentales republicanos, viene dado por la preeminencia de los derechos humanos, y entre ellos los sociales, lo que implica siempre la interpretación de la ley en la forma mas favorable a los derechos y libertades de los individuos.

En efecto el Artículo 2 antes mencionado expresa lo siguiente:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética, y el pluralismo político.”.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se encuentra en la enumeración de los fines esenciales del Estado, a que se contrae el Artículo 3, donde se incluye la defensa y el desarrollo de la persona y el respecto a su dignidad y en general, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como valor fundamental del Estado, al expresar:

“El estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respecto a su dignidad, el ejercicio democrático y 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 esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”

En concordancia con el postulado anterior, la Constitución establece la garantía estatal de los derechos humanos, por tanto son obligatorios para todos los órganos del Poder Público en sus tres niveles, Nacional, Estatal y Municipal, conforme al principio de la progresividad y no-discriminación, su obligación de respetarlos y garantizarlos no solo conforme a la Constitución y a las leyes sino conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República.

Sobre las mismas bases anteriores, el Artículo 19 de la Constitución establece:

“El Estado garantizara a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios por los órganos del Poder Públicos de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la Republica y las leyes que los desarrollen.”

Concatenado con lo anterior, el dispositivo del Artículo 25 ejusdem, sanciona con la nulidad a todo acto dictado en ejercicio del Poder Publico, en sus diversos entes políticos territoriales, que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley, y prevé la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios que lo hayan ordenado o ejecutado.

De acuerdo con los consideraciones que se han venido analizando, debe destacarse el contenido del principio de supremacía de la Constitución, propio de un sistema constitucional rígido racional normativo, que establece el Artículo 7 al señalar “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Publico están sujetos a esta Constitución.”

De igual manera, la Constitución por ser la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, los jueces y los demás funcionarios, de oficio o a petición de parte interesada, aplicaran las

disposiciones constitucionales, tal como lo consagra el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al señalar:

“Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme con lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución o una ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales...”

En otro orden de ideas, es necesario destacar que los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no son solo los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana. Así se establece en el artículo 22 de la Constitución Nacional vigente al señalar: “la enumeración de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, “(siendo inherentes a estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismo.)”

Con fundamento en esta norma el ciudadano contribuyente goza de los derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos aunque no estén previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Igualmente, el artículo 23 expresa la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos al señalar:

“Los tratados, pactos, y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tiene jerarquía

constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contenga norma sobre su goce y ejercicio mas favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la Republica, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Publico.”

Dichos instrumentos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno pero, solo en cuanto establezcan normas sobre el goce y ejercicio mas favorable a la establecida en la Constitución y las leyes de la Republica, pues se trata del la efectividad del principio de la preeminencia en la protección internacional de los derechos humanos, es decir, con rango supraconstitucional; por lo cual su aplicación debe ser directa e inmediata de los organos que ejercen el Poder Publico.

En definitiva, los derecho humanos fundamentales representan la parte dogmática o principista de la Constitución que encuentra su origen en el derecho natural donde todo hombre nace libre, que no puede ser modificada ni siquiera por el poder constituyente originario, salvo para aumentarla o enriquecerla, y que en conjunto se identifica con la connotación amplia de la palabra libertad, en el omnicomprendivo y sintético alcance del dispositivo del articulo 20 del texto fundamental que expresa: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin mas limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden publico y social”.

De manera semejante, la integridad de cuanto precede es igualmente aplicable a toda persona humana, trátese o no de un contribuyente. En razón de que, a fin de cuentas, el contribuyente es ante todo una persona humana, trátese obviamente de una persona natural, pero también de una persona jurídica, que no es mas que una ficción legal, una forma organizativa de las personas naturales, exponencial de sus legítimas aspiraciones.

No toda persona humana es un contribuyente, pero todo contribuyente es, directa o indirectamente, una persona humana. Así, si todo contribuyente es una persona humana es titular de derechos humanos fundamentales e irrenunciables, es evidente que todo contribuyente goza y debe poder ejercer tales derechos.

De acuerdo al razonamiento que anteriormente se realizó, se pretende rescatar a la persona humana del contribuyente, de la mera condición sustantiva de obligado o sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, en que se le suele colocar, no únicamente para hacerlo transitar por la mas amplia, aunque limitada situación de administrado, objeto de actos unilaterales ejecutivos y ejecutorios emanados de la administración pública, sino para poner de manifiesto su dimensión de ser humano, cuya tutela de libertad indefectible es y debe ser humano, cuya tutela de libertad indefectible es y debe ser norte de la organización estatal, por encima de cualquier otro objetivo, por loable que sea.

Es este orden de ideas, se establecen una serie de parámetros o garantías que no solo describen las características de nuestro sistema tributario y los criterios socio político y económico que forma su estructura, sino que constituye los límites precisos que prescinden del ejercicio del poder tributario, estos son fundamentalmente los derechos humanos, como el principio de la legalidad, capacidad económica, igualdad, no confiscación entre otros, ya que estas garantías están íntimamente ligadas a los derechos humanos sustantivos del contribuyente, según la Constitución de 1999, como tutela para salvaguardar la libertad frente a las actuaciones de la administración tributaria y se haga realidad en la concreción del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 299 ejusdem:

“...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...”

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se desarrollan las siguientes garantías de los contribuyentes que son de una u otra forma inherente a los derechos humanos consagrados en la Constitución y Declaración de Derechos.

Dentro del catálogo de derechos encontraremos: derechos humanos del contribuyente (derechos individuales aislados), derechos sociales, derechos procesales, derechos políticos, derechos económicos, derechos

prestacionales, derechos internacionales, derechos frente al poder de imposición (principios formales de imposición y principios materiales o de justicia de imposición), entre otros.

Con fundamento en estas normas el ciudadano-contribuyente goza de los derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos aunque no estén previsto expresamente en la CRBV, cual configura una *numerus apertus* de derechos y de garantías traído del artículo 50 de la Constitución de 1.961.

Pero además, estos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela (que sean normas *ius cogens*) tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno pero, sólo en cuanto establezcan normas sobre el goce y ejercicio más favorable a las establecidas en la CRBV y las Leyes de la República. Se trata pues de la aplicación del principio de la preeminencia en la protección internacional de los derechos humanos, es decir, con rango supraconstitucional. (Subrayado nuestro).

Por ello, de inmediato se torna el estudio sobre el Pacto de San José de Costa Rica, que constituye el instrumento internacional de los derechos humanos del hombre y con plena vigencia inmediata, directa y prevalente en nuestro país, el cual se fundamenta principalmente en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entre los derechos y garantía a favor del ciudadano-contribuyente establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica podemos citar, sin deseos de agotar la lista:

**Derechos procesales:** (derecho a la defensa, derecho al debido proceso, derecho a ser juzgado por el juez natural, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la igualdad procesal, etc.):

“Artículo 8: 1. -Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. - Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal...”; etcétera.

Derecho a la aplicación de los principios formales de imposición (límites indirectos a la actividad impositiva: Principio de legalidad y Principio de retroactividad de la Ley más favorable):

“Artículo 9. - Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del

delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiara de ello”.

Derecho a la indemnización por error judicial(garantía prestacional):

“Articulo 10. - Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

Derecho a la protección de la honra y de la dignidad:

“Articulo 11: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Principio de igualdad ante la Ley:

“Articulo 24. - Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”.

Derecho a tener acceso a los medios de justicia como garantía de protección de los derechos fundamentales:

“Articulo 25: 1.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

sometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades de recursos judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Finalmente, el Pacto de San José de Costa Rica, crea ex artículo 33:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante de la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte

A dichos organismos podrán acceder las personas, grupos de personas entidades no gubernamentales o los propios Estados Partes, cuando se pretenda denunciar la violación de alguno de los derechos consagrados en esta Convención. La Corte Interamericana solo conocerá de las denuncias respectivas una vez agotado el procedimiento ante la Comisión Interamericana. Por otra parte, solo los Estados partes podrán plantear algún caso ante la Corte Interamericana.

El estudio del Pacto de San José de Costa Rica es de vital importancia, pues dicho instrumento es fundamental para el reconocimiento y exigencia del respeto por los derechos humanos, en nuestro caso desde el punto de vista tributario donde tiene particular significación.

Así por ejemplo, antes de la entrada en vigor de la CRBV el derecho a la presunción de inocencia no tenía consagración expresa como ahora, y por la vía del artículo 50 de la Constitución de 1961, acudíamos a la aplicabilidad del Pacto de San José de Costa Rica, entre muchos otros supuestos que consagran expresamente la regulación.

Lo importante de esto es, que según la novísima Constitución estos textos, no sólo el Pacto de San José de Costa Rica, sino muchos otros, son de aplicación inmediata y prevalente, tal como vimos.

Pero además, según artículo 31 de la CRBV:

“Artículo 31: Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la Ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

De manera que, esta norma constituye un avance en cuanto a instrumentos garantísticos, se refiere a indicar expresamente, el posible acceso a órganos internacionales para ejecutar el derecho a la protección de los derechos humanos inclusive por la vía de la novísima “**acción de amparo internacional**”, cuando por ejemplo, los mecanismos jurisdiccionales internos no cumplan su cometido, esto es, cuando no cumplan las funciones constitucionalmente encomendadas como en los supuestos en que, a título de ejemplo, el Poder Judicial, pierda independencia, realice activismo político, sea imparcial o, sencillamente, no cumpla con la labor de impartir justicia a los justiciables.

En todo caso, para poder acceder a organismos internacionales habrá que observar lo establecido por la CRBV y por los tratados internacionales. Así por ejemplo, para poder interponer quejas, comunicaciones o denuncias por ante la Comisiones Interamericana de Derechos Humanos a que hace referencia el Pacto de San José de Costa Rica, constituye un requisito de admisibilidad el haber interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (véase artículo 46).

Parte del desarrollo eficaz de esta garantía depende del Defensor o Defensora del Pueblo, pues en sus un hombros reposan la función de velar por el efectivo cumplimiento de cada una de las normas antes estudiadas.

Por supuesto, todos estos derechos, entre otros, cuentan con regulaciones propias de extensa jerarquía en las fuentes del Derecho, dadas las previsiones pertinentes de la Convención Americana de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ambos leyes de la República.

Además, también tenemos el Derecho de Promover y Hacer Evacuar Pruebas, que en realidad y a su vez, constituye, esencialmente, un atributo, una garantía y una reglamentación legal del **Derecho a la Defensa**, consagrado en el Artículo 49 de la Constitución de la República, dentro del espíritu de disfrute pleno del **Derecho al Debido Proceso**, en su mas amplio alcance.

Desde igual perspectiva, ocurre que el **Deber de Motivación** (artículos 9 y 18, numeral 5 de la LOPA) y el **Principio de Globalidad de la Decisión Administrativa** ( artículo 62 de la LOPA), constituyen garantías especialísimas del Derecho a la Defensa, por obligar a la Administración Pública a considerar todas y cada una de las pruebas producidas, por lo que podemos indicar la existencia de un **Derecho Instrumental a que la Administración aprecie las pruebas promovidas y evacuadas.**

En base a las consideraciones anteriores, todas las personas tienen la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales para hacer valer su pretensión en todo grado y estado de la causa. A dicha facultad se le conoce

como derecho a la defensa; el cual forma parte de los derechos humanos por lo tanto, debe ser inviolable.

El derecho a la defensa es uno de los llamados derechos humanos, los cuales tienen su fuente en los derechos naturales del hombre y por tanto son de carácter universal.

Cabanellas (1.996) define el derecho a la defensa como una facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervengan en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de las mismas las acciones y excepciones, que respectivamente, puedan corresponderles como actores o demandados, ya sea en el orden civil, como en el criminal, administrativo, tributario o laboral.

Es decir, que cada persona que así lo requiera puede acceder a los órganos de justicia par ejercitar sus derechos sin importar la materia de que se trate.

De igual manera, este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el debido proceso el cual debe seguirse en toda actuación administrativa o judicial, sobre ello Bidart, (1995) expresa que “el derecho a la defensa en juicio que también se denomina garantía del debido proceso formal, exige que nadie puede ser privado de judicial o administrativamente de sus derechos sin que se cumplan los procedimientos establecidos por la ley, y

que garanticen al individuo la posibilidad de exponer las razones de su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada.

## **B. El Debido Proceso y el Procedimiento Administrativo.**

Es evidente que el debido proceso como derecho fundamental surge históricamente vinculado a trámites judiciales, no frente a actuaciones de la forma que hoy la entendemos, como una herencia de la Revolución Francesa.

Proceso judicial y procedimiento administrativo son dos instituciones jurídicas muy disímiles. En efecto, en el primero un tercero, el juez, decide sobre una pretensión que formula un demandante frente a un demandado.

El jurista italiano Mauro Cappelletti distingue el proceso judicial del proceso legislativo o del político en general por la existencia de tres principios fundamentales que lo caracterizan. Estima este autor que el proceso judicial se caracteriza, en primer lugar, porque esta íntimamente conectado con casos y controversias, y en consecuencia con las partes procesales. En segundo lugar, el proceso judicial se caracteriza por la imparcialidad del juez. La milenaria experiencia humana y la sabiduría que se derive de ella “se concentran en las que han sido llamadas las reglas

básicas de la justicia natural, fuertemente grabadas en dos antiguos aforismos: *nemo iudex in causa propria* y *audiatur et altera pars*.

Estas reglas exigen que el juez sea *súper partes* y por ello que no decida en su propio caso y que no este sujeto a presiones de las partes. Ellas también exigen que a todas las partes se les de una oportunidad justa de ser escuchado por un juez imparcial, bien sea personalmente o por medio de sus representantes. Una tercera regla, bien sea considerada implícita o no en las dos anteriores no es menos fundamental. Ella esta formulada en latín y subraya la antigua sabiduría de su contenido: *ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*, o expresado en una frase que tiene el mismo significado *nemo iudex sine actore*. Ella indica que, a diferencia del procedimiento legislativo y del procedimiento administrativo, el proceso judicial no es iniciado de oficio por los tribunales de justicia; necesita un demandante, un *actor* para ser iniciado. Si bien hoy se habla de la judicialización del procedimiento administrativo y del legislativo en cuanto que se celebran “audiencias” de intereses en conflicto y se garantiza los derechos de defensa en el procedimiento administrativo lo cierto es, como dice Cappelletti, que esas características son típicas del proceso judicial “tanto es así que uno habla de la judicialización de los procedimientos no judiciales”.

La segunda institución, el procedimiento administrativo, hace relación a las formalidades que se siguen en la administración para la elaboración de

los actos administrativos. Guy Isaac, al precisar el objeto del procedimiento administrativo no contencioso como la “reglamentación de la operación de emisión del acto administrativo en conjunto” añade que aquel debe ser definido como “el conjunto de reglas relativas al procedimiento de elaboración del acto, a su forma y a su publicidad, así como a su cuestionamiento”

Si bien ambos son distintos existe una tendencia, como se deja dicho, a la judicialización del procedimiento administrativo no contencioso y, sobre todo, al procedimiento administrativo sancionador, que con frecuencia ejerce la administración pública en nuestros países. Esta judicialización conlleva crecientemente el reconocimiento del *derecho de defensa* y, en algunos casos, del mismo **debido proceso** en el procedimiento administrativo, tal como lo hace la Constitución Venezolana de 1999 en el Artículo 49 que señala que “el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Hay que agregar que la evolución del derecho administrativo, en particular, se ha desarrollado virtualmente en todos los países menos por medio de leyes escritas que por medio de la jurisprudencia. Así por ejemplo en el Derecho Comparado, comenzando por el **Reino Unido de Gran Bretaña** y es justo que iniciemos la revisión de este tema en el sistema jurídico en el cual tuvo origen la garantía constitucional del debido proceso.

Sabemos que el debido proceso se consagró en Inglaterra en la Carta Magna de 1215. El más distinguido tratadista británico en materia de derecho administrativo, H.W.R. Wade ha señalado que el principio *audi alteram partem*, ha sido transplantado de su “nativo suelo judicial” al terreno de la administración, pero no en forma estricta de manera que el procedimiento sea una reproducción del proceso judicial. El derecho a una audiencia ha sido, pues, utilizado “por los tribunales como la base sobre la cual se debe construir una suerte de código justo de procedimiento administrativo, comparable al <<debido proceso legal>> previsto en la Constitución de los Estados Unidos de América (traducción nuestra).

La prueba de que ambos, proceso judicial y procedimiento administrativo, divergen históricamente en esta materia es que mientras en el primero el debido proceso fue reconocido desde 1215, el segundo se reconoció por primera vez en 1615 en el caso Bagg, en el cual un habitante de Plymouth fue sancionado por el alcalde sin ser escuchado y los tribunales sostuvieron que la sanción era nula porque al afectado no se le concedió un audiencia previa. Sin embargo, el caso más famoso fue el de Bentley, decidido en 1723 en que la Universidad de Cambridge había privado a un académico de sus títulos universitarios por haber insultado al tribunal del rector (*vice-chancellor*), pero le fueron restituidos por un tribunal porque la privación fue injustificada y porque no se le notificó oportunamente con el

tiempo razonable para que pudiera preparar su defensa tal como era requerido “por las leyes de Dios y del hombre”. Fue en este caso en el cual el tribunal (*King’s Bench*) señaló que la primera audiencia en la historia humana había tenido lugar en el paraíso o jardín del edén cuando Dios escucho primero a Adán, antes de sancionarlo.

Desde estos casos clásicos la jurisprudencia evolucionó en el sentido de que se necesitaba audiencia previa hasta que posteriormente ella se requirió en ciertos casos mediante ley. Si bien existió una regresión en las últimas décadas la sección judicial de la cámara de los lores desde 1983 invoco nuevamente el principio clásico contenido en *Ridge contra Baldwin* y ha señalado que los principios de la “justicia natural”, incluyendo una audiencia, son aplicables cuando algún derecho legal, libertad o interés pueden ser afectados.

Sin embargo, los tribunales han reconocido múltiples excepciones al requisito de audiencia previa, tales como cuando la administración debe tomar medidas urgentes en materia de salud pública, como por ejemplo, el secuestro y destrucción de carne descompuesta para la venta (*White contra Redfern*, 1879), o la orden para remover a un hospital a una persona que padece una enfermedad infecciosa (*R. Contra Davey*, 1899), y cuando la policía debe actuar urgentemente para hacer un arresto. Así mismo, están exceptuados de la audiencia previa la decisión de presentar cargos penales

contra una persona o efectuar un allanamiento (R. Contra Leicester Crowm Court exp. O Director of Public Prosecutions, 1987).

También se estima que la audiencia debe incluir la oportunidad para quienes sean parte en la controversia para corregir o contradecir lo que perjudique su postura en el caso. No obstante, el derecho a conocer las pruebas en contrario tiene limitaciones en ciertos casos.

Las reglas de la “justicia natural” no requieren que exista necesariamente un recurso de apelación contra las decisiones administrativas (Ward contra Bradford Cpm., 1971).

Tampoco existe derecho a una audiencia previa en casos en que los requiera la seguridad nacional (Council of Civil Service Unions contra Minister for the Civil Service, 1985); tratándose de sanciones no disciplinarias que se impongan a prisioneros, como el traslado de un prisionero díscolo y conflictivo a una celda segregada (Williams vs. Home Office, 1981), aunque la imposición de sanciones disciplinarias a los prisioneros sí requiere audiencia previa; y, por último, en procedimientos de deportación de extranjeros, a menos que se invoquen disposiciones expresas de la ley sobre apelaciones en casos de inmigración de 1971.

En este orden de ideas, **Francia**, pone mayor énfasis en el interés público al asegurar la legalidad de las actuaciones administrativas, más que sobre una protección de los derechos subjetivos del individuo. Esta

concepción se refleja particularmente en una serie de reglas que rigen la protección legal contra actos soberanos de la administración.

Si bien es cierto que el derecho de la administración pública de tomar una decisión previa continua siendo un dogma en Francia, no es menos cierto que en este país se han reconocido también los derechos de la defensa (*droits de la défense*).

André de Laubadère ha señalado que el carácter contradictorio del procedimiento administrativo no contencioso; pero, por una parte, para algunos de esos procedimientos los textos legales prevén expresamente el carácter contradictorio (por ejemplo, procedimientos de *enquêtes* y, por otra parte, en ciertos terrenos, el carácter contradictorio se impone sin texto bajo la forma del principio denominado derechos de la defensa (o principio *audi alteram partem*)”.

Los derechos de defensa fueron formulados en forma expresa por primera vez en un texto legal en el Art. 65 de la ley de 22, IV, 1905, y posteriormente, en otras disposiciones legales especiales como el Art. 67 de la ley de 19, X, 1946, relativa al estatuto general de los funcionarios públicos. Estas normas fueron interpretadas por el *Consejo de Estado* en forma extensiva aplicándose a cuestiones relativas al contrato de trabajo en el servicio publico y en la imposición de medidas disciplinarias a los funcionarios, como se reconoció en la sentencia del Consejo de Estado del 26, VI, 1957 en el caso Katz.

El procedimiento contradictorio debe seguirse cuando la administración desea ejercer su poder de aplicar sanciones penales.

La regla general es que las medidas administrativas que entrañen una cierta gravedad deben ser tomadas utilizando un procedimiento contradictorio que implica que el afectado tiene derecho a ser informado sobre la existencia del procedimiento y las alegaciones esenciales que se hagan, de suerte que se le otorgue la oportunidad de examinar el expediente administrativo y de adoptar una posición sobre el mismo. Una limitación a los derechos de la defensa es que parecen no aplicarse cuando se trata de medidas de policía.

Cuando se deba seguir un procedimiento contradictorio la administración debe informar al afectado, no solo de la existencia del procedimiento, sino también de su intención de aplicar sanciones, a menos que la notificación sea imposible. La notificación no está regida por formalidades especiales; y la naturaleza de la investigación es irrelevante para la efectividad de estas medidas. El objeto del procedimiento debe ser claramente comunicado al interesado al igual que las alegaciones hechas contra él. Además, al afectado debe dársele suficiente tiempo para preparar su defensa y exponer sus puntos de vista, tiempo que debe ser "razonable", y la jurisprudencia estima que alrededor de nueve días es suficiente (sent. Del Consejo de Estado de 22,VI,1938 en el caso Albonico).

De importancia son algunas disposiciones legales en materia de competencia, como la ley de 7, VII, 1977 y la ordenanza de 1º, XII, 1986 que requieren un procedimiento contradictorio para llevar a cabo investigaciones por parte del Consejo de la Competencia dirigidas a comprobar la existencia de prácticas monopólicas.

Por último, vale la pena mencionar la ley de 17, VII, 1978 que prevé el derecho de acceso a los expedientes administrativos, y un decreto de 28, XI, 1983 dispone en su Art. 8º, que las decisiones administrativas que deben ser motivadas en razón de la ley de 11, VII, 1979 no puede tomarse sin que el interesado haya tenido la oportunidad de presentar observaciones escritas y, si lo exige puede designar a un apoderado judicial para que lo asista, como lo destacan Georges Vedel y Pierre Delvolvé.

En **Alemania**, si bien el derecho a audiencia en el proceso judicial se encuentra previsto en el num. 3 del Art. 103 de la Ley Fundamental de Alemania, el tratadista Jürgen Schwarze sostiene que este derecho fundamental “no es directamente transferible a la ley de procedimiento administrativo”.

En el campo del procedimiento administrativo al principio solo existieron algunas normas que previeron el derecho a ser escuchado en algunas materias específicas. No fue sino a mediados de los años setenta cuando el principio que estudiamos fue reconocido en el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo adoptada el 25, V, 1976. esa norma dispone

que antes que se adopte un acto administrativo que interfiera con los derechos de una persona a esta se le debe dar oportunidad de expresar su opinión sobre los hechos relevantes para tomar la decisión, salvo que la audiencia previa pudiera dar lugar a un conflicto con un interés público determinante.

No es necesaria la audiencia si esta no fuere requerida según las circunstancias del caso concreto en particular: 1. si una decisión inmediata parece necesaria si existe un peligro para el interés público por la demora que cause la audiencia; 2. si la audiencia pone en peligro el cumplimiento de un plazo crucial para tomar la decisión; 3. si no va a generar una desviación de las observaciones o posturas mantenidas por la parte en su declaración o en su petición; 4. si la autoridad desea adoptar una decisión de carácter general, una cantidad grande de actos administrativos similares o actos administrativos utilizando equipo automático, y 5. cuando se tomen medidas de ejecución. Todas estas excepciones se encuentran previstas en el num. 2 del Art. 28 arriba citado.

La audiencia tiene lugar sobre los hechos relevantes para tomar la decisión respectiva. Este campo limita la relevancia de las observaciones del interesado.

Un derecho complementario al anterior es el de recibir consejo e información por parte de las autoridades y el mismo se encuentra consagrado en el Art. 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

De gran importancia es el derecho del acceso al expediente administrativo que tiene el interesado, de conformidad con el Art. 29 de la citada ley. Esta norma prevé un principio de acceso público limitado a los expedientes, y el interesado debe tener acceso al mismo si ello es necesario para ejercer su derecho a la defensa y en la medida que no existan razones justificadas para negar ese acceso.

Se entiende que la autoridad administrativa puede negar el acceso al expediente si su capacidad funcional se ve seriamente impedida. Esto significa, por ejemplo, que el tiempo disponible para el examen del expediente puede ser limitado en razón de que la autoridad no pueda supervisar al interesado por muchas horas cuando este se encuentre examinando el expediente, del cual puede excluirse el proyecto de decisión. Además, se puede negar el acceso cuando el bienestar del Estado pueda sufrir perjuicios, como, por ejemplo, cuando deben ser confidenciales por ley o dada su naturaleza, tales como los archivos de personal y de exámenes, a fin de proteger el derecho a la intimidad de terceros.

La Corte Constitucional Federal sostuvo en sentencia 15,XII,1983, por primera vez, que el derecho del ciudadano a la protección de sus datos personales es considerado y protegido por la Constitución como un derecho

fundamental, entendiéndose que el mismo cubre, no solo aspectos personales de la vida privada, sino también secretos comerciales y de fabricación de las personas jurídicas.

La regla general es que si no se otorga una audiencia previa al interesado cuando la ley lo requiere solo procede la impugnación del acto administrativo respectivo, y no se puede impugnar la falta de audiencia de manera autónoma. Aún más, si la audiencia fue omitida normalmente puede llevarse a cabo en una etapa posterior a los defectos existentes en ella pueden ser corregidos retroactivamente si se otorga al afectado una nueva oportunidad de ser escuchado antes de que finalice el procedimiento preliminar.

En todo caso, el Art. 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo es muy claro al disponer que el acto administrativo podrá ser anulado cuando no se haya celebrado la audiencia solamente si una decisión diferente posiblemente se hubiera tomado de haberse efectuado la audiencia previa.

En **Colombia**, la Constitución de Colombia de 1991 marca, sin duda alguna, el punto máximo de judicialización del procedimiento administrativo en Latinoamérica, ya que el Párr. 1º del Art. 29 de la Constitución es muy claro al disponer que el debido proceso se aplicará “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La Corte Constitucional ha definido en sentencia número T-13 de 28,V,1992, lo que entiende por campo de aplicación del debido proceso en actuaciones administrativas, en los siguientes términos: “En este sentido entiende la Corte que el debido proceso que emana de la Constitución para las actuaciones administrativas de esta especie, dentro de los presupuestos de la organización jurisdiccional del control contencioso administrativo de aquellos actos, es el que tiene relación con la existencia y atribución de la competencia en cabeza de la autoridad pública, con la determinación de si su actuación obedece a intereses generales o a fines constitucionales y públicos, o si aquella manifestación de voluntad es arbitraria, irracional u ofensiva de los derechos constitucionales, o si no es una grosera emanación del querer abusivo de la autoridad, en contra de los derechos constitucionales fundamentales de la persona.”

En otro precedente de gran interés la Corte Constitucional consideró que las sanciones administrativas impuestas de plano son contrarias al debido proceso y en esa medida “están proscritas del ordenamiento constitucional” (sent. Núm. T-490 de 13,VIII, 1992). En este caso se trataba de una sanción de policía administrativa impuesta por un alcalde por irrespeto a la autoridad.

Se debe tener presente que en Colombia el Art. 35 del Código Contencioso Administrativo de 1984, señala que debe darse a los interesados oportunidad para expresar sus opiniones y luego con base en las

pruebas e informes disponibles se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. En ese sentido la Corte Constitucional, en sentencia T-11 de 22, V, 1992, anuló una sanción administrativa consistente en la desconexión de una línea telefónica a la cual se había trazado llamadas maliciosas que alteraban la paz y tranquilidad de un tercero porque no se siguió el debido proceso en este caso en la medida que no se otorgó al interesado la posibilidad de ser escuchado con anterioridad a la sanción.

En el resto de *Latinoamérica* por otra parte, el tratadista Venezolano Allan R. Brewer-Carias, sostiene que el principio de la contradicción, que implica la necesidad de la confrontación de criterios entre la administración y los administrados y en muchos casos entre varios administrados antes de que la administración decida, es de amplia aplicación en el procedimiento administrativo de los países de América Latina.

El mismo autor destaca que la consecuencia fundamental del principio contradictorio en materia de procedimiento administrativo es que en el mismo también puede existir la noción de parte. En este sentido la Ley General de la Administración Pública de **Costa Rica** dispone en su Art. 275 lo siguiente:

“Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o insatisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole”.

Los interesados, en general, pueden hacerse representar por un mandatario en el procedimiento administrativo, aunque algunas legislaciones son más formalistas que otras a este respecto. En **Venezuela** los Art. 25 y 26 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite que los administrados se hagan representar y que confieran el poder mediante una simple designación en la petición o en el recurso que presenten ante la administración, siempre que no se trate de un caso en que el interesado deba comparecer personalmente.

En cuanto al debido proceso en las legislaciones de procedimientos administrativo de nuestra región Brewer-Carias sostiene que “desde este punto de vista del *due process of law* , el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo se desdobra, en las legislaciones positivas de **España y América Latina**, en los siguientes derechos: derecho a ser notificado, derecho a hacerse parte, derecho a tener acceso al expediente, derecho a ser oído, derecho a presentar pruebas y alegatos y derecho a ser informado de los medios de defensa frente a la administración.

La regulación de estos diversos elementos del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo en Latinoamérica revela un progresivo acercamiento entre aquel y el debido proceso judicial sin que realmente este ultimo sea transplantable en su totalidad al primero. El caso de Venezuela es especial en este sentido, pero la judicialización del procedimiento

administrativo en Latinoamérica, si bien es notorio y creciente, no llega a ser total porque existen aspectos del procedimiento administrativo que no la requieren.

### **A. El Principio de Tutela Judicial Efectiva**

Una vez que el Estado ha vedado a los particulares el velar, por sí mismos, sus derechos e intereses frente a los demás y que se ha apropiado, para afianzar la paz social, de la administración de justicia, queda constreñido a reconocer la facultad de los ciudadanos de exigir, frente a la tutela de lo que entienden es su espacio jurídicamente protegido. Tiene el Estado, por lo tanto, según Canova A. (2000) la obligación de dar protección jurisdiccional a los ciudadanos y estos el derecho de exigirla para la resolución de los conflictos jurídicos en que se vean envueltos.

Es decir que la misma manera en que existen derechos deben existir garantías que hagan efectivos estos. Por ello, en la mayoría de las legislaciones podremos conseguir dichas garantías y entre ellas la más importante, la tutela judicial efectiva que según establece el Pacto de San José en su Art. 25 punto 1 es:

*“Es el derecho que tiene toda persona de un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención,*

*aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

Podemos decir que dichos preceptos consagran el derecho de toda persona, tanto física o jurídica, a la tutela judicial efectiva.

Para Prado, R. (2000), el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva implica, entre otros aspectos, la existencia de una gama de acciones y recursos a disposición de los particulares para que, en caso de que sean vulnerados sus derechos, puedan acceder a los órganos de administración de justicia y lograr, de ser el caso, el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

En **España**, la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado expresamente en el artículo **24** de su Constitución, que establece lo siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

A sí mismo todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa...”

González, (1.982) comentando este artículo, sostiene que “no son constitucionalmente admisibles todos aquellos requisitos procesales que

constituyan formalismos enervantes o claramente desviados del derecho reconocido” (Pág.94). Este autor enfatiza en la necesidad de suprimir cualquier exigencia económica, no solo para el ejercer el recurso contencioso administrativo sino de cualquier recurso administrativo que va a interponerse para agotar la vía administrativa.

De igual manera, es acertada la opinión de García de Enterría, (Ob. Cit. Prado 2000) cuando dice que el artículo 24, con una sorprendente facilidad ha concebido a toda la justicia, incluyendo a la contenciosa administrativa el cual es ahora un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas. Y no un sistema de protección de legalidad objetiva como estaba sometida la Administración según la tradición del *excés de pouvoir* (exceso de poder) como se venía concibiendo tradicionalmente.

En **Alemania**, este principio se encuentra consagrado en el artículo **19.IV** de su Constitución que establece:

“Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder publico podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”.

El objeto de este artículo no es otro que el de garantizar la mas completa y efectiva tutela judicial de los derechos e intereses del individuo que sean lesionados por los poderes públicos y como afirma Barnés J. ( Ob. Cit. Prado, R. 2000), el precepto no se limita a garantizar el acceso a la

jurisdicción, sino que asegura un nivel mínimo de control o revisión jurisdiccional.

Sommermann, ( Ob. Cit. Prado, R. 2000) es de la opinión de que con él termino derechos de que se predica en la tutela judicial efectiva, no se elude exclusivamente a los derechos fundamentales que la constitución consagra, sino también a todos los que contiene el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea el grado de jerarquía normativa que tenga su reconocimiento.

En *Italia*, la tutela judicial se encuentra consagrado en el artículo **24** de su Carta Magna, el cual expresa lo siguiente:

“Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier grado o estado del procedimiento.”

Este artículo consagra el derecho a la tutela judicial de manera muy general ya que existen que otras normas de carácter también constitucional que consagran este derecho, tal es el caso del artículo 113 de la Constitución italiana que establece:

“Contra los actos de Administración Pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los organismos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. Dicha tutela jurisdiccional de los derechos e intereses no podrá ser excluida ni limitada a medios particulares de impugnación o a determinadas categorías de actos...”

Son estas las normas por las que la Corte Constitucional italiana declaró la inconstitucionalidad del “solve et repete”, y por lo cual desapareció de su esfera jurídica.

En **Venezuela**, durante la vigencia de la Constitución de 1.961, el derecho a la tutela judicial efectiva no se consagraba expresamente en la norma fundamental, sino que se desprendía de la interpretación de los artículo 68 ejusdem y de la doctrina reiterada de la CSJ sobre el tema.

Al respecto, Ortiz Álvarez en sentencia del Tribunal Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de Región Capital de fecha 23/08/95 con ocasión del caso Almacenes La Colmena S.R.L., expresó, como parte motiva:

“...los particulares tienen un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho cuya existencia en el ámbito del Derecho Público moderno es actualmente admitida sin discusiones; que este derecho en lo que respecta a Venezuela de forma similar a otros países ad exemplum, Alemania, Colombia, España, Francia, Italia, etc., esta consagrado a nivel de constitución, lex superior, norma normarúm, de aplicación directa y preferente...”

Por cual no debe ser vulnerado ni por una norma de rango inferior ni por actos de la Administración. Es de esta manera como la jurisprudencia patria deja por sentado la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, derivando su consagración principalmente como se dijo anteriormente de la

interpretación del artículo **68** de la Constitución de 1.961, situación esta que cambia con la promulgación de la Constitución de 1.999.

Con la Constitución vigente queda consagrado de manera expresa en su artículo **26** el derecho a la tutela judicial efectiva la cual amplía la norma del artículo 68 de la constitución de 1.961, que proviene del constitucionalismo español antes mencionado. Dicha norma expresa que:

“Toda persona tiene derecho a acceso a los órganos de Administración de justicia para hacer valer sus derechos, incluso los difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.” (Subrayado nuestro).

Brewer, (2000) expresa que de esta norma se destaca no solo el derecho de acceder a la justicia para la protección de sus derechos e intereses, incluso de carácter colectivos y difusos, sino el derecho a la tutela efectiva de los mismos, y el derecho de obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El derecho a la efectividad de la tutela judicial que, como hace años puso de manifiesto Jaime Guasp (citado por González, 1.994), no constituye una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho, sino que es algo que viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer, supone en primer lugar el acceso a la Justicia, que toda pretensión fundada en el ordenamiento jurídico sea atendida por un órgano estatal independiente y preparado.

El Estado se ha reservado para si mismo la administración de justicia, por consiguiente vela por los derechos e intereses de los particulares para afianzar la paz social. Esta particularidad obliga al mismo tiempo a que el Estado reconozca la facultad que tienen los ciudadanos de exigir la resolución de los conflictos jurídicos en que se vean envueltos, es decir, obtener protección jurisdiccional traducida en la tutela de su espacio jurídicamente protegido.

Este derecho de acción de los ciudadanos esta fundado en la noción de Estado de Derecho, por lo que queda comprendido que la tutela debe ser prestada de manera efectiva, es decir, real y verdadera.

Pasceri, (2000) estableció en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de febrero de 2000, caso: Jumbo Shipping Company de Venezuela, que:

“...Un Estado de derecho se caracteriza por garantizarle a los ciudadanos una tutela judicial efectiva e interpretar las normas constitucionales en la forma en que mejor convengan al real ejercicio de esos derechos; la orientación de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece los lineamientos básicos para esta protección; así se desprende de las normas contenidas en los artículos 19 y 26 ejusdem..”

De lo anterior se desprende, que la nueva CRBV a lo largo de su normativa además de establecer los derechos humanos, trata de asegurar su protección a través de garantías, las cuales debe respetar el poder público y son de obligatorio cumplimiento para los órganos de Administración de

Justicia, puesto que como lo establece el artículo **257** de la CRBV “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia” y parte fundamental de ese proceso es la observancia del debido proceso.

Así vemos como, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los particulares ha adquirido jerarquía de *derecho fundamental*, al ser recogido en la mayoría de las constituciones contemporáneas y en tratados internacionales de derechos humanos, puesto que su orientación principal es el restablecimiento real, oportuno, eficaz, duradero e integral de los derechos e intereses de los particulares vulnerados o menoscabados, impidiendo que la función judicial sea solo nominal.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene una naturaleza compleja y esta conformado por otros derechos fundamentales con repercusión procesal que son esenciales a la efectividad de tutela judicial a la que tienen derechos los ciudadanos. Son tres las fases del proceso que integran el derecho compuesto a la tutela judicial efectiva:

a) *El Derecho de Acudir a los Tribunales, como Derecho Prestacional*, esta sujeto a la normativa legal que establece la manera y forma de ejercerlo; por tratarse de un derecho fundamental únicamente el legislador, debido a la reserva legal, esta habilitado para establecer su utilización. Si bien es cierto, existen condiciones y límites par el ingreso de los particulares a los tribunales de justicia no podrían validamente fijarse obstáculos que no

estuvieren fundados en otros derechos y valores constitucionales, ya que los únicos límites admisibles a tales derechos fundamentales son los expresamente establecidos en otras disposiciones o principios constitucionales. La legitimación activa dentro de la nueva Constitución, se interpreta como un concepto amplio, progresista y no restrictivo, tal como ha sido recogido en Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de Abril del 2000.

b) *Una Sentencia que Resuelva la Controversia*, que se traduce en el derecho que tienen los ciudadanos de asistir ante los Tribunales para defender sus derechos e intereses que no estaría justificado sino se asegura el derecho de aquellos a recibir una sentencia que oportunamente y con fundamento en derecho resuelva la controversia.

Y por ultimo, c) *La Efectividad de la Tutela*; cada uno de estos derechos fundamentales están articulados para ser efectiva la tutela jurisdiccional, ya que los ciudadanos al dirigirse a los tribunales en resguardo de sus derechos e intereses participan en un proceso que tiene por objeto que se emita una sentencia que reconozca a aquellos.

#### **D. El Principio “Solve et Repete” como un condicionamiento para ejercer tales derechos**

Otra situación creada por la aplicación de la LOA para los recursos administrativos o vías defensivas del contribuyente es el establecimiento del principio “solve et repete”, aplicado para aquellas situaciones en las cuales es necesario pagar bajo protesta, criterio abandonado en la doctrina y en la mayoría de las legislaciones tributarias por considerarlo violatorio del derecho fundamental a la defensa pues este pago para poder proceder al reclamo condiciona la vía defensiva y hace de difícil alcance el acceso a la justicia. Así, nuestra Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en su articulo **26** nos dice:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ....omissis..., a la tutela de los mismos.....omissis. El Estado garantizara una justicia gratuita, accesible, imparcial,...omissis..., equitativa y expedita..... sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.” (Subrayado nuestro).

Derogando así inclusive la Ley de Arancel Judicial que gravaba con tasas las actuaciones judiciales. Por lo tanto el reclamo que se hace en vía administrativa en busca de justicia también debería ser amparado por esta norma. Por ultimo la Jurisprudencia Venezolana ha establecido los criterios extensivos al principio solve et repete establecido en él articulo 133 de la LOA y del acceso a la justicia por control difuso de la constitucionalidad pero dejando latente este problema a todo el universo de contribuyentes

aduaneros que eventualmente puedan tener un conflicto administrativo o tributario en las Aduanas de nuestro país.

## **1. Antecedentes**

La máxima solve et repete proviene del latín, “solve” viene de “solvendus” que significa lo que se debe pagar y “repete” deriva de la palabra “repeto” que significa “volver a pedir, repetir, en definitiva “paga y reclama”(repite). La regla “solve et repete” tuvo su aparición en el Derecho Romano, aproximadamente en el año 70 a.c. Se le atribuye a Verre, pretor de Sicilia, haberla puesto en práctica en forma arbitraria, al someter los bienes de los habitantes a la posesión de los públicanos -pignoris capti- y obligando así a los contribuyentes a promover la acción para obtener la ilegitimidad de la pignoris capio. De esta manera, se invirtió el procedimiento, convirtiendo al contribuyente en actor con el fin de obtener dicha declaración de ilegitimidad.

Desde entonces, este principio se mantuvo intacto hasta hoy y constituye uno de los pocos legados del Derecho romano en materia de derecho público. Tras pasar por el derecho imperial se instala en Italia a través de la Ley de Procedimientos Administrativos del 20 de marzo de 1865 (en su Art. 6, AP 2, dice”En toda controversia sobre impuestos los actos de

oposición para ser admisibles deberán acompañarse con el certificado de pago del impuesto, excepto del caso de que se trate de reclamo suplemento”) y en la Península Ibérica a partir de la sanción de la Ley Española de 1888, que lo recepta en su artículo 6.

No obstante, instituyó de esta norma una importante excepción a favor de los demandantes que solicitasen una declaración de pobreza. A diferencia de estos Estados Peninsulares, en Inglaterra y Estados Unidos no es requisito para oponerse a la pretensión del fisco el pago previo del monto a objetar, ya que ante la presentación del reclamo se suspende la ejecución del acto administrativo de determinación del impuesto. En otros países como Méjico o Alemania, la Administración puede recurrir a otras medidas cautelares que garanticen su crédito fiscal, como fianzas, prendas, hipotecas o embargos.

En Francia la competencia en materia tributaria se divide entre la Jurisdicción Administrativa y el Poder Judicial. A la primera le corresponde entender de los reclamos e impugnaciones de los impuestos directos, cuestión que resuelve en primera instancia de los Consejos de Prefectura y en apelación del Consejo de Estado Francés. A la Segunda le corresponde resolver las oposiciones a las determinaciones de impuestos directos. En ambas jurisdicciones no es exigido el pago previo como presupuesto de la oposición a la determinación tributaria.

En Argentina su incorporación al ordenamiento jurídico se realizó mediante la labor jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. Promediando el presente siglo, el Poder Legislativo Nacional receptó la opinión del alto Tribunal, sancionando leyes que plasmaron el solve et repete como principio indiscutido del ordenamiento jurídico argentino.

En el año de 1958, se celebraron las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en la ciudad de Méjico, al tratarse su tema número 2, el Proceso Contencioso Tributario, se adoptó la siguiente recomendación:

“Debe eliminarse como requisito de procedencia, tanto en la interposición de recursos administrativos como del ejercicio de la acción contenciosa, el pago previo de los tributos, sin perjuicio de las garantías que fuesen necesarias en los casos de que exista riesgo de incumplimiento del crédito fiscal”.

Es decir, que se adoptó la recomendación ( cada vez más generalizada en el derecho comparado) de eliminar el principio “solve et repete”, no solamente como requisito de admisión de los recursos administrativos, sino también de los contenciosos en materia tributaria, ya que se consideró que existen otros medios eficaces para garantizar el crédito fiscal.

Más adelante, en las conclusiones de las VII Jornadas Hispano-Lusos-Americanas de Estudios Tributarios, celebradas en la Universidad de Navarra, Pamplona, España, en el mes de septiembre de 1976, al

considerarse la impugnación de los actos tributarios en la vía administrativa y jurisdiccional, se señala en la número 16 lo siguiente:

“La interposición y decisión de recursos o acciones no deben estar condicionadas al pago previo de la obligación impugnada, ni a ningún otro requisito que no tenga relación directa con el objeto del recurso o acción que se deduce.”

En este caso, no se objeta que los contribuyentes deban cumplir con ciertos requisitos de admisión de los recursos siempre y cuando tengan relación directa con el objeto mismo, señalándose que la exigencia del pago previo no guarda dicha relación.

En el modelo de Código Tributario para América Latina, preparado por encargo del Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, se recomienda también del solve et repete como cuestión prejudicial que impide la constitución de la relación procesal en los siguientes términos:

“La comisión estima de gran trascendencia la no exigencia del pago previo solve et repete como requisito o presupuesto de la acción. El odioso solve et repete, según calificación de autorizada doctrina, constituye un medio utilizado frecuentemente para encubrir la arbitrariedad administrativa y hacer ilusoria una defensa del contribuyente. Además aparte de tratarse de una institución que no existe en todos los países en fecha reciente fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Italia, su país de origen, por contrariar garantías esenciales, fue eliminado en Argentina y Uruguay, sin producir ninguna alteración en la recaudación normal de los tributos”.

Al contrario de las anteriores Jornadas, se pone de manifiesto en esta recomendación del Modelo de Código Tributario para América Latina, que el solve et repete constituye un privilegio del Fisco que pone en desventaja a los contribuyentes no sólo porque viola su derecho a la defensa, sino porque se presta a abusos por parte de la administración, o como ellos mismos lo señalaron en “arbitrariedades administrativas”.

En Venezuela, desde la primigenia Ley de Impuesto de 1943, se ha establecido el principio solve et repete, pero con la atenuación de poderse usar alternativamente o el pago de las obligaciones o su afianzamiento, mediante garantía real o personal, y según Albornoz (1977), “indudablemente justificado esto último por razones de equidad y para evitar excesos dogmáticos atemperando así su rigidez”. (p.236).

Sin embargo, más tarde en el año 1977 el legislador patrio siguió las recomendaciones del Modelo de Código Tributario para América Latina y en materia de tributos internos con la entrada en vigencia del COT, (G.O. Extraordinario No. 2.992, 03-08-82), el principio del solve et repete fue derogado, así como establece Paradisi (1993) “para recurrir un acto administrativo de contenido tributario, no es necesario el pago o afianzamiento previo”(p.64). Aunado a lo anterior, en virtud de las disposiciones finales, concretamente de los artículos 222 y 223 del COT

de 1982, se derogaron de manera expresa normas de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (LHPN), que exigían el afianzamiento o pago previo (ejemplo Art. 423) y también de manera general todas aquellas normas que colidieren con el COT (ejemplo: Art. 133 LISR, GO No. 2.894, Extraordinario del 23-12-1981).

Es de esta manera que en Venezuela desaparece de la esfera jurídica en materia de tributos internos y municipales la exigencia del pago previo, por considerar el legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto de COT (1977)” que no se debe mantener el solve et repete dentro del ordenamiento jurídico tributario venezolano, no sólo por evolución conceptual, sino por el menguado beneficio que para el Fisco conlleva este cobro anticipado” (Pág.16).

## **2. Concepto**

En materia tributaria suele aplicarse este principio, que según Gargant, J. (1997), es un instituto autónomo del derecho financiero, creado a favor del Estado con el propósito de que el pago previo de la determinación fiscal, desaliente al contribuyente en su pretensión tributaria. Sobre la idea o el concepto no hay diferentes interpretaciones, sin embargo, la más aceptada por la doctrina es la definición de Villegas, H. (1980), para quien dicho

principio significa que “cualquier contribuyente que en una contienda tributaria discuta al fisco la legalidad de un tributo, previamente debe pagarlo”.

El Diccionario Jurídico Venezolano lo define como:

“Un principio determinante de la ejecutoriedad de las resoluciones de las autoridades administrativas, según el cual, cuando la Administración ha impuesto un pago a una persona, esta no puede impugnarlo judicialmente si no se abona previamente aquella suma. Si la resolución administrativa es revocada por los jueces, la Administración tiene que devolver lo indebidamente percibido. Paga y después reclama es el sentido de la expresión latina. (Pág. 97).”

Como se deduce de dicha definición, en Venezuela el principio cuestionado se fundamenta en la Tesis Tributarista según la cual el solve et Repete esta justificado por la importancia del interés público que el legislador ha entendido tutelar y del contenido particular del acto administrativo tributario el cual recoge y reconoce para sí el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos.

En este mismo orden de ideas, constituye una derivación del principio de la no suspensión de los efectos del acto administrativo a pesar de la impugnación, y dicho principio se aplicaba en razón de “la necesidad que tiene el Estado de percibir sin dilación los recursos tributarios, pues, la actividad administrativa es continua y necesaria, y ella presupone percepción regular de los ingresos fiscales previstos para proveer el funcionamiento de

los ingresos fiscales previstos para proveer el funcionamiento de los servicios públicos “ (Sentencia del Tribunal Accidental N° 8 de Apelaciones de Impuesto Sobre la Renta, N° 303, marzo 1962)

De la sentencia anterior, Brewer (1997) es de la opinión de que en efecto se trata de una derivación práctica de la no suspensión del acto administrativo, y cuya finalidad es “garantizar drásticamente y sin piedad la recaudación de los tributos, como también la presión directa de las sanciones administrativas”.

Se manifiesta a través de esta sentencia la opinión de que el principio del solve et Repete constituye una derivación de la ejecutoriedad del acto administrativo, y se justifica en que la actividad de la administración es continua y necesaria, sin embargo, como dice Fraga (1997), “es erróneo pensar esto, ya que lo que este último postula es la no suspensión del acto administrativo que liquide el crédito” (Pág.291). En ningún caso se trata de la suspensión del derecho del particular a ejercer los recursos pertinentes si no está de acuerdo con la decisión de la administración, que es, en definitiva, de lo que trata él pague y después repita o reclame.

Para Casado (1965) el principio objeto de esta investigación es aquel por cuanto el contribuyente inconforme con lo dispuesto por el ente público que lo obliga a pagar determinada cantidad, debe para poder discutir la legalidad del título que el sujeto activo de la obligación tributaria esgrime contra él, pagar o afianzar previamente lo exigido, so pena de inadmisibilidad

del recurso lo cual no se justifica según la opinión del autor antes nombrado, ya que la ejecutoriedad de los actos es una ventaja de la Administración frente a los obligados, estos se presumen legales y se pueden ejecutar independientemente de las reservas, objeciones u oposiciones de los destinatarios del acto, es por ello que no se hace necesario este requisito de admisibilidad.

Es perfectamente entendible el hecho de que la Administración necesite para cumplir con sus fines los ingresos que obtiene a través de la recaudación fiscal, y que estos no deben retardarse *inútilmente*, porque la actividad del Estado no se detiene. Sin embargo, como lo establece Albornoz (1997):

“Si lo que se quiere es evitar que haya casos controvertidos temerariamente, deben buscarse otros medios que disuadirían el uso de esa vía jurisdiccional por parte de contribuyentes que buscarán eludir o diferir el pago del impuesto, puesto que la imposición de la regla del solve et Repete constituye una carga adicional para el recurrente que en muchas ocasiones no están en la capacidad de desembolsar una cantidad que aún no es líquida ni exigible. ( p. 238)”.

Como el pago previo efectuado por el contribuyente no es líquido ni exigible hasta tanto no se resuelva la controversia se hace menos justificable la aplicación de este principio puesto que su desaparición de la esfera jurídica no constituiría un verdadero gravamen para la Administración Fiscal.

Una de las innovaciones que introdujo el Código Orgánico Tributario en el ordenamiento jurídico como lo expresan Palacios y Alfonso (1996), fue la supresión de la obligación de los recurrentes de pagar los tributos o de dar fianza suficiente, como condición para interponer los recursos administrativos y contenciosos para impugnar los actos tributarios.

En la exposición de motivos del Proyecto de Código Tributario de Venezuela, que dio origen al COT, se expresaba que el principio solve et Repete era odioso e inconstitucional porque limitaba el derecho a la defensa de los contribuyentes, sobre todo a aquellos con menores recursos. En tal virtud se proponía la consagración del principio de que la interposición del recurso jerárquico o del contencioso tributario suspende los efectos de acto impugnado.

Así mismo, en dicha exposición se rebatieron los fundamentos que hasta entonces tenía la Administración Pública para el principio del solve et Repete al expresar que:

“...no es menester, de acuerdo a las predominantes directrices de la moderna doctrina y jurisprudencia, el mantenimiento del principio solve et Repete dentro del ordenamiento jurídico tributario de nuestro país, no solo por razones de la evolución conceptual contemporánea en dicha materia, sino el menguado beneficio que para el fisco entraña este anticipado cobro... además de que en fecha reciente fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Italia, su país de origen, por contrariar garantías fundamentales...” (Pág. 16).

Al respecto, Ramírez (1978), dice que si alguna reforma valiese la pena aplaudir del COT es esta que se ha anotado, ya que él pague y

después reclame ha venido existiendo en la legislación impositiva, o tanto para salvaguardar los intereses del fisco sino como arma destinada a impedir la defensa de los contribuyentes. Esto último porque este principio impide el libre acceso a los órganos de la justicia para oponer las defensas y excepciones que tenga el particular para el caso en concreto.

De esta manera, en materia de tributos internos con la promulgación del COT en 1982 fue derogado el principio del solve et Repete, para ser sustituido por la suspensión ope legis de los efectos del acto al interponer los recursos. Actualmente, con motivo de la disposición transitoria quinta de la Constitución de la República de Venezuela que establece la reforma del Código Orgánico Tributario, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) realizó un proyecto de COT en donde una de las reformas que establece es eliminar la suspensión ope legis del acto para en su lugar retomar los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, que implican la no suspensión de los efectos del acto administrativo por la interposición de los recursos, al respecto en la exposición de motivos de dicho proyecto se establece lo siguiente:

“...el justificado abandono del solve et Repete no significa que necesariamente se deban suspender los efectos del acto recurrido sin analizar siquiera, si el contribuyente tiene razones o no para utilizar la vía del recurso, considerando si están lesionando o no sus intereses legítimos...”

Como se evidencia de lo anterior, dicha reforma no trata de volver a incorporar el solve et Repete, puesto que esta claro que su aplicación es injustificado e inconstitucional, motivos por lo cual fue derogado en materia de tributos internos.

Sin embargo, en la practica la suspensión ope legis de los efectos del acto tributario, como solución al requisito de la paga y después reclama, trajo como consecuencia que contribuyentes poco honestos interpusieran recursos temerarios solo para evadir el pago de la obligación, produciendo con ello verdaderas perdidas al fisco, sin mencionar el gasto que constituye la interposición de estos recursos para la administración pública y los tribunales competentes en la materia. Es por este motivo que en dicha materia tributaria por la interposición de los recursos, quedando a salvo el derecho que tienen los particulares de pedir la suspensión de los mismos como medida cautelar, si considera que la ejecución del acto pueda causarle un daño irreparable o de difícil reparación y siempre y cuando se evidencie el fumus boni iuris y el periculum in mora.

### **3. Naturaleza Jurídica**

Dentro de la doctrina italiana fue donde se vivieron las discusiones más profundas con relación a los fundamentos del principio del solve et Repete, entre las tesis más conocidas se tienen:

#### **a) Tesis Política:**

Esta teoría de fundamento esencialmente político, establece que el desenvolvimiento de la actividad estatal no puede ser perturbado por oposiciones a la determinación de impuestos, que dilate la percepción de los ingresos públicos al fisco. Según sus expositores Mattiolo, Quarta, Mofa, Chiovenda y otros, el solve et Repete es un privilegio establecido a favor del erario público con una finalidad de orden práctico, cual es la de impedir que el estado sea perturbado por la anómala o intempestiva recaudación de los impuestos.

#### **b) Tesis Administrativista:**

Sostienen sus expositores, entre ellos Mortara y Giannini, que el acto de fijación del tributo, al igual que cualquier otro acto administrativo, le asiste una presunción de legalidad y es por lo mismo ejecutorio. Es decir, con ello

que el contribuyente está obligado a cumplir, aún en el caso de que no corresponda a la real situación de hecho y de derecho.

### **c) Tesis Tributarista:**

Expuesta por Ingresso, Pugliesse, Tesoro entre otros, sostienen que el solve et Repete no es otra cosa que una expresión especial que adquiere en el derecho tributario, el principio de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, justificado por la importancia del interés público que el legislador ha entendido tutelar y del contenido particular del acto administrativo tributario. Como se ve es esta tesis se combinan las argumentaciones ya expuestas por las otras teorías, aplicadas por una rama especial del derecho público como es el derecho tributario.

### **d) Tesis de la Autonomía del Derecho Financiero:**

Para los seguidores de esta tesis, en especial Griziotti quien es su mayor exponente, el principio es una institución autónoma de derecho financiero y reviste el carácter de medida protectora de la política financiera, cuyo fin es proteger las finanzas públicas, estableciendo un obstáculo para los contribuyentes de mala fe.

### **e) Tesis de la Cuestión Prejudicial:**

Desde el punto de vista procesal, para algunos como Rotondi, Salerni, Michelli, y otros, se trata de una cuestión prejudicial, cuya inobservancia impide la constitución de la relación procesal.

### **f) Doctrina Internacional del Principio Solve et Repete:**

Es un error pensar que el principio del solve et repete es generalmente admitido en derecho tributario. Contrariamente a lo que se piensa, dice Villegas, (1980), este principio no es de aplicación universal dentro del derecho tributario comparado, ya que en muchos países es desconocido. Así se observa, que en Inglaterra, Alemania, Suiza, Estados Unidos, Francia, Méjico, etc., no lo aplican. En otros países en cambio, el principio es aplicable, y es en estos últimos donde se presenta la discusión de la doctrina sobre la constitucionalidad de esta regla.

Aún cuando existen estudiosos de la materia que establecen que el principio de solve et repete no es inconstitucional y que de hecho puede ser compatible con la constitución del país de que se trate, la opinión más generalizada en la doctrina es que sí constituye un obstáculo a los principios

del derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva y por tanto es inconstitucional.

Al respecto Mordeglia, (1999) es de la opinión de que no existe un principio general del derecho que imponga la antijuricidad de solve et repete, sin embargo, puede provenir de las opciones y previsiones específicas que contengan las cartas constitucionales, en cuanto la hagan incompatible como modo de asegurar la tutela jurisdiccionales, o cuando las circunstancias demuestren que se conculca esa garantía, lo cual se remedia con una solución al caso. Es decir que depende de la redacción de cada constitución con referencia a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa e igualdad el hecho de que el principio en estudio pueda considerarse inconstitucional.

Con referencia a lo anterior Bullit (Ob. Cit. Mordeglia 1997), piensa que dicha regla será inconstitucional, solo cuando las disposiciones constitucionales referidas tanto al principio de igualdad y defensa como al de la tutela judicial efectiva, estén redactadas de tal manera que impidan la posibilidad de aplicar cualquier condicionamiento par ese acceso judicial.

Se entiende que la regla del solve et repete deviene inconstitucional cuando excluye el ejercicio del derecho de acceder a la justicia, y por ende el libre ejercicio del derecho de defensa, mediante una exigencia que según Ortiz, M. (1996) puede resultar muchas veces desproporcionada y arbitraria,

vulnerando principios constitucionales fundamentales como es el de derecho a una tutela judicial efectiva de la cual se privaría al contribuyente.

Para García, (1994), la garantía de la revisión judicial puede llegar a ser nulificada si se bloquea el acceso al tribunal exigiéndose estrictamente el pago previo del tributo cuestionando, así mismo “es una regla vetusta que debe ser derogada puesto que carece de la relevancia que pretende atribuírsele como erosionante de la recaudación tributaria” (Pág. 356). Esto debido a que dicho pago previo no forma parte de las arcas fiscales hasta tanto no se resuelva la controversia, el cual debe ser a favor del fisco para que efectivamente pueda éste disponer de la suma previamente depositada por el contribuyente.

De igual manera, Giulliani, (1993), si bien es cierto que debe asegurarse el interés fiscal poniéndose a cubierto de trampas y expedientes dilatorios, tal finalidad puede obtenerse por diversos medios ( penas, recargos, fianzas, etc.) “sin necesidad de recurrir a un medio justamente condenado como inicuo e instrumento de tortura y llamado a desaparecer como el Solve et Repete” (Pág. 790). Más aún cuando ya ha sido derogado en su país de origen, Italia.

Para Cabral, (1996), se trata de una cuestión procesal, en donde este principio a colocar en primer lugar la ejecución, con anterioridad al proceso y la sentencia judicial, altera el debido proceso legal e impide, a los

contribuyentes cuyas condiciones económicas hacen imposible el pago previo del tributo, el acceso a la protección judicial de sus derechos.

De igual manera, se expresa Allenda, (Ob. cit. Brewer C. 1997) cuando establece que el solve et Repete infringe al principio de igualdad en dos facetas, la esfera procesal y la esfera económica:

“En la esfera procesal destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes. La posición de supremacía de la Administración Pública, que como gráficamente se ha dicho, por mucho que consienta en agacharse es siempre un gigante, y sus inmediatas consecuencias (presunción de legitimidad y potestad ejecutoria) se ve reforzada por un obstáculo defensivo de gran envergadura. Significa además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles. (Pág. 198).”

La Administración Pública por más que se desprenda de algunos privilegios en ninguna forma se equipararía al administrado puesto que no dejaría de ostentar su poder de imperio, o poder jurídico ante este. La primera situación de desigualdad no es sólo posicional, sino que afecta al contenido y al ejercicio de los derechos. Así mismo existe la segunda limitación económica al derecho de igualdad por cuanto no todos los contribuyentes tienen la misma capacidad económica para efectuar el pago previo exigido.

Es preciso por ello, ubicar dicho principio en su exacto lugar, ya que como lo expresa Cocilovo, (1997), el caso se reduce a que una norma jerárquicamente superior deroga a una inferior en cuanto ésta sea incompatible con la primera, y siendo que el solve et repete nace de una

norma de rango legal y que contraría normas de rango constitucional como lo son el derecho a la defensa y la tutela jurisdiccional efectiva, lógicamente debe prevalecer la norma de mayor jerarquía, que en este caso es la constitucional.

#### **4. Características**

El principio solve et Repete constituye uno de los llamados “privilegios del Fisco”, que otorgan al Estado condiciones más favorables que a otros sujetos de derecho, especialmente a la que se refiere a asuntos patrimoniales. En general, los autores entienden por privilegio, la prerrogativa o gracia que se concede a uno, llenándole de carga o gravamen o concediéndole un derecho del que no gozan los demás. Con precisión técnica, Paulo definió como privilegio “aquello que, no por exigencia de la razón, sino por alguna utilidad, ha sido introducida por autoridad de los llamados a establecer el derecho” (p.425).

Buena parte de la doctrina especializada, dice Pastrana (1991), viene clamando por la supresión de los formidables privilegios que la Administración ostenta frente al particular, cuando menos aquellos que no se corresponden con especiales exigencias de interés público, y a los que

García De Enterría (Ob. Cit. Pastrana, 1991) calificó expresivamente, como **“abusos de la auto tutela”** , y sin ahorro de adjetivos, **“verdaderos privilegios odiosos”**.

El pago previo como requisito de admisibilidad del recurso, se basa según Brewer, A. (1997), en la idea de que el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, actúa en interés de todos y por el bien común.

**a) Es un privilegio a favor del fisco:**

El fisco se encuentra en posición más favorable al exigir a los particulares este requisito de admisibilidad de los recursos para la defensa de sus intereses. Dicho privilegio se fundamenta en el hecho de que para ejercer su actividad el organismo reconoce y usa los mencionados privilegios, que de hecho ejercen limitaciones a los derechos de las personas quienes no poseen tales ventajas.

**b) Es un principio determinante de la ejecutoriedad de los actos administrativos:**

Uno de los principios del derecho administrativo es la presunción de legitimidad de los actos administrativos dicha legitimidad le permite a la Administración ejecutar (aún forzosamente) sus actos sin necesidad de

acudir al órgano jurisdiccional. Esta posibilidad de ejecutoriedad se refiere a los actos administrativos que impongan obligaciones o prohibiciones, es por ello que el pago previo se exige solo en aquellos actos que impongan una obligación, que puede ser en materia tributaria de contribución, liquidación o multa. Esta ejecutoriedad es de suma importancia para los actos de Administración, más aún dice Griziotti (Ob. Cit. Giuliani 1993) cuando se refiere a materia tributaria en donde lo que se trata es de recaudar y preservar el patrimonio de Estado para así poder cumplir con su actividad la cual no debe sufrir retardos inútiles.

**c) Es un requisito de admisibilidad:**

La exigencia de este principio es un requisito sine qua non para poder ejercer el recurso que servirá de defensa al contribuyente contra el fisco, cuando el primero no este de acuerdo con la legalidad de un tributo determinado. En el caso específico de esta investigación, el Art. 133 de la Ley Orgánica de Aduanas establece este requisito para poder ejercer el recurso jerárquico cuando se trate de la discusión de multas, contribuciones o liquidaciones.

**d) Constituye un pago previo:**

Como el mismo principio lo establece, primero se paga y después se reclama. Este pago previo de la determinación tributaria como lo dice Gargnat (1997) lo que trata es de desalentar al contribuyente de su pretensión, puesto que al verse forzado a pagar para poder recurrir desistiría de la acción y según Griziotti la idea es establecer un obstáculo para los contribuyentes de mala fe.

## **5. Aplicación del Solve et Repete en Materia de Aduanas**

En hasta 1979 que la ley aduanera venezolana adopta para sí el pago previo como requisito de admisibilidad del recurso jerárquico. La Ley Orgánica de Aduanas promulgada ese mismo año, (en adelante LOA.) por primera vez establece un título relativo a los recursos de los contribuyentes contra los de la administración aduanera. Efectivamente, el título VI de la misma, recoge la doctrina y jurisprudencia más aceptada en materia de recurso jerárquico así como principios que pueden considerarse como generales del Derecho Administrativo.

Como requisito básico de admisibilidad del recurso jerárquico contra liquidaciones de contribuciones o multas y en ejecución del principio universal del derecho administrativo conocido como solve et repete, que

impregna, por otro lado las características de ejecutoriedad de aquellas liquidaciones, se obliga al pago o a caucionar la obligación en forma satisfactoria; Sin embargo, en este caso se permite al Ministro de Hacienda liberar el requisito de caución si las mercancías se encuentran bajo la potestad aduanera, “excepción esta justificada en la naturaleza especial de la actividad aduanera y en la equidad que configura en algunos casos el rechazo de una garantía, cuando se tiene otra suficiente”. Diario de Debate del Proyecto de la Ley Orgánica de Aduanas de 1978 (p. 18).

El Código Orgánico Tributario promulgado en G.O. Extraordinaria N° 4.727 del 27 de mayo de 1994, estableció en su artículo 1 que dicho código se aplicaría para los tributos aduaneros en cuanto “a los medios de extinción de las obligaciones, los recursos administrativos y jurisdiccionales, la determinación de intereses y lo referente a las normas para la administración de tales tributos que indican en este código; para los demás efectos se aplicará en carácter supletorio”. De esta manera quedaron desaplicados los artículos de la LOA. referentes al recurso y por ende el pago previo como requisito de admisibilidad del recurso jerárquico; Aplicándose en materia de aduanas la suspensión ope legis de los efectos del acto establecida en el COT.

Al respecto la Gerencia de Aduanas dejó sentada su posición a responder una consulta referente a la aplicación al responder una consulta

referente a la aplicación del principio solve et repete en materia de aduanas fundamentado en la reforma del COT., que fue la siguiente:

*...se evidencia, que mediante tal reforma, tampoco resulta aplicable en materia aduanera el solve et repete (paga y después reclama), gracias a los artículos 173 y 189 del código reformado, los cuales disponen la suspensión del acto administrativo objeto del recurso. (p. 398)...*

Ahora bien, por la naturaleza misma de la materia de aduanas, la mercancía permanece en potestad aduanera hasta tanto no se nacionalice y para ello es necesario cumplir con todas las obligaciones tributarias que dicha mercancía genere, por tal manera mientras se lleve a cabo el desaduanamiento de las mercancías objeto de importación es competencia exclusiva de la Administración Tributaria, es decir, de la aduana correspondiente, la posesión de las mismas. El artículo 9 de la LOA. establece que:

*“Las mercancías que ingresen en la zona aduanera, no podrán ser retiradas de ellas sino mediante el pago de los impuestos, tasas, penas pecuniarias y demás cantidades legalmente exigibles y el cumplimiento de otros requisitos a que pudieran estar sometidas. Quedan a salvo las excepciones establecidas en esta Ley y en Leyes especiales. El Ministerio de Hacienda podrá autorizar que el retiro de la mercancía se efectúe sin haber sido cancelada la planilla de liquidación definitiva mediante garantía que cubra el monto de la liquidación provisional que deberá formularse al efecto.”*

Esto se conoce como Potestad Aduanera, porque están pendientes obligaciones aduaneras que no se han cumplido. De lo anterior, se deduce

que la suspensión de los efectos del acto solo se circunscribe al el pago de la obligación objeto del recurso. Sin embargo, queda a salvo lo dispuesto en el artículo 9 de la LOA con referencia a la garantía que debe presentar el dueño de la mercancía para retirarla de la zona aduanera, puesto que esta (la mercancía) es la única garantía con que cuenta la Administración Aduanera para el cumplimiento de la obligación y por ello, si se desea retirar la misma, se debe constituir otra garantía que sea suficiente.

El 05 de Noviembre de 1998, se promulga en G.O. Extraordinaria N°. 36.575 la nueva Ley Orgánica de Aduanas, la cual no había sufrido modificaciones desde 1979. en esta Ley se vuelve a dar vigencia a los artículos referentes a los recursos, por decisión de la Cámara del Senado los cuales consideraron, que por tratarse de una materia especial debía contener sus propios procedimientos en recursos aún en contraposición de la exposición de motivos de la ley que recomendaba la eliminación de los artículos referentes a los recursos para que se aplicaran los del COT. Es así como vuelve a regir a partir de 1998 para materia de recursos la Ley Orgánica de Aduanas y con ellos el principio solve et repete en el artículo 133 el cual establece lo siguientes:

*“Cuando el acto recurrido sea de liquidación, contribución o multa, el interesado deberá pagarla o caucionarla suficientemente, requisito sin el cual no será admisible el recurso. (Subrayado del autor. La decisión del funcionario sobre la inadmisibilidad del recurso podrá ser objeto también del recurso jerárquico a que se refiera esta ley.”*

*El jefe de la oficina aduanera podrá revelar de la obligación de caucionar cuando las mercancías cuya importación, exportación o tránsito haya dado lugar a la liquidación recurrida se encuentren bajo la potestad aduanera.*

El primer párrafo del artículo, establece sin lugar a dudas el solve et repete al exigir el pago previo como requisito sine qua non del recurso jerárquico. El segundo sin embargo, señala la posibilidad de no efectuar ese pago previo solo si la mercancía se encuentra bajo la potestad aduanera. Esto último debido a que dicha mercancía constituye suficiente garantía para la Administración Tributaria del pago de la obligación.

Con referencia a esto último, es necesario analizar las consecuencias del tipo económico que implica para el contribuyente y para el Estado la paralización de esta mercancía en zona aduanera. Si bien es cierto que el Estado no deben poner en primer lugar las necesidades de unos pocos ante el general, el cual implica la satisfacción de las necesidades públicas, también es cierto que el mantener una mercancía por tiempo indefinido bajo la potestad aduanera implica que dicha mercancía no pueda ser utilizada adecuadamente por el contribuyente, y si se trata de materia prima, podría significar la paralización un ciclo económico que comienza por el procesamiento de dicha materia, la venta del producto, la posibilidad del fisco

de captar impuestos por este proceso económico, etc., además del hecho de que todo este proceso es generador de empleos.

Igualmente y como una de las consecuencias más resaltante lo constituye el hecho de que se está violando el derecho al disfrute pleno de la propiedad, la cual si bien es cierto que está sometida a las limitaciones que la misma ley establece, no es menos cierto que no se puede someter al contribuyente indefinidamente a la decisión de la Administración Tributaria e incluso a la del Juez Contencioso Tributario, períodos que pueden extenderse por tiempo indefinido, causándole con esto daños irreparables al particular quien aún cuando resulte victorioso habrá perdido la oportunidad de negocios que muy probablemente no recuperará.

Según Rivas, (2000), la Ley Orgánica de Aduanas reinsertó en nuestra regulación aduanera la regla solve et repete, a pesar de ser un principio muy cuestionado por su incidencia sobre el derecho a la defensa ya que: ¿Qué ocurre cuando un funcionario hace una objeción fiscal errada y el contribuyente no tiene la capacidad económica para pagar, no para obtener una garantía equiparable? ¿Cuánto es el costo, tomando en cuenta la tasa de interés, de hacer un pago indebido o de prestar una garantía? “Aunque el contribuyente logre hacer revocar la objeción fiscal, tendrá una pérdida económica.” (p. 371).

De igual manera, Garantón, (1996) es de la opinión de que si el principio al que se hace referencia es inconstitucional como lo calificó el proyectista del COT. al igual que la jurisprudencia, por limitar el derecho a la defensa, esa inconstitucionalidad, no se limita al nivel nacional ni al ámbito del COT., sino que es también válida para cualquier nivel o ámbito del derecho.

Ortiz, M.(1996), en su investigación **El Solve Et Repete y Pacto de San José de Costa Rica: Análisis de su Constitucionalidad desde la perspectiva del Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**, Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho, Ciencias Sociales. El objetivo de su investigación fue el determinar las implicaciones jurídicas y prácticas que el reconocimiento explicito del derecho a una tutela judicial efectiva derivado de normas internacionales con jerarquía constitucional, tienen sobre normas internas que exigen el pago previo para la discusión judicial de la obligación tributaria. Se concluyó de dicha investigación que la regla del solve et repete es inconstitucional cuando excluye del ejercicio del derecho de acceder a la justicia, mediante una exigencia que puede resultar muchas veces desproporcionada y arbitraria, vulnerando principios constitucionales fundamentales como es el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva de la que se privaría al contribuyente.

Gargant, J. (1997), en su trabajo **Derogación del Principio “Solve Et Repete” en la materia tributaria**, Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho, Ciencias Sociales. El objetivo de su investigación fue el de cuestionar el principio del solve et repete, fundamentando la argumentación en la plena derogación del principio en cuestión por la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y en la que se pudo concluir que los tratados internacionales suscritos por el país tienen jerarquía constitucional, y “una norma jerárquicamente superior deroga a una inferior, en cuanto esta sea incompatible con la primera”, tal como lo expresa el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Argentina.

Mordeglia, R. (1998) con su trabajo titulado **Principios Tributarios y Garantías de los Contribuyentes. La Experiencia Argentina, 1º Congreso Internacional de Derecho tributario-Vitoria-Brasil**, buscó analizar dentro del sistema de tutela de los derechos de los contribuyentes, los que son característicos de ese fin como procesos constitucionales y que se caracterizan por pretender un rápido restablecimiento de los derechos que emergen de los principios constitucionales, cuando estos últimos resultan vulnerados por normas o actos de la administración. Concluyó de esta investigación que no existe

un principio general del derecho que imponga la antijuricidad del solve et repete, sin embargo puede provenir de las opciones y previsiones específicas que contengan las cartas constitucionales, en cuanto la hagan incompatible como modo de asegurar la tutela judicial efectiva, o cuando las circunstancias demuestren que se conculca esa garantía, lo cual se remedia con una solución para el caso, más fácil aún si los ordenamientos prevén una acción de amparo efectiva para prevenir todo perjuicio injusto por parte de la autoridad pública, inclusive la tutela directa contra normas injustas.

García-Trevijano, E. (1998), en su estudio llamado **El eterno retorno del solve et repete**, revista española de Derecho Administrativa, plantea un análisis sobre la vigencia de este principio, puesto que “cuando la doctrina jurisprudencial cegaba más y más los intentos de resurrección de tan perturbador e injusto requisito para recurrir, la Administración, a través de sus Reglamentos, empezaba a imponer con una continuidad sistemática el previo pago, no ya en la vía jurisdiccional, donde el principio perdía terreno, sino en la vía administrativa”. Concluye mediante su análisis que la aplicación de estos reglamentos, limita el ejercicio de los derechos de los administrados, cosa que el legislador no quiso expresamente señalar y cuya existencia implícita no se puede reconocer, y lo que es más trascendente invierte la situación que deben poseer en el

ordenamiento jurídico los recursos administrativo y jurisdiccional, al hacer la admisibilidad de aquellos más exigente y dificultosa que la de este.

En 1999, se promulga en gaceta oficial extraordinaria N° 3.353 el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas la cual se encuentra actualmente en vigencia y donde solo se reformó el artículo 156 que trata sobre los reglamentos en dicha materia.

Se evidencia de las anteriores investigaciones, la inconstitucionalidad del principio estudiado, debido a que viola el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la defensa consagrados en las constituciones de Argentina y España, las cuales están redactadas de tal manera que no permiten condicionamiento alguno a estos derechos, tal y como sucede en nuestro país.

#### **IV. LA INCONDICIONALIDAD DEL ACCESO AL USO DE LAS VÍAS DEFENSIVAS DESARROLLADO POR LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA**

La Administración Tributaria, en una consulta elevada en fecha 13-05-1996 nos dice de la aplicación preferente del COT en las aduanas en lo que respecta a los recursos administrativos, expresión esta usada por el legislador para desarrollar el derecho a la defensa frente a la Administración; así nos dice que según el artículo 1° del COT este es el que debe aplicarse. Sin embargo esto nos deja pendiente el Solve et repete o pago bajo protesta, frente a lo cual nos dice que cuando el contribuyente aduanero intente un recurso, no le será aplicable el Artículo 133 de la LOA referente al solve et repete, pero intentará el recurso sin retirar las mercancías en controversia, ya que la aplicación del COT solo suspende los efectos del acto recurrido, es decir el pago del tributo correspondiente o de sus accesorios. De ninguna manera suspende lo dispuesto en el Artículo 9 de la LOA con relación a la garantía que debe presentar para el retiro de la mercancía de la zona Aduanera.

## **A. Antecedentes en el Derecho Comparado**

La sentencia de la Corte Constitucional de Italia del 31 de marzo de 1961, puso punto y final a las acaloradas discusiones doctrinarias provocadas por el solve et repete, al declarar su inconstitucionalidad. Según el alto tribunal esta regla viola el principio de igualdad (Art. 3, Constitución Italiana) e impide el libre e irrestricto acceso a la justicia (Art. 24 y 113 C. I.).

Con relación a la igualdad la Corte expresó:

“... resulta evidente la diferencia de tratamiento que de dicha regla derivan entre el contribuyente que no tiene medios suficientes para efectuar el pago, ni puede obtenerlos fácilmente con el recurso del crédito (p.4)”.

De los demás contribuyentes que si pueden efectuar el pago que se le solicita para admitir el recurso, se puede decir que aún se les viola el derecho de acceso a la justicia.

El acceso a la justicia está garantizado por el ordenamiento jurídico italiano en sus artículos 24 y 113 de su Carta Magna que dicen: Art. 24: “Todos pueden accionar en juicio para proteger sus propios derechos e intereses legítimos”; Art. 113: “Contra los actos de la Pública Administración siempre se admite tutela jurisdiccional ordinaria o administrativa”. Interpretando esta norma la Corte Italiana dijo:

“Las mismas consideraciones sirven para justificar también la invocación de las normas contenidas en los artículos

24 y 113 de la Constitución, en lo que el uso de los vocablos “todos” y “siempre”, tiene claramente el propósito de reafirmar la igualdad de derecho y de hecho de todos los ciudadanos, en lo que se refiere a la posibilidad de pedir y obtener la tutela jurisdiccional tanto frente a otros particulares como frente al Estado y a los Entes Públicos menores” (Pág.5).

Dicha sentencia fue de gran relevancia y un antecedente importante para aquellos países en donde aún se aplica la regla del solve et Repete, puesto que fue justamente en la legislación italiana que ahora la declara inconstitucional, donde nació dicho requisito de admisibilidad.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado reiteradamente acerca de la irreparabilidad del daño producto del depósito previo. En primer lugar, la Corte ha aceptado la validez de este requisito, sin embargo, ha hecho excepción a la regla en supuestos de monto excepcional en que el requisito en cuestión pudiera constituir obstáculo insalvable para la revisión del actor por los tribunales de justicia. En este sentido ha establecido:

“... que la desproporcionada magnitud del monto con relación a la capacidad económica del apelante y la falta comprobada e inculpable de los medios para afrontar dichas erogaciones constituyen supuestos de excepción a la exigencia legal del depósito previo como presupuesto de viabilidad de los recursos... tal exigencia reconoce como excepciones de desproporcionada magnitud de su monto o falta comprobada e inculpable de los medios necesarios para hacer frente a la erogación...” (fallos de la CSJN 225:291; 256:38; 236:282; 249:221;236:38).

Se desprende de dicha doctrina de la CSJN de Argentina, que la exigencia del pago previo como condición para ejercer los recursos, no resulta violadora de normas constitucionales, sino en la medida en que se haya alegado y probado la desproporcionada magnitud de aquel (pago previo), con la concreta capacidad del recurrente. Esta doctrina ha sido acogida a su vez por la Cámara Federal de la Seguridad Social al resolver sobre la cuestión estableciendo que la exigibilidad del pago previo no resulta inconstitucional salvo en aquellos casos “cuando la suma exigida fuese desproporcionada con relación a su concreta capacidad económica tornando por ello, ilusorio su derecho a la defensa” (CSJN; Villar Hnos. y Cía. SRL. 10-10-85, DT: 1986-A-229).

La Constitución Española, establece en su artículo 24, 1, el principio de la tutela judicial efectiva, redactado de la siguiente manera:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

A la luz de lo señalado en dicho artículo se ha establecido una doctrina jurisprudencial en la cual la exigencia del pago previo no es inconstitucional en la medida en que esté establecida en una Ley general y que no imposibilite el acceso a la vía judicial en primera instancia. La sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983, estudia la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Sexta del Tribunal

Supremo sobre el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se señala como requisito para la preparación del recurso de casación “cuando se trate de sentencia condenatoria al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente, si es empresario y no estuviera declarado pobre, consigne el importe a que ascienda la condena... incrementada en un 20 por 100...”.

El TC sienta como principio básico que:

“El derecho a la tutela judicial efectiva puede restringirse en la medida que la restricción actúa en servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidas, pues en caso contrario aquella debía de ser estimada inconstitucional... Al no existir, sin embargo, norma o principio alguno en la CE que obligue a la existencia de una doble instancia o de unos determinados recursos en materia laboral, es evidente que, en abstracto, es posible la inexistencia de recursos o condicionar los previstos al cumplimiento de determinados requisitos, perteneciendo al ámbito de libertad del legislador establecer unos u otros en la forma que considere oportuna. Aunque sea conveniente precisar que a su vez es distinto el enjuiciamiento que pueda recibir una norma según actúe como impeditiva u obstaculizadora del acceso a la jurisdicción o simplemente como imitadora de un recurso extraordinario contra una sentencia previamente dictada en un proceso contradictorio, en el que las partes gozaron de todas las garantías y medios de defensa legales”.

De la anterior jurisprudencia se evidencia que solo en Italia ha sido derogado de manera expresa y absoluta este principio por ser completamente incompatible con su Constitución en cuanto a los principios de igualdad, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva se refiere, puesto

que tanto en España como en Argentina se sigue aplicando, pero de manera atemperada, lo que continúa siendo materia de discusión para las doctrinas de ambos países.

### **B. Tribunales Superiores en lo Contencioso Tributario**

En este sentido, la Jurisprudencia Venezolana que ha producido varios fallos con respecto al tema en cuestión, nos habla en un fallo en el cual hace honor al criterio de la Corte de 1990, producido por el Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario del Distrito Federal y Estado Miranda (1994) en el caso **Papeles Nacionales Flamingo C.A.**, allí se discute el problema del mandamiento solve et repete y el derecho a la defensa, donde ordena aplicar el artículo 179 del COT, que dice que para la procedencia de la reclamación no es necesario haber pagado bajo protesta. De tal modo que, postula con gran criterio de amplitud el artículo 68 de la constitución de 1961 que consagraba el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas de los ajusticiables ante los órganos de la administración judicial, para lograr la tutela de sus derechos e intereses; garantía fundamental que se vería afectada de aplicarse cualquier forma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte (1992), en el caso **Molinos Nacionales C.A** ya había hecho lo propio, diciendo que la inmotivada restricción derivada del principio solve et repete constituiría una declaración precaria del legislador que debe ser desatendida por el Juez vista su inconstitucionalidad.

Así también, el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (1994), conoce el caso **Farmitalia Carlo Erba C.A.**, donde basado en el fallo anteriormente nombrado de la Corte decide por *control difuso* de la constitucionalidad dejar sin efecto los mismos artículos ya nombrado de la Ley Orgánica de Aduanas, pues establecer como requisito de admisibilidad del recurso o vía defensiva la constitución de caución o fianza que es en si el solve et repete, violaba el derecho a la defensa por imponerle limitaciones económicas no consagradas en el texto fundamental. En consecuencia los recursos contenciosos tributarios contra los tributos aduaneros, suspende la ejecución del acto administrativo recurrido de conformidad con el artículo 178 del COT que se aplica a la materia aduanera en virtud de su Artículo 1°.

Así la Juez, Ruth Noemí Rojas R., del Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario en sentencia de fecha 14 de Noviembre de 2000, estando ya en vigencia nuestra actual CRBV; sostuvo que el principio de

solve et repete es un privilegio procesal inmotivado que limita el derecho a la defensa del recurrente. En cuanto al principio de solve et repete, y visto que en el oficio Nro. 586 de 9 de Diciembre de 1997, anexo al cual se notificó la Resolución Nro. 587 de 5 de Diciembre de 1997, se expresa que:

“Para interponer cualquier solicitud o recurso apelando o impugnando los actos de la administración Tributaria deberá cancelarse previamente la Planilla de Liquidación correspondiente y acompañarse Certificado de Solvencia Municipal.”

El Tribunal observa que el mismo limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para el pago, como sostiene la recurrente siendo lo afirmado por el autor Eduardo García de Enterría, el solve et repete limita el derecho de defensa y como expreso la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala Político-Administrativa del 14 de Agosto de 1990, el mismo es por su naturaleza “un inmotivado privilegio procesal; atentatorio, en nuestro sistema jurídico positivo, del derecho a la defensa, tal y como acaba de ser declarado por esta misma decisión”, y que la misma por no ser exigible en materia tributaria, trajo como consecuencia la suspensión de pleno derecho de los efectos de la Resolución impugnada.

Siguiendo los lineamientos esbozados a lo largo de este trabajo, encontramos una sentencia del 9 de junio de 2000 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario caso **Net Uno, C.A** donde se declara con lugar el amparo propuesto contra la Gerencia de la Aduana Principal

Aérea de Maiquetía y las Fuerzas Armadas de Cooperación por la retención de una mercancía.

“... Cursa en el Expediente la diligencia de fecha 31-05-00, mediante la cual, el ciudadano Capitán..., identificado en autos como presunto agravante en la presente Acción de Amparo, debidamente asistido por los ciudadanos...; después de una amplia exposición solicitada de la Juez actuante que “Decline su competencia en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”.

Ahora bien, dado que dicha solicitud incide necesariamente en el curso del proceso que nos ocupa, este Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, procede a decidir como punto previo lo referente a su competencia, para la decisión final del presente caso:

Respecto a la competencia del Tribunal, cabe señalar que la misma viene dada por las disposiciones expresas de los artículos 5 y 7 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 1º y 215 del Código Orgánico Tributario.

Sobre el particular se ha pronunciado la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, conforme a lo cual:

“en cuanto a la competencia por la materia, para conocer del amparo, de la cual carece este Órgano Jurisdiccional, según criterio de los querellados... el Tribunal se permite reproducir Jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1996 (Caso: Golden Games,C.A.), la cual es citada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 6 de Noviembre de 1997 con el número 97-1442, referida a la competencia para conocer de la acción de amparo contra la retención de mercancías por la Guardia Nacional..., relacionado con la materia tributaria aduanera, por cuanto la presunta lesión proviene, al retener la Guardia Nacional y la Gerencia de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, un lote de mercancía propiedad de la accionante. En consecuencia, la competencia para conocer de la presente acción corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de que la naturaleza de los derechos invocados es administrativa y que dentro de dicha jurisdicción, conoce en primera instancia de las acciones

relativas a la materia tributaria aduanera, los tribunales superiores contenciosos-tributarios...”

En la misma Sentencia se precisa que es la Administración Tributaria (SENIAT) el órgano competente para autorizar este tipo de actuación (artículo 112 del Código Orgánico Tributario) y “que la Guardia Nacional no es Administración Tributaria sino auxiliar de ella según lo dispuesto en los artículos 106 y 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 153 de la Ley Orgánica de Aduanas.”

En consecuencia, queda precisa y legalmente establecida la competencia de este Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, para conocer del Amparo que nos ocupa. Así se declara,...

Conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica de Aduana se establece la potestad aduanera y la misma significa el control que la Ley concede a las autoridades de la Aduana para el control del bienes y vehículos importados y para su intervención y retención en los casos señalados por la Ley; pero esto no implica impedir el libre ejercicio de los derechos en ella consagrados a favor del importador, tales como el derecho a nuevos reconocimientos (Art. 49). Con fecha 14/04/00 fue practicado un nuevo reconocimiento del cual surgieron Actas fijando nuevo aforo, una diferencia de impuesto a pagar y la imposición de multas, lo cual fue notificado a la recurrente y las mismas cursan en el Expediente. Luego, por oficio Nro. 1092, del 18/05/00, se les manifiesta que la documentación expedida era “sólo un papel de trabajo meramente referencial” y que la interesada debía solicitar un nuevo reconocimiento, mientras tanto la mercancía permanecía retenida. Al mismo tiempo se les informa, verbalmente, que no se efectuará la entrega de la mercancía. Hasta tanto no se reciba la mercancía, hasta tanto se reciba la orden del Ministerio Público, siendo que no existe ninguna orden de retención por parte de este Organismo ya que se trata de funciones que corresponde a la Aduana, y que la empresa accionante procedió a constituir fianza por un monto de Bs. ...., “a los fines de garantizar el precio de las referidas multas y supuestos intereses...”

Así, ordenado el nuevo reconocimiento, la Aduana procede a nombrar dos funcionarios a los fines de su realización, tal como consta en el

Expediente y se declara con lugar la Acción de Amparo intentada por la contribuyente, por la violación de los derechos constitucionales a la **defensa** y al **debido proceso**, a la **propiedad** y a la **libertad económica** de la recurrente, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por parte de la Gerencia de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía y las Fuerzas Armadas de Cooperación y por cuanto, dada la irregularidad y la arbitrariedad de los actos realizados tanto por la Aduana Principal de Maiquetía, como por los funcionarios de la Guardia Nacional, ha quedado establecido, sin lugar a dudas que evidentemente fueron violados los derechos constitucionales a que se remite la recurrente, este Tribunal decide que se ordene la entrega de la mercancía retenida, para lo cual se fija un plazo de tres (3) días a partir de la notificación de la presente decisión, y la liberación de pago, por parte de la recurrente, de cualquier derecho derivado del tiempo transcurrido por el almacenaje de la mercancía retenida, toda vez que la demora no puede ser imputada a la accionante.

### **C. Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo.**

Para la Corte Primero de lo Contencioso Administrativo (1999) siguiendo este mismo criterio, en el caso **J.J. Tovar**, que a pesar de ser materia municipal tributaria, dijo que exigir el pago o caución de la multa

impuesta (solve et repete), como presupuesto para la tramitación del recurso jerárquico ejercido violaba el derecho a la defensa. En este orden de ideas expuso, que el acceso sin limitaciones económicas a los órganos de justicia es de rango constitucional (derecho de acceso a la justicia) y que el principio solve et repete es fundamento único de la arbitrariedad en perjuicio del ciudadano y de la defensa de sus derechos. Con lo cual establece que *el derecho a la defensa comprende entre otros atributos, el acceso a la justicia.*

#### **B. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo**

En este mismo lineamiento, en el caso **JUMBO SHIPPING COMPANY DE VENEZUELA CA.** en fecha 16 de febrero de 2000 dicha sociedad mercantil. presentó acción de amparo constitucional y solicitud de medida cautelar innominada conjuntamente con recurso contencioso administrativo de anulación contra el acto administrativo de la GERENCIA DE LA ADUANA PRINCIPAL DE GUANTA – PUERTO LA CRUZ, de fecha 21 de enero de 2000, que negó la solicitud de prórroga por el periodo de un año, de la “autorización de admisión temporal” necesaria para su inscripción en el Registro de la Marina Mercante Nacional. (Subrayado nuestro).

Para la admisión del recurso contencioso administrativo de anulación la corte observa:

“En virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Especiales, la obtención por parte de la respectiva Oficina Aduanera de una “Autorización de Admisión Temporal”, podrá ser prorrogada previa solicitud del interesado, por una sola vez y por un periodo que no exceda del plazo originalmente otorgado. En el presente caso la misma fue otorgada el 22 de febrero de 1999, por lo que de conformidad con el artículo antes mencionado, se solicitó una prórroga por un año, que fue negada por medio del acto recurrido.

Atendiendo a lo antes expuesto se observa, que en el caso de autos la querellante denunció que la GERENCIA DE LA ADUANA PRINCIPAL DE GUANTA – PUERTO LA CRUZ, en adelante SENIAT, mediante el referido acto de fecha 21 de enero de 2000, infringió sus derechos al libre tránsito, a la libertad económica y a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, consagrados en los artículos 50 y 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales en el marco de la situación concreta existente, resultan a fines a la materia que corresponde conocer a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otra parte, se denunció como presunta agravante a la GERENCIA DE LA ADUANA PRINCIPAL DE GUANTA-PUERTO LA CRUZ, adscrita al SENIAT, cuya actividad administrativa en la materia que nos ocupa está sometida al control jurisdiccional de este Corte conforme al artículo 185 ordinal 3º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, criterio este que ya ha sido admitido por esta Corte en sentencia número 95-1127 de 7 de julio de 1995. En consecuencia, es este el Tribunal de Primera Instancia competente para conocer del presente proceso, y así se declara.

Sobre la base de lo expuesto y en atención de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y principio de instrumentabilidad del proceso, (artículo 26 y 257 de la Constitución respectivamente) se hace necesario admitir el presente recurso contencioso administrativo de anulación contra el acto de la GERENCIA DE LA ADUANA PRINCIPAL DE GUANTA- PUERTO LA CRUZ, de fecha 21 de enero de 2000, de acuerdo a lo establecido en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, salvo la apreciación que con base en el artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

haga el Juzgado de Sustanciación de esta Corte luego de las resultas del procedimiento de amparo cautelar , así de declara.”

Así de la medida cautelar innominada nos refiere a la protección de los derechos humanos y nos dice:

“La procedencia de estas especiales medidas cautelares en el procedimiento de amparo constitucional ha sido objeto de no pocas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales; de hecho se ha alegado como fundamento para su negativa la celeridad del procedimiento de amparo que no admite las llamadas “incidencias”, pero tal argumento desconoce la realidad de nuestra actividad judicial y niega el carácter antológico del sistema cautelar que lo apartan de ser una mera “incidencias” dentro de un proceso principal.

Por otro lado, un Estado de derecho se caracteriza por garantizarle a los ciudadanos una tutela jurisdiccional efectiva e interpretar las normas constitucionales en la forma en que mejor convengan al regla ejercicio de esos derechos, la orientación de la nueva Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela establece los lineamientos básicos para esta protección, así se desprende de la lectura de las normas contenidas en los artículos siguientes:

“Artículo 19: El Estado garantizara a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Publico de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la Republica y las leyes que los desarrollen”

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

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

Ninguna formalidad puede ser suficiente para negar el derecho y la obligación de los órganos del Poder Público de salvaguardar los derechos humanos puesto que estos derechos constituyen la premisa de todo ordenamiento jurídico y fundamento axiológico en las tareas de interpretación y aplicación e las normas. La garantía de los derechos humanos es el primer mandamiento a seguir por un Estado justicialista que la nueva Carta Magna perfila a lo largo de su normativa. El artículo 257 de la Constitución de la Republica establece con toda claridad lo siguiente:

“Artículo 257: El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los tramites y adoptaran un procedimiento breve, oral y publico No se sacrificara la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (Subrayado nuestro).

Como puede apreciarse, el respeto y la garantía de los Derechos humanos es obligatorio para los órganos del Poder Público, y dentro de este Poder se encuentran, sin duda alguna, los órganos de administración de Justicia, ahora bien, esa obligatoriedad debe encauzarse dentro de los mecanismos regulares o extraordinarios de que dispone el ordenamiento jurídico. en este marco de interpretación y reflexión constitucional se impone determinar los valores de aplicación normativa, esto es, aquellos valores jurídicas de aplicación en cada caso concreto sometido a conocimiento de los órganos jurisdiccionales para hacer realidad la idea del Estado de Derecho, tal como se ha expresado en algunos trabajos doctrinarios en Venezuela.

Especialmente con relación a los requisitos concurrentes establecidos en el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil para la procedencia de una medida alegaron lo siguiente:

“ En lo referente al “periculum in mora”, este es evidenciado del supuesto en que de negarse la cautela solicitada, el fallo definitivo sería incapaz de restablecer la situación jurídica infringida, una vez que su representada se vera en la obligación de optar según lo señalado en el acto impugnado, por la “reexpedición o nacionalización de la gabarra”

Y al “fumus boni iuris”, este se desprendería del acto impugnado que niega la solicitud de prórroga de la “autorización temporal” cuando en virtud del literal d) del artículo 15 de la Ley de Navegación, el periodo mínimo para otorgar la mencionada autorización en caso de arrendamiento de accesorios de navegación extranjeros debe ser de dos (2) años.

Y la Corte respondió:

“En este sentido se señaló que la negativa de la solicitud de prórroga de la “Admisión temporal”, contradice el literal d) del artículo 15 de la Ley de Navegación, que establece un periodo mínimo para otorgar la mencionada admisión, que en caso de arrendamiento de accesorios de navegación extranjeros, no debe ser menor a dos (2) años. Existiendo con base a la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho y la potestad reglada de la administración de autorizar la admisión temporal, la presunción de obtener una prórroga de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes especiales, que como se ha dicho, será por una sola vez y por un periodo que no exceda del plazo originalmente otorgado. En consecuencia, estima esta Corte configurado el prenombrado requisito y así se declara.

Por último, en cuanto al “periculum in damni”, este resultaría de los graves perjuicios económicos que la reexpedición de la referida gabarra ocasionaría a la recurrente, dado que en el contrato de arrendamiento de la misma (folios 12 al 35), se desprende de su Cláusula 21, Parte I, esta deberá pagar la

cantidad de ..... dólares de los Estados Unidos de América) equivalente, a los solos efectos de dar cumplimiento a expresa disposición contenida en el artículo 95 de la Ley del Banco Central de Venezuela, a la tasa de cambio vigente para esa fecha (Bs. 656 por dólar). A la cantidad de VARIOS MILLONES DE BOLÍVARES MENSUALES”.

Y la Corte Primera respondió:

El “Periculum in damni” supone un análisis previo sobre la real y patente posibilidad de que mientras decida el juicio principal se cometa un perjuicio que la decisión de merito no pudiera reparar. En el presente caso, la cautela innominada es “instrumental” del procedimiento especial de amparo, esto es, que mientras se dilucida la presunción de violación o no, se autorice la realización un a conducta (de manera “innovativa”) para evitar le acaecimiento de la lesión. Es evidente que de no acordarse la cautela innominada, fatalmente el solicitante pudiera perder la posibilidad de seguir operando en sus labores de transporte dentro del territorio nacional, y con base en esta premisa se concluye en el cumplimiento del requisito en cuestión, y así se declara.”

Analizados los referidos requisitos procedimentales, estima necesario la Corte pronunciarse sobre la idoneidad y pertinencia de la mediada cautelar solicitada de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, así, el sentido fundamenta del presente procedimiento es la impugnación de un acto que según señala el accionante infringe la seguridad jurídica, la libertad económica y el derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia.

La cautela innominada, como lo refiere la doctrina y jurisprudencia mas calificada, no puede tener la misma finalidad del recurso contencioso

administrativo de anulación ni del amparo, en razón de que constituiría una ejecución anticipada del fallo y un adelantamiento de opinión sobre el fondo. Sin embargo, las providencias cautelares deben guardar una necesaria correspondencia con los derechos debatidos en vía principal, lo cual completa el inevitable adelantamiento de algunos efectos de la decisión de merito, siempre de manera provisional, preventiva y con el fin de evitar la concreción del daño demostrado previamente, al menos por vía de presunción.

En el presente caso se ordeno al gerente de LA ADUANA PRINCIPAL DE GUANTA-PUERTO LA CRUZ, la prorroga del permiso de admisión temporal numero GAG-1000-DT-R-99-0049, por todo el lapso de tramitación del presente recurso, hasta que se produzca la decisión definitiva sobre el mismo. Lo cual, en el marco de lo antedicho, excedería el adelanto de algunos efectos de la decisión de merito, por lo cual correspondería solo ordenar se permita a la recurrente realizar las misma labores que venia realizando hasta el 21 de Febrero de 2000, hasta que se decida la definitiva.

#### **E. Corte Suprema de Justicia.**

También, la Corte Suprema de Justicia, SPA (1990) ya lo había dicho en un fallo en el celebre caso **Scholl Venezolana C.A.** donde ordena

desaplicar el artículo 137 de la LOA, hoy el correspondiente 133 de la ley vigente de 1998 reformada en el 1999; y 462 de su Reglamento, el cual aun está vigente desde 1991; que consagra el solve et repete. De este manera la Corte dijo que al intentar un recurso en materia de tributos aduaneros, el Juez debe desaplicar dichas normas, quedando suspendidos los efectos del acto, no quedando desasistida la Administración, pues siempre podrá solicitar las medidas de aseguramiento pertinentes o medidas cautelares (artículo 178 y 204 del COT). Con base a esto el Alto Tribunal ordenó liberar la garantía que había sido constituida a favor del Fisco Nacional para la admisibilidad del recurso.

#### **F. Tribunal Supremo de Justicia.**

En sentencia del 20 de enero de 2000 ( a pesar de que la LOA es una Ley Orgánica de fecha posterior, el Tribunal ordena aplicar el COT de 1994), la SPA conoce en apelación y así, se declara con lugar el amparo, pero se ordena al Juzgado Contencioso Tributario que haga valer ante la Aduana la suspensión de efectos, prevista en el Código Orgánico Tributario de la retención de un vehículo ordenada por dicho juzgado.

... apelación ejercida por el apoderado judicial del ciudadano...contra el fallo dictado en fecha 31 de agosto de 1998 por el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, mediante el cual fue declarada inadmisibile la

acción autónoma de amparo constitucional ejercida por dicho ciudadano, contra la negativa de la Gerencia de la Aduana Principal de la Guaira de hacerle entrega de un vehículo de su propiedad, objeto de retención preventiva y de posterior sanción de comiso, al estimar el Tribunal que estaba dada en el caso concreto la causal prevista en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, relativa a haber acudido el presunto agraviado a las vías judiciales ordinarias...”

Que en el texto del escrito recursivo el accionante solicitó, por una parte y como punto previo, que se declara la suspensión de los efectos de los actos recurridos, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 189 del Código Orgánico Tributario, y que en consecuencia, se ordenara a la Gerencia de la Aduana Principal de la Guaira, en la persona de su Gerente la entrega del vehículo retenido y posteriormente objeto de la sanción de comiso recurrida, invocando a tal fin en el criterio sentado en el fallo Nro. 442, dictado por esta Sala en fecha 9 de julio de 1997 (caso: Shell Química de Venezuela, C.A). Pero por otra parte y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, ante el temor de que el vehículo en cuestión pudiera sufrir deterioros no susceptibles de reparación mediante el fallo que declara con lugar el recurso ejercido, solicito el accionante al Tribunal que decretara medida preventiva innominada, en virtud de la cual se ordenara el aseguramiento del bien objeto de la sanción de comiso recurrida, así como que se designara custodio del mismo a la Gerencia de la Aduana Principal de la Guaira.

Que mediante sentencia interlocutoria Nro. 54/98, se dicta en fecha 11 de mayo de 1998, el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario decretó la medida innominada solicitada por el accionante, ordenando al ciudadano Gerente de la Aduana Principal de la Guaira poner bajo resguardo de dicha Aduana el vehículo en cuestión, trasladándolo al depósito Nro. 26 de esa dependencia o a uno de similares características, a los fines de evitar que el mismo sufriera algún deterioro, y precisando a la vez que esta medida permanecería vigente mientras durara el proceso contencioso administrativo, o surgiera otra incidencia en el proceso que trajera como consecuencia su modificación.

Que posteriormente, por auto de fecha 14 mayo de 1998, el tribunal de la causa declaró que la solicitud de suspensión de efectos formulada por el accionante en su escrito libelar:

“...corresponde a la interpretación de una norma que opera de pleno derecho (Ope Legis) y que el presente expediente se encuentra en la etapa procesal de notificación de las partes, a los fines de proceder a la admisión del presente Recurso (sic), sin que se haya dictado aun la sentencia interlocutoria en la cual se determine la admisión o no de presente Recurso, en consecuencia, el Tribunal decide no darle curso a la solicitud de la Contribuyente, en virtud de la existencia de otros medios procesales accionables por parte de la solicitante, criterio este que se mantiene y rectifica el ya expresado en el auto 01/11/92 Expediente Nro. 774, caso Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN) contra la Alcaldía del Municipio Páez de Estado Zulia...”

Que en fecha 17 de junio de 1998, notificadas como había sido las partes del recurso ejercido y ante la insistencia manifestada por el accionante frente a la solicitud de suspensión de efectos de los actos impugnados, el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, después de transcribir el contenido de artículo 189 del Código Orgánico Tributario declaró lo siguiente:

“...Una vez expuesto lo anterior este Tribunal considera que los Contribuyentes recurrentes tienen los medios procesales idóneos para el caso de que se vean afectados por el incumplimiento de una norma de carácter legal como el artículo 189 del Código Orgánico Tributario...”

Que con vista a éste pronunciamiento, en fecha 17 de julio de 1998 el accionante se dirigió al Gerente de la Aduana Principal de la Guaira, solicitando formalmente la entrega material del vehículo objeto de las medidas impuestas a través de los actos impugnados, sin obtener respuesta favorable ante tal planteamiento y, por ende, sin que se procediera a la liberación formulada en dicha solicitud.

Que mediante diligencia suscrita en fecha 23 de julio de 1998 la abogada apoderada judicial del Fisco Nacional, solicito aclaratoria frente al contenido del auto de fecha 17 de junio de 1998, señalando que si bien dicho Tribunal se pronunció respecto a la solicitud de suspensión de efectos planteada por el accionante en su escrito libelar, ya en anterior decisión Nro. 54/98 de fecha 11 de mayo de 1998, al decretar medida preventiva

innominada ordenando poner bajo resguardo de la Gerencia de la Aduana Principal de la Guaira el vehículo objeto de la sanción de comiso impugnada, ese mismo, Tribunal declaró que dicha medida cautelar permanecería vigente mientras durara el presente proceso contencioso tributario, o hasta que surgiera una incidencia en el proceso que trajera como consecuencia su modificación.

Que en vista de lo anterior y mediante escrito presentado en fecha 25 de agosto de 1998 por ante le Juzgado Superior Primero Distribuidor de lo Contencioso Tributario, el accionante ejerció, por intermedio de sus apoderados y con fundamento en lo dispuesto por los articulo 1 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, acción autónoma de amparo constitucional contra la negativa, abstención u omisión de la Gerencia de la Aduana Principal de la Guaira.

Que recibidas por el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario las actuaciones correspondientes a la acción de amparo ejercida, éste dictó en fecha 31 de agosto de 1998 el fallo interlocutorio objeto del recuso ordinario de apelación que ahora conoce esta Sala, declarando dicho Tribunal inadmisibile tal acción.

Precisados como han sido los términos de la apelación ejercida, así como el contenido, el fundamento y las circunstancias en que se produjo la decisión interlocutoria objeto de la misma, correspondió a esta Sala pronunciarse sobre la procedencia o no de este medio ordinario de

impugnación y en tal sentido observa: Tal y como lo indica el accionante en su escrito libelar, el tema del alcance con que cuenta la medida de suspensión de efectos contemplada en el artículo 189 del Código Orgánico Tributario, ante la interposición del recurso contencioso en materia aduanera, ha sido objeto de análisis por parte de esta Sala en anteriores ocasiones, mereciendo destacarse especialmente a este respecto el criterio sentado en el fallo Nro. 442, dictado en fecha 9 de julio de 1997 (caso: Shell Química de Venezuela, C.A), en el que se estableció:

“... En efecto, es cierto que la legislación aduanera establece que para el retiro de los bienes que se encuentren en la zona aduanera es necesario el pago o afianzamiento de los impuestos, tasas, penas pecuniarias y demás cantidades legalmente exigibles (artículo 9 de la Ley Orgánica de Aduanas); sin embargo, tal disposición debe ser interpretada de manera que no perjudique la propiedad y la actividad económica del particular,...”

Debe tenerse en cuenta que en esta materia aduanera, concretamente en la parte de los recursos administrativos y judiciales, se aplican las disposiciones del Código Orgánico Tributario, que prevé el efecto suspensivo inmediato de la interposición de los recursos, por lo que si el acto impuso un reparo, y queda mientras se decide el juicio sin eficacia, resultaría un contrasentido que no obstante ello, se condicione a su pago o afianzamiento el retiro de la mercancía cuya importación sirvió de causa. (Subrayado nuestro).

Pero por otra parte y como también lo señala el presunto agraviado en el escrito contentivo de la acción de amparo que ejerce; también se ha pronunciado esta Sala en anteriores ocasiones sobre la procedencia de este peculiar mecanismo de protección, en aquellos casos en que se ejerce con carácter cautelar y conjuntamente con el recurso contencioso tributario, mereciendo destacarse especialmente en tal sentido el contenido del fallo Nro. 444, dictado en fecha de 10 de julio de 1996 (caso: Hraj Khwmmo), donde la Sala tuvo oportunidad de precisar lo siguiente:

“...en el caso de autos se observa ciertamente, tal como lo dispuso el a-quo, que resulta conveniente ordenar la entrega provisional al propietario del bien objeto de la sanción de comiso por el Administrador de la Aduana Marítima de la Guaira, mientras se resuelve el recurso contencioso tributario de anulación, como forma de mantener incólume el derecho de propiedad de aquél...”

Cabe agregar, la consagración en la Constitución vigente del beneficio de justicia gratuita, en sentencia de la Sala Constitucional del 2 de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta, en el caso de **Silvia Rondon Vielma**, en el expediente N° 00-0081, sentencia N° 41. Se aclara acerca de la prohibición expresa al poder judicial de imponer tasas, aranceles, y exigir pago alguno por sus servicios.

Dicho beneficio se da como derecho de los usuarios del sistema de justicia. Ante esta situación, es necesario citar lo que consagra la Constitución de 1999 en su artículo 26, según el cual:

“...(omissis)...el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles” .

La norma transcrita consagra la justicia gratuita como un derecho constitucional otorgado a toda persona sin discriminación de edad, sexo, razón política o social.

En justa correspondencia con lo anterior, el artículo 254 *ejusdem*, dispone: “...(omissis)... El poder judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”.

Ahora bien, la consagración de este derecho, el cual, por sus repercusiones en el orden procesal resulta de aplicación inmediata- modifica los presupuestos jurídicos que motivaron a la demandante a presentar su acción de amparo, ya que para ese momento la justicia gratuita era un “beneficio” que se otorgaba a quienes reunían requisitos establecidos legalmente, en tanto que para el momento de decidir la presente acción de amparo, la justicia gratuita no es un beneficio otorgado a ciertas personas, sino un derecho de los usuarios del sistema de justicia, así como una característica de este, motivo por el cual resulta innecesario en el presente caso entrar a determinar si a la actora le debe ser concedida la justicia gratuita, ya que ello le corresponde por mandamiento expreso de la Constitución.

De esta manera aplicada analógicamente también es un beneficio extendido a la justicia que se busca a través de la vía administrativa si lo traspolamos con el artículo 49 de nuestra carta magna, donde el debido proceso se aplica a las actuaciones tanto en vía administrativa como en vía judicial, así no vemos porque no puede ser extensivo a esta vía, lo cual nos dice que el acceso a la justicia no solo es un derecho del contribuyente sino que además tiene el beneficio de la gratuidad, con lo cual mal puede la Administración Tributaria restringir este derecho de rango constitucional.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Este trabajo no pretende hacer un análisis del problema a la luz de las circunstancias de hoy, ya que durante su construcción entro en vigencia una nueva Reforma del Código Orgánico Tributario en Octubre del 2001, por lo tanto se ha dejado para un futuro análisis el cambio que generó la precitada reforma en la legislación venezolana.

En otro orden de ideas y continuando con las conclusiones, para los catedráticos españoles, las características de una Ley General Tributaria pueden resumirse en que deben constituir una sistematización de normas generales a todos los tributos, de los conceptos y sistemas elaborados por la doctrina; debe recoger los principios generales que contienen los textos constitucionales, tales como los principios de reserva legal, capacidad contributiva, igualdad, generalidad, equidad; y en caso de que esta no sea

investida de un rango superior por la aplicación de la materia *debe dársele aplicación preferente*. Estos criterios señalan de alguna manera que es conveniente sistematizar en una Ley General tales principios generales.

Así, en **primer lugar**, una vez mencionadas las diferentes vías defensivas que tiene el contribuyente aduanero, se puede decir que en Venezuela hay una proliferación de leyes con normas de diversa índole de contenido tributario que poseen cada una diferentes procedimientos legales con diferentes efectos jurídicos para establecer la defensa del contribuyente en caso de verse afectado por una decisión de la Administración Tributaria. Esto hace de difícil establecimiento parámetros claros, simples y comunes a todos los procesos. Hecha la observación anterior, se ve que a nivel municipal, a nivel aduanero y a nivel del ámbito nacional se establecen procedimientos que se confunden entre si y hasta hace de aplicación supletoria una Ley de carácter General como lo sería el Código Orgánico Tributario, cuando debería ser esta una ley común primordial aplicable a todos los procesos y con los mismos efectos jurídicos. Esto genera un entorno de confusión legislativo que hace de difícil manejo las leyes a la hora de establecer la defensa del contribuyente y mas específicamente en el ámbito aduanero donde la LOA nos indica que el COT y la LOPA son de aplicación supletoria.

En este mismo sentido, crea mayor confusión el COT cuando indica en su artículo 1, que en lo que respecta a la defensa del contribuyente

aduanero se aplicara este con preferencia, no obstante la LOA siendo una ley Orgánica y de vigencia mas reciente también indica que será de aplicación supletoria, lo que se traduce en la realidad de los recintos aduaneros en una aplicación indiscriminada e indistinta del COT o de la LOA según sea la conveniencia del caso, que causa indefensión e inseguridad jurídica para el ciudadano realizador de las operaciones aduaneras, lo que se demostrara en copias de actos administrativos de carácter tributario en paginas anexas.

Por otro lado, y en **segundo lugar**, una vez examinado el conflicto que existe en la aplicación del COT y la LOA al plantear la defensa del contribuyente en aduanas, hay una evidente confusión por el legislador aduanero entre la materia administrativa y la materia tributaria que contienen efectos jurídicos disímiles. Esto genera un problema de colisión de leyes, ya que a pesar que el COT y la LOA son de rango orgánicas y poseen la misma fuerza obligante, son leyes que se contradicen entre si en materia de recursos administrativos o procedimientos para establecer la defensa del contribuyente, sobre todo en aquella premisa del articulo 131 de la LOA que a pesar de ser de muy vieja data en su creación sigue estando vigente pues se ha venido arrastrando desde 1978 hasta la ultima ley que es la actual de 1998 con reforma en 1999, en contraposición con los artículos 164 y 173 del COT. En este sentido, esta norma dice:

“De toda decisión se oirá recurso jerárquico por ante el Ministerio de Hacienda (hoy Ministerio de Finanzas). La interposición del recurso jerárquico no suspenderá los efectos del acto recurrido.”

Con referencia a lo anterior, la suspensión de los efectos del acto recurrido está garantizada en el COT, lo que contradice esta norma y hace plantear la colisión entre normas, sin embargo de acuerdo a lo ya visto en el contenido de este trabajo, se plantearía dos casos específicos: *el primero de ellos* sería un caso de colisión, pues no se puede pensar, en que un contribuyente afectado por una decisión dictada por la Administración Aduanera en materia de tributos aduaneros, al ser impugnada por los medios de defensas ya descritos, vaya a producir la no suspensión de los efectos del acto de acuerdo a la LOA, cuando de acuerdo al COT en sus artículos 164 y 173 prevén algo muy bien especificado para la materia de tributos, que es la suspensión de los efectos del acto administrativo mientras se decide la definitiva; de la misma manera reforzado por el artículo 1° ejudem al expresar: “...omissis... Para los tributos aduaneros este Código se aplicara en lo atinente a los recursos administrativos y jurisdiccionales...omissis...”

Dicho en forma mas precisa, la incompatibilidad entre las dos consecuencias jurídicas no debe resultar solo de su contenido sino de la obligatoria simultaneidad de su cumplimiento.

Y el *segundo de ellos*, ya no de colisión sino de concurrencia, pues la colisión supone que las consecuencias de una y otra norma que afecten a un mismo supuesto de hecho sean incompatibles y no meramente diversas. No existe, entonces, colisión cuando dichas consecuencias sean diferentes, pero no incompatibles, caso en el cual se esta frente a la concurrencia de normas.

De tal manera que al analizar los mismo artículos anteriores, pero ya no como materia tributaria sino meramente administrativa, como por ejemplo, cuando la Administración Aduanera niega un permiso o una autorización, impide el desaduanamiento de mercancías o dicta cualquier acto administrativo de orden no tributario que afecta los intereses particulares, por interpretación en contrario, que se aplica la norma del artículo 131 de la LOA ya precitado, y no el COT como tal por no ser la ley especial de la materia administrativa en este caso. Es decir que, en lo que respecta a la materia de aduanas se interpone el Recurso Jerárquico en todo caso, no así el de reconsideración que establece la LOPA de 1982, es por ello la aplicación supletoria de la LOPA prevista en la misma LOA de 1999; pero las consecuencias del mismo seria la no suspensión de los efectos del acto por la interposición; lo que quiere decir que el legislador no fue claro al establecer los preceptos jurídicos para regular la materia netamente tributaria aduanera y la materia netamente administrativa de las cuales se derivan efectos jurídicos distintos, con lo cual se causa confusión al administrado-

contribuyente creando un ambiente de inseguridad jurídica en cuanto a que norma debe aplicarse.

Es por ello, que este viene a ser un caso de concurrencia, y no ya uno de colisión como tal, pues si bien los supuestos de hecho son iguales la consecuencia jurídicas cambiarían dependiendo de la materia a regular por la norma.

En efecto, al analizar cual seria el Tribunal a-quo o competente, para esclarecer mas aun esta posición debería entonces ser el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario, si el asunto a tratar es de índole tributario o el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, si el asunto es de Derecho Administrativo. Esto en base a lo decidido por la Corte Primero de lo Contencioso Administrativo en el caso **JUMBO SHIPPING COMPANY DE VENEZUELA C.A.** en fecha 16 de febrero del 2000 que conoció de la acción de nulidad de un acto administrativo de carácter no tributario aduanero, ya visto en anteriores paginas, lo cual deslinda muy bien las dos materias y apoya esta conclusión en el tratamiento para la aplicación de la LOA y el COT dependiendo de la materia en conflicto.

Cerrando este punto, se puede decir que en materia tributaria la ley especial seria el COT en cuanto a los recursos administrativos y judiciales y su procedimiento con sus respectivas medidas preventivas de aseguramiento del fisco, en vista del criterio de la especialidad ya visto en la doctrina y en la jurisprudencia venezolana.

Así en materia administrativa, debería ser la LOPA la de preferente aplicación por sobre la LOA, no obstante que esta diga en su articulado que es de aplicación supletoria, también por el criterio de la especialidad. Y así lo deja ver la sentencia del **TSJ** de 20 de Enero de 2000 expuesta en paginas 160 y siguientes de este trabajo.

En **tercer lugar**, una vez analizada la protección del Derecho de acceso a la Justicia y del Derecho a la Defensa que se produce cuando se aplican las leyes que regulan la materia tributaria adecuadamente en caso de que se produzca un conflicto entre la Administración y el contribuyente.

Se encontró una serie de derechos propios del ser humano que son inviolables e imprescriptibles y ganados por la lucha que estableció el hombre a través de la historia en todos los procesos evolutivos de la humanidad y que finalmente fueron reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo entero y plasmados en las Constituciones de cada país y también en los Tratados Internacionales, y que los Estados del mundo están obligados a reconocer y a respetar hoy por hoy.

Es evidente entonces que la materia tributaria y aduanera no escapa de la aplicación de estos derechos de los ciudadanos contribuyentes por lo cual se reconoce que dentro del catálogo de derechos encontraremos: derechos humanos del contribuyente (derechos individuales aislados), derechos sociales, derechos procesales, derechos políticos, derechos

económicos, derechos prestacionales, derechos internacionales, derechos frente al poder de imposición (principios formales de imposición y principios materiales o de justicia de imposición), entre otros.

Con fundamento en estas normas el ciudadano-contribuyente goza de los derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos aunque no estén previsto expresamente en la CRBV, lo cual configura una *numerus apertus* de derechos y de garantías.

Estos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela (que sean normas *ius cogens*) tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno pero, sólo en cuanto establezcan normas sobre el goce y ejercicio más favorable a las establecidas en la CRBV y las leyes de la República. Se trata pues de la aplicación del principio de la preeminencia en la protección internacional de los derechos humanos, es decir, con rango supraconstitucional. (Subrayado nuestro).

También, se encontró que el derecho al debido proceso como logro del due process of law o principio del contradictorio a través de la historia, no solo es aplicable a la vía judicial sino también se aplica para el procedimiento administrativo, como logro de la evolución del Derecho y la Humanidad, y así bien lo reconoce el texto de la CRBV en su artículo 49.

Se suma la obligación de dar protección jurisdiccional a los ciudadanos y a estos el derecho de exigirla para la resolución de los conflictos jurídicos en que se vean envueltos.

Es decir que la misma manera en que existen derechos deben existir garantías que hagan efectivos estos. Por ello, en la mayoría de las legislaciones podremos conseguir dichas garantías y entre ellas la más importante, la **tutela judicial efectiva** que es no solo reconocida por los Tratados Internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica, sino también por Venezuela en su Carta Magna en su artículo 26.

Con respecto a la regla del paga y después reclama, se concluyó de dicha investigación que la regla del “**solve et repete**” aplicable en las aduanas de Venezuela de acuerdo al artículo 133 de la LOA es inconstitucional cuando excluye del ejercicio del derecho de acceder a la justicia, mediante una exigencia que puede resultar muchas veces desproporcionada y arbitraria, vulnerando principios constitucionales fundamentales como es el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva de la que se privaría al contribuyente. Y así lo ha reconocido jurisprudencia abundante a nivel internacional, que hasta en el país de su nacimiento, Italia, fue declarada de esta manera. En efecto la jurisprudencia patria en la misma manera lo reconoce, sin embargo, esta norma no ha sido declarada nula lo que la hace válida y vigente dentro del ordenamiento jurídico venezolano, pues hasta ahora solo se ha desaplicado por control difuso de la constitucionalidad dejando latente este problema al universo de contribuyentes.

En **cuatro lugar**, y a manera de resumen final, en Venezuela existe un desconocimiento por parte del legislador de la materia administrativa y la materia tributaria en la Ley Orgánica de Aduanas que causa un desorden legislativo causando confusión a la hora de aplicar las leyes, entre la materia administrativa y tributaria en la normativa de la legislación de Aduanas (LOA) y el Código Orgánico Tributario (aplicable también en Aduanas según su artículo 1º), que también involucra a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos generando casos de colisión o concurrencia de normas entre estas leyes orgánicas según sea el caso, que le corresponde a los tribunales de justicia determinar en cada caso en concreto, y que muchas veces causa problemas de indefensión a los particulares o contribuyentes aduaneros a la hora de establecer la resolución de un conflicto con la Administración Aduanera como se ha visto en el desarrollo de las decisiones jurisprudenciales estudiadas.

Dadas las conclusiones que anteceden se llega a las siguientes recomendaciones para dejar esta investigación con un prisma de soluciones posibles y así darle mayor fuerza a lo encontrado:

**Primera recomendación**, se debe establecer de una vez por todas la solución a este problema que genera una situación de inseguridad jurídica y de atropello al contribuyente. Todo lo cual sugiere que en la creación de un Código Orgánico Aduanero que esta a la víspera, debido a que debe hacerse una adecuación al nuevo orden constitucional de todo el ordenamiento

jurídico, se le dé el tratamiento adecuado a la materia administrativa y a la materia tributaria, inclusive eliminándose esta parte de los recursos y dejando que la LOPA y el COT sean las leyes adecuadas para regular lo propio; así como alguna vez lo sugirió el extinto Congreso de la Republica de Venezuela a través de su cámara del senado cuando se realizaban las discusiones para la creación de una nueva Ley Orgánica de Aduanas en 1998, según el diario de debates en la cronología del proyecto desde 1995 y que finalmente fue aprobada por Decreto Ley Nro.2990 bajo Ley Habilitante por el Ejecutivo Nacional en fecha 05-11-1998 y publicado en Gaceta Oficial Nro.36.575, pues el Poder Legislativo Nacional como legislador originario y natural nunca la pudo aprobar.

Como **segunda recomendación**, elevar Recurso de Interpretación ante el Tribunal Supremo de Justicia según el artículo 266 ordinal 6, y mas específicamente a la Sala Constitucional acorde al artículo 336 ordinal 8 para resolver las colisiones que existe entre la LOA y el COT, y la LOA y la LOPA respectivamente y determinar cual de ellas debe prevalecer en el caso de la materia tributaria y cual de ellas en la materia administrativa, y generar así la seguridad jurídica tanto deseada para mejorar el entorno jurídico que da fortaleza a la economía y atrae las inversiones.

En **tercera recomendación**, elevar un Recurso de Nulidad a la Sala Constitucional del TSJ del artículo 133 de la LOA que contiene el solve et

repete, ya declarado inconstitucional en instancias Internacionales, y que en nuestra nación se ha desaplicado por control difuso. Sin embargo, al declarar la nulidad de esta norma por control concentrado según el artículo 334 y 336 ordinal 3 de la CRBV (ya que es un Decreto Ley) se lograría mantener incólume la supremacía de la Constitución según el artículo 335 ejusdem.

Por ultimo y como **cuarta recomendación**, se quiere dejar en claro que no se pretende hacer un análisis a la luz de las circunstancias que estén vigentes para el momento de revisión de este trabajo por parte del jurado, pues una vez entrada en vigencia la totalidad de la Reforma del Código Orgánico Tributario ( ya que tiene una vacatio legis muy especial en sus disposiciones transitorias y finales) publicada en fecha 17 de Octubre del 2001 y prevista como mandato en la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución Nacional de 1999, algunas condiciones jurídicas cambiaran, para lo cual en ese entonces se harán las consideraciones necesarias para adaptar esta investigación al nuevo esquema jurídico en un futuro próximo para maximizar el grado de especialista a obtener con la culminación de esta etapa académica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acosta-Hoenicka, Oswaldo. (1998) **La motivación de los actos administrativos en materia tributaria en la doctrina de los tribunales de Instancia, de la Sala Político Administrativa y Especial Tributaria de la Corte Suprema de Justicia.** Caracas: Revista UCV Nro. 106.

Alfonso, I. (1995). **Técnicas de Investigación Bibliográfica.**(7ª.Ed.) Caracas: Contexto Editores.

Andreozzi, M. (1951). **Derecho Tributario Argentino** (Vol. 2). Buenos Aires: Tea.

Araujo Juárez, José (1.989). **Derecho Administrativo Formal**. Caracas: Vadell Hermanos.

Arias, F. (1997). **El Proyecto de Investigación**. Guía para su elaboración. (2ª. ed.). Caracas: Episteme.

Arvelo Villamizar, Roquefélix (2000). **El Estatuto del Contribuyente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999**. Caracas: Paredes Editores.

Asuaje Sequera, Carlos (1.997) **Derecho Aduanero**. Caracas: Imprenta Nacional.

Ataliba, G. (1989, Septiembre). **Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recae Sobre el Sujeto Contribuyente**. Ponencia Presentada en la XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Buenos Aires.

Basaldua, Ricardo Xavier (1992). **Derecho Aduanero**. Parte General. Sujetos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Bidart Campos, G. (1980). **Manual de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: Ediar.

Bielsa, R. (1952). **Derecho Fiscal**. Buenos Aires: Depalma.

Blanco-Uribe, Alberto. (1997). **Las Pruebas en el Procedimiento Administrativo Tributario**. Caracas: Ediciones Funeda.

Brewer- Carías, A. (1982). **El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Caracas: Jurídica Venezolana

Brewer- Carías, A. (2000). **La Constitución de 1999**. Caracas: Arte.

- Brewer-Carias, A. (1976). **Les Garanties Constitutionnelles Des Droits de L'Homme dans les pays de L'Amérique Latine**. Francia: Droit.
- Bulit Goñi, E. (1994). **El Programa Constitucional como Directiva para el Legislador y como Límite para el Ejercicio del Poder Tributario**. En H. García Belsunce (Comp.) Estudios de Derecho Constitucional Tributario (Pg. 41-75). Buenos Aires: Depalma.
- Caicedo G, Luis A. (1999). **Derecho Administrativo**. (Vol. I y II). Caracas: Signocrom Impresos.
- Canova G. A (1999). **Tutela Judicial efectiva en el Contencioso Administrativo y Sala Constitucional**. Revista de Derecho Administrativo Nº 7. Caracas. P. 15-61. Editorial Sherwood 1999.
- Carmona Borjas, Juan Cristóbal (1.999). **Los Decretos Leyes como Instrumento de Adopción de Medidas Tributarias**. Libro Homenaje a “ José Andrés Octavio”. Caracas: Funeda
- Casás, J. (1992). **Presión Fiscal e Inconstitucionalidad**. Buenos Aires: Depalma.
- Código Civil. (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Nº 2.990**, (Extraordinario), Julio 26, 1982.
- Código Orgánico Tributario. (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Nro. 2.992** (Extraordinario), Agosto 3 de 1982.
- Código Orgánico Tributario. (1994). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Nro. 4.727** (Extraordinario), Mayo 27 de 1994.
- Combellas, Ricardo. (1982). **Estado de Derecho. Crisis y Renovación**. Caracas: Jurídica Venezolana.

Constitución. (1961). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 662** (Extraordinario), Enero 23, 1961.

Constitución. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 36.860**, Diciembre 30, 1999.

Cortázar, J. (1983). **Elementos e Importancia de un Plan de Investigación.** En A. Aroca Pellico (Comp.) Método de Investigación I. (Pp. 15-31). Caracas: Imprenta Universitaria. U.C.V.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1.999), 99-22272, Noviembre 4 de 1.999

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2.000), 00-22733, Febrero 22 de 2.000

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil (1987), 956-87, Octubre 28 de 1987.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil (1992), 92-020, Marzo 26 de 1992.

Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa (1990), 5756, Octubre 14 de 1990.

Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa (1993), 8741, Noviembre 24 de 1993.

Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa (1999), 13381, Marzo 4 de 1999.

Corti, H. (1997). **Derecho Financiero.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fajardo H., Ángel. (1989). **Cuestionario de la Constitución de la Republica de Venezuela** (7<sup>a</sup>. ed.). Caracas: Lex.

Fauré, Christine. (1995). **Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789**. México: Éditions Payot.

Ferreiro, J. (1997). **Curso de Derecho Financiero Español** (19<sup>a</sup>. ed.). Madrid: Marcial Pons.

Fraga Pitaluga, Luis (1.997). **Los Recursos Tributarios. El Efecto Suspensivo y las Medidas Cautelares**. Caracas: Funeda

Fraga Pitaluga, Luis (1.998). **La Defensa del Contribuyente frente a la Administración Tributaria**. Caracas: Funeda

García Belsunce, H. (1984). **Garantías Constitucionales**. Buenos Aires: Depalma.

García Maynes, Eduardo (1967). **Introducción al Estudio del Derecho**. México: Editorial Porrúa S.A.

García Pelayo, Manuel (1.951). **Derecho Constitucional**. Madrid: Jurídica Universitaria.

González Carrizales, Manuel A.(1989). **Compendio de las legislaciones financiera y aduanera venezolanas**. Caracas: Marga Editores.

Hernández Berenguel, L., y Vidal Henderson, E. (1989, Septiembre). **Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Reaen Sobre el Sujeto Contribuyente**. Ponencia Presentada en la XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Buenos Aires.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (1998). **Metodología de la Investigación** (2ª. ed.). México: McGraw – Hill.

Hoyos, Arturo. (1998). **El Debido Proceso**. Bogotá: Editorial temis.

Iribarren, Henrique (2000). **La Noción de República en Francia y Venezuela**. Ponencia presentada en la IV Congreso de Derecho Constitucional. Caracas: Ponencias UCAB.

Jarach, D. (1980). **Curso de Derecho Tributario** (3ª ed.). Buenos Aires: Cima.

Lares Martínez, Eloy (1986). **Manual de Derecho Administrativo** (6ª. ed). Caracas: Litopar.

Ley Orgánica de Aduanas (1978). **Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela**, 2314 (Extraordinario), Agosto 24 de 1978.

Ley Orgánica de Aduanas (1998). **Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela**, 36575, Noviembre 5 de 1998.

Ley Orgánica de Aduanas (1999). Reforma. **Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela**, 5353 (Extraordinario), Mayo 25 de 1999.

Leal Wilhelm, Salvador (1994). **Manual de Derecho Administrativo**. Maracaibo: Astro Data.

Linares Quintana, S. (1951). **El Poder Impositivo y la Libertad Individual**. Buenos Aires: Alfa.

Marín Arias, M. (1989, Septiembre). **Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recaen Sobre el Sujeto Contribuyente**. Ponencia Presentada en la XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Buenos Aires.

- Martin, J., Lozano, C., Casado, G. y Tejerizo, J. (1996). **Curso de Derecho Financiero y Tributario** (7ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Octavio, José Andrés. (1998). **Comentarios Analítico al Código Orgánico Tributario**. Caracas: Jurídica Venezolana.
- ONG. (2000). **Derechos Humanos y Justicia. El aporte de las ONG a la Asamblea Nacional Constituyente**. Caracas: CDB Publicaciones.
- Perdomo, R. (1988). **Metodología Pragmática de la Investigación. Con Aplicaciones en las Ciencias Jurídicas**. Mérida: Consejo de Publicaciones ULA.
- Pérez de Ayala, J., y González, E. (1991). **Curso de Derecho Tributario** (6ª ed., Vol. 1). Madrid: Derecho Reunidas.
- Pérez Royo, F. (1996). **Curso de derecho Constitucional**. (3ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Pi Llorens, Monserrat.(1999). **Los derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario**. España: Editorial Ariel.
- Ramírez Van der Velde, Alejandro., y otros. (2000). **Análisis del Régimen Tributario en la Nueva Constitución**. Caracas: Ediciones Torres, Plaz y Araujo.
- Rodríguez Bereijo, A. (1998). **Jurisprudencia Constitucional y Principios de la Imposición. En P. Yebra (Comp.). Garantías Constitucionales del Contribuyente**. (Pp 127-180). Valencia, España: Tirant lo billanch.
- Rodríguez Lobato, Raúl. (1997). **Derecho Fiscal**. (2º ed.). Mexico: Harla.

Ruan Santos, G. (1998, Marzo). **Nueva Dimensión del Derecho Tributario por Aplicación Directa de la Constitución. Aspectos Sustantivos y Adjetivos. Ponencia Presentada en el Seminario Sobre la Administración Tributaria y los Derechos de los Contribuyentes.** Caracas.

Ruan Santos, G. (1999). **El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo.Limites de su alcance.** Libro Homenaje a José Andrés Octavio. Caracas: AVDT.

Sabino, C. (1979). **El Proceso de Investigación.** Buenos Aires: El Cid.

Sainz, F. (1993). **Lecciones de Derecho Financiero.** (10ª ed.). Madrid: Universidad Complutense.

Sánchez, B., y Guarisma, J. (s/f). **Métodos de Investigación.** Caracas: UBA.

Sánchez C, Joaquín. (1976). **Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa.** Caracas: Ediciones de la Contraloría General de la República.

Seniat (1.997). **Doctrina Tributaria Nro.4.** Caracas: Seniat

Shapiro, Martin. (1968). **The Supreme Court and Administrative Agencies.** New York: The Free Press.

Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte (1992), Junio 8 de 1992.

Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario, (2000), Noviembre de 2000.

Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario (2000), 1.434. Junio 9 de 2000.

Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario (1994), 631, Octubre 13 de 1994.

Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario (1994), 821, Octubre 26 de 1994.

Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario (2000), 1412, Marzo 3 de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (2000), 0429, Agosto 10 del 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (2000), 16.150, Marzo 25 de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (2000), 15021, Enero 20 de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2000), 00-0081, Marzo 2 de 2000.

Troya Jaramillo, J. (1984). **Estudios de Derecho Tributario**. Quito: Nacional.

Universidad Católica Andrés Bello. (1997). **Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para Optar al Título de especialista**. Caracas: Impresos U.C.A.B.

Valdés Costa, R. (1992). **Instituciones de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Depalma.

Valdés, N., y Villanustre, H. (1989, Septiembre). **Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que**

**Recaen Sobre el Sujeto Contribuyente.** Ponencia Presentada en la XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Buenos Aires.

Villegas, H. (1994). **El Principio Constitucional de no Confiscatoriedad en Materia Tributaria.** En H. García Belsunce (comp.). Estudios de Derecho Constitucional Tributario. (Pp. 217-269). Buenos Aires: Depalma.

Zornoza Pérez, Juan J. (1992). **El Sistema de Infracciones y Sanciones Tributarias (Los Principios Constitucionales del Derecho Sancionador).** Madrid: Civitas.