



UCAB

Universidad
Católica
Andrés Bello

Caracas
Venezuela

Revista
de la
Facultad
de
Derecho
Nº 60-61





Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

Revista de la Facultad
de Derecho
2005-2006 / N° 60-61



Facultad de Derecho
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2009

Revista de la Facultad de Derecho N° 60-61

Director Alberto Baumeister Toledo
Asistente de Dirección Liliana Fasciani M.
Caracas, 2005-2006
ISSN: 0255-5328

©Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones
Escuela de Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas
Urb. Montalbán
Apartado 20.332
Caracas 1020 - Venezuela

Consejo Editorial

Jesús María Casal, hijo

Decano de la Facultad de Derecho

Emilio Píriz Pérez

Director de Publicaciones UCAB

Alfredo Parés Salas

Director de la Escuela de Derecho

María Gracia Morais de Guerrero

Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Magaly Vásquez González

Directora de Postgrado

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Por los Egresados y Apoyo Logístico Exterior

Ninoska Rodríguez

Por la Facultad de Derecho

Andrés Carrasquero

Por la Facultad de Derecho

Emilio Urbina

Asesoría Técnica - Control, metodológica e indización

Jesús María Alvarado

Apoyo captación autores externos

Consejo de Redacción

Salvador Yanuzzi

José Antonio Muci

Miguel Mónaco (UCAB)

Benjamín Klar

Carlos Ayala

Andrés Mezgravis

José Vicente Haro



Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN

Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO. FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS

Impreso por: EDITORIAL TEXTO



INDICE

<i>Editorial</i> por Emilio J. Urbina Mendoza	7
Sección de Doctrina	
NACIONAL	
Constitucional	
<i>La inconstitucionalidad de la Ley</i> por Antonio Canova González	11
<i>La defensa de los derechos constitucionales frente a las vías de hecho: razones a favor del mantenimiento –provisional– en Venezuela del amparo constitucional en contra las vías de hecho de la Administración pública</i> por Luis Alfonso Herrera Orellana	39
Contencioso-administrativo	
<i>Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y Control Judicial Contencioso-Administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)</i> por Allan Brewer-Carías	63
Organización administrativa	
<i>Justificación y límites de la aplicación del Derecho administrativo a la Administración pública. Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela</i> por Karina Anzola Spadaro	113

<i>Las nuevas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública y sus implicaciones organizativas y de funcionamiento en la Administración pública venezolana</i> por María Concepción Mulino.....	183
Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Ética jurídica <i>¿Publicización del Derecho Privado? Notas para una reivindicación del Derecho Privado ante el desbordamiento actual del Derecho Público en Venezuela</i> por Andrea Rondón García.....	201
<i>Análisis sobre el acrecentamiento de la Administración central del Estado venezolano (Consideraciones especiales sobre la transformación y el aumento en la “Administrativización” de la sociedad 1999-2009)</i> por Jesús María Alvarado Andrade	209
<i>Apuntes para una ética de la investigación del Derecho en la era digital</i> por Emilio J. Urbina Mendoza	261
Doctrina extranjera <i>El principio de la legalidad de la Administración</i> por Manuel Rebollo Puig	279
<i>Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en España</i> por Ricardo Rivero Ortega.....	315
<i>El procesal arbitral en el ámbito de la Junta Arbitral de consumo de Barcelona</i> por Jordi Nieva Fenoll.....	339
<i>Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración</i> por Ricardo Alonso García)	373
<i>Secularización y Universidad</i> por Luis Gordillo Pérez.....	419
<i>Índice acumulado de la Revista de la Facultad de Derecho UCAB (1965-2006)</i>	429

Editorial

En septiembre 1996, al arribar la Revista a sus primeros cincuenta números, el profesor Alberto Baumeister recién designado Director de la misma, hacía un recuento de los pretéritos que fueron construyendo esta casa de la palabra jurídica ucabista. En esa oportunidad se resumía el esfuerzo de medio centenar de volúmenes gracias a tres puntos de soporte que hicieron de nuestra publicación periódica un ejemplo a seguir en la hemerografía científico-jurídica del país. Primero, el trabajo tesonero del Dr. Fernando Parra Aranguren, quien, desde 1965, sostuvo un esfuerzo fructífero haciendo del reto académico una línea vivencial de las cuales bebieron generaciones de profesores, estudiantes y estudiosos del Derecho. Segundo, la consolidación del compromiso adquirido por viejas firmas de articulistas en la revista y la llegada progresiva de nuevas promesas en la investigación jurídica, terminaron por construir una veta certera de colaboradores de la más elevada calidad académica. Tercero, la presencia innegable del entonces Centro de Investigaciones Jurídicas UCAB (ahora Instituto) y los programas de postgrado en Derecho, acrisolaron la tarea de la investigación ucabista más allá de las fronteras físicas de la sede en Montalbán, enriqueciendo el acervo hasta dimensiones insospechadas por aquellos que visualizaron el horizonte desde los tiempos de la esquina de Jesuitas. Como bien fue expuesto en la editorial pasada, la Revista ha sido una clara expresión de la gran amplitud y generoso espíritu de nuestra Universidad¹.

1 BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. "Editorial". En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, n° 59 (2004), p. 7.

Estas tres premisas allanaron el camino para labrar “una buena Revista, digna de nuestra UCAB”², tal y como hizo saber su Director en la editorial citada y que hoy por hoy puede considerarse la Carta de Navegación actualizada. En este nuevo día, ya cerrando la primera década del siglo XXI, la Dirección de la Revista y la comunidad jurídica de la UCAB celebra el advenimiento de su sexagésimo número y el cuadragésimo año de su nacimiento. Dos guarismos que implican para cualquier institución académica, responsabilidad, constancia y su peculiar *joie de vivre*.

Sin embargo, también el profesor Baumeister, no sólo develó el “secreto” que ha acompañado a la Revista en sus caminos de sabores, sino, que era ético elucidar las turbulencias, tonalidades oscuras y sinsabores que compite con lo bueno para apagar cualquier iniciativa editorial. En primer término, la <<inconsecuencia>> con la cultura y el compromiso científico, que durante la última década del siglo XX significó un flagelo, hoy asumen niveles más alarmantes ante una sociedad y su Derecho congelados en esta procesión de arbitrariedades que trajo consigo vocablos extremos forjados bajo el nominativo siempre sospechoso de la “revolución”. En segundo lugar, el <<desapego>> de una cantidad considerable de egresados y estudiantes que no logran conciliar su formación con la necesidad constante de requerir, usar y colaborar con este vocero autorizado de la academia venezolana. Así, inconsecuencia y desapego se visualizaron como enemigos futurables –y actuales– de esta empresa editorial que nació como un Homenaje especial a Don Andrés Bello y el cierre de la primera etapa de la Facultad de Derecho UCAB³.

Como se ha venido procurando desde los últimos cinco números anteriores, en esta oportunidad hemos decidido publicar exclusivamente trabajos, previo arbitraje, que perfectamente cincelan la realidad de los últimos dos lustros tanto en Venezuela como a nivel global. No se ha incluido en este número aniversario las secciones especiales de noticias de la Facultad.

Dentro de ese acontecer marcado por fuertes procesos de modificaciones sustanciales al discurso jurídico, muchas veces acomodaticio, a esquemas y categorías de otra naturaleza que para nada responden a los fines del Derecho; inicia la sección de Doctrina Nacional, un artículo del

2 BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. “Editorial”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, n° 50 (1996), p. 7.

3 AGUILAR GORRONDONA, José Luis. “Presentación”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, n° 1 (1965), pp. 7.

profesor Antonio Canova González donde se reflexiona sobre las nuevas maneras de entender el vocablo “inconstitucionalidad de la ley”. Seguidamente, Luis Herrera Orellana nos ilustra sobre un particular que ha sido práctica casi constante de las administraciones públicas en nuestro país. El mismo se intitula “La defensa de los derechos constitucionales frente a las vías de hecho: razones a favor del mantenimiento –provisional– en Venezuela del amparo constitucional en contra de las vías de hecho de la Administración pública”.

Una de las novedades que trae este número aniversario, son las reflexiones que el profesor Allan R. Brewer-Carías –colaborador en los primeros números– nos colaciona frente al problema siempre actual del contencioso-administrativo y el control judicial de la Administración. En esta oportunidad formula una detallada comparación entre la reforma constitucional de la Constituyente venezolana de 1999 frente a la tentativa de la Presidencia de la República de Honduras de hacerlo en 2009.

Por otra parte, dos de las nuevas firmas académicas nos colaboran también. En primer término, la profesora Karina Anzola Spandaro con un trabajo intitulado “Justificación y límites de la aplicación del Derecho administrativo a la Administración pública. Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela”. Con motivo a la polémica generada durante el año 2008, específicamente por los Decretos con rango y valor de ley promulgados por el Ejecutivo Nacional en uso de la Ley Habilitante, María Conchita Mulino, escruta los pormenores del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de la Administración pública y sus implicaciones organizativas y de funcionamiento de la Administración pública.

El capítulo de doctrina nacional sobre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Ética Jurídica, lo apertura las reflexiones de la profesora Andrea Rondón García con un artículo siempre actual “¿Publicización del Derecho privado? Notas para una reivindicación del Derecho privado ante el desbordamiento actual del Derecho Público en Venezuela”. A texto seguido, el profesor Jesús María Alvarado Andrade, diserta una de las temáticas más controversiales en todo el país, como es el “Análisis sobre el acrecentamiento de la Administración central del Estado venezolano (Consideraciones especiales sobre la transformación y el aumento en la <<Administrativización>> de la sociedad 1999-2009)”. Cierra esta sección de doctrina nacional, el trabajo del profesor Emilio J. Urbina Mendoza, que lleva por título “Apuntes para una ética de la investigación del Derecho en la era digital”.

En la sección de doctrina extranjera cinco trabajos ocupan este sitio dentro del contexto venezolano que exige cada vez mayor acercamiento a las líneas institucionales de este mundo cada vez más globalizado. Inicia el reconocido profesor español Manuel Rebollo Puig con el texto “El principio de la legalidad de la Administración”. Prosigue Ricardo Rivero Ortega y su trabajo “Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en España”. Luego, Jordi Nieva Fenoll nos ilustra con sus reflexiones acerca de “El proceso arbitral en el ámbito de la Junta Arbitral de consumo de Barcelona (España)”. Continúa en la línea argumental que ha alimentado este número con trabajos extranjeros, el análisis de Ricardo Alonso García: “Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración”. Finalmente, el profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Deusto, Luis Gordillo Pérez, nos introduce en una reflexión necesaria para todos aquellos que hacemos de la vida universitaria un quehacer cotidiano en sus transformaciones. Su trabajo se titula “Secularización y Universidad”.

Como parte indispensable de este número, hemos incluido un índice acumulado de los autores y sus trabajos publicados en la Revista desde el número 1 (1965) hasta el presente. En estos 40 años, nuestra Revista ha contado con la capacidad científica de 280 firmas traducidas en 501 artículos para ser exactos.

Una nota especial de agradecimiento para que este número saliera a la luz pública, al profesor Jesús María Alvarado Andrade, así como, de los nuevos miembros del Consejo Editorial que desde 2006 conforman la arquitectura institucional de la Revista. Las modificaciones al mismo se hacen con miras a la indexación en los más prestigiosos índices internacionales.

Lamentamos mucho el retraso de este número, producto de los cambios institucionales en los cuales el contexto actual obliga a pulsar a toda la comunidad ucabista. Ahora, el tiempo de espera ha sido superado y nuevamente reaparecemos en esta fecha especial para la UCAB y su ya consolidada tradición editorial. Parafraseando a Ganivet, este número 60-61 de la Revista corresponderá a las sucesivas edades de la mente humana, como prolongación de la etapa áurea que ha marcado el compás ucabista en los últimos años.

Emilio J. Urbina Mendoza
Asistente de Control, metodología e indización

La inconstitucionalidad de la ley*

Antonio Canova González**

1.- INTRODUCCIÓN

Afrontar el tema de la inconstitucionalidad de la ley debe partir necesariamente de la condición de supremacía jurídica de la Constitución; vale decir, del entendimiento de la Constitución como norma superior y jurídica, como “norma normarun”, según apunta GARCÍA DE ENTERRÍA¹.

La carencia en la Constitución de este atributo de supremacía jurídica, que suele llamarse más técnicamente “supralegalidad”, dejaría incólume cualquier trasgresión que pudiera sufrir aquélla por parte de

* Texto de la conferencia impartida en las IV Jornadas de Derecho Público de la Universidad Monteávila, “Nuevas tendencias del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela”, celebrada los días 6 y 7 de mayo de 2004, en Caracas.

** Profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid: Civitas, 1994, 264 p. 49-61. En esta idea insiste el profesor español en un trabajo posterior: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El valor normativo de la Constitución española de 1978”. /En/ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (et al.). “Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo”. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2000, p. 67-68.

otras normas posteriores. Éstas, al regular de modo diferente e incompatible la materia fijada previamente en la Constitución, sin aquélla condición, pasarían a lucir enseguida y hacia delante la etiqueta de normas constitucionales, que a todo evento se mantendría mientras perdure su vigencia, es decir, en tanto no sea modificada, más bien derogada, por una norma subsiguiente².

El carácter de norma jurídica superior de la Constitución, pues, es imprescindible para que opere un sistema jurisdiccional de control; de control jurídico, valga insistir.

De hecho, sin justicia constitucional no sería posible hablar propiamente de una Constitución superior y jurídica. Así lo evidencia la historia europea, en concreto en cuanto a los inicios del Derecho Constitucional³. De donde surge que cualquier texto con vocación jurídica, sin mecanismos de control jurisdiccional, apenas tendría potencia en el ámbito político y serviría, a lo sumo, para respaldar alguna clase de censura pública, nunca un tipo de control jurisdiccional, propiamente tal⁴.

2 Es lo que se conoce, en doctrina, como constituciones flexibles. Clasificación que se debe en gran medida a BRYCE, James. "Constituciones flexibles y constituciones rígidas". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 133 p. Inglaterra es el tópico en cuanto a constituciones flexibles, aunque ello no deja de resultar extraño cuando las normas fundamentales del Reino tienen una tradición larguísima y ocurren allí menos cambios que en otros tantos países que poseen supuestamente constituciones reforzadas. Sobre el Derecho Constitucional inglés véase: GARCÍA PELAYO, Manuel. "Derecho constitucional comparado". /En/ "Obras completas". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, v. 1, p. 344 y s. ALDER, John. "Constitutional and administrative law" (3^o ed.). Hampshire: MacMillan Press, 1999, 470 p.

3 Cfr. BLANCO VALDÉS, Roberto. "El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal". Madrid: Alianza Editorial, 1998, 383 p.

4 ARAGÓN ensaya una distinción entre "supremacía" y "supralegalidad" constitucional, aunque reconoce que normalmente se toman como sinónimos. A la primera le da una significación política; a la segunda, jurídica. Textualmente explica: "La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La supralegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad. Pero esa inclinación se presenta como irresistible (salvo muy raras excepciones) en las Constituciones

Hablar de justicia constitucional supone, por consiguiente, reconocer (acaso, conferir) las características de superioridad y juridicidad a las normas constitucionales.

Sentado lo anterior, no puede quedar duda de la importancia del tema que nos ocupa. Verificar la inconstitucionalidad de las leyes, y su determinación por algún o todos los tribunales, es tanto como reconocer el carácter de norma jurídica superior a la Constitución; en pocas palabras, la existencia, en un país, de una verdadera Constitución.

Tan crucial tema es posible estudiar de dos maneras diferentes. Podría enfocarse el problema de la inconstitucionalidad de la ley desde una perspectiva formal, deteniéndonos en la enumeración y descripción de los procesos previstos en los diferentes ordenamientos para expulsar o suprimir las leyes inconstitucionales. Pero también podría enfocarse tal problema desde una perspectiva material, a saber, haciendo énfasis en la parte sustancial o de fondo, en una doctrina sobre la inconstitucionalidad de las leyes.

Como es sencillo entender, mientras el primer enfoque (muy común entre los autores venezolanos) es accidental y dependiente del ordenamiento jurídico y procesal de cada país; el segundo atiende más a una explicación integral y general, que tendría la vocación de perdurable y universal.

En esta oportunidad me voy a arriesgar con la segunda orientación, aunque pretenda explicar, acaso demostrar, su vocación como teoría general con alusiones a los diferentes sistemas o modelos comparados de justicia constitucional. Por último, a título de conclusiones, haré unas

auténticas, es decir, en aquéllas que así, en sentido estricto, deben ser calificadas, pues, en tales Constituciones, la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra sólo puede operar (o si se quiere, sólo puede hacerse real y efectiva) a través de la suprallegalidad". ARAGÓN REYES, Manuel. "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional". /En/ ARAGÓN REYES, Manuel. "Estudios de Derecho Constitucional". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 99. OTTO PARDO, Ignacio de. "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional". /En/ DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO. "El Tribunal Constitucional (Jornadas de estudio sobre el Tribunal Constitucional desarrolladas durante los días 26 al 30 de mayo de 1980)". Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, v. 3, p. 1940-1944.

someras referencias a la inconstitucionalidad de la ley en el Derecho venezolano y a los principales problemas sobre el tema en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

2.- DIFERENCIA ENTRE “DISPOSICIÓN” O “ENUNCIADO DE LA LEY” Y “NORMA”

Para iniciar el estudio de la inconstitucionalidad de las leyes desde una perspectiva material o sustantiva, con vocación de teoría general, es indispensable hacer unas precisiones elementales previas.

A la primera, por su obviedad, pareciera ser innecesario dedicar muchos esfuerzos. Se trata de demostrar que una cosa es el “enunciado de la ley” (también denominada “disposición”), y otra, diferente, es la “norma” (llamado “mandato”, “regla”) que se construye a partir de aquél⁵.

Es evidente que una misma “disposición”, un mismo “enunciado legal”, puede servir para la elaboración a partir de él de diferentes “normas”. Los operadores jurídicos, y entre ellos los jueces, caen inevitablemente en la necesidad de interpretar el significado abstracto del “enunciado legal” y extraer, de allí, las “normas” que aplicarán a los asuntos o procesos de los cuales conozcan.

Las modalidades por todos conocidas y clásicas en el Derecho, de realizar de un mismo artículo o “disposición” interpretaciones extensivas

5 Quizá sea recomendable transcribir un párrafo del libro de DÍAZ REVORIO, F.Javier. “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas”. Valladolid: Lex Nova, S.A., 2001, p. 36, quien utiliza textos de GUASTINI, CRISAFULLI, DE VERGOTTINI y EZQUIAGA GANUZAS. Textualmente: “Puede entenderse por “disposición” cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; “norma” será cualquier enunciado que constituye el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería por tanto el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, estos es, el resultado de su interpretación. Interpretar es, en efecto, atribuir significado o sentido a un texto normativo. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado.”. P. 35-36.

o restrictivas, son evidencia del contenido y alcance diferente (de las diversas “normas”) que el operador jurídico, frente a un determinado enunciado idéntico, puede obtener.

Esta distinción entre “enunciado legal” o “disposición”, por una parte, y “norma” o “mandato”, por la otra, ante su evidencia, es aceptada unánime y pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia, aquí y en cualquier parte del mundo. Por citar algunos ejemplos cercanos: la Corte Suprema norteamericana, el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional español (éste, ya en sus primeras sentencias, STC 11/1981, de 4 de abril, sostuvo: “se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta...”), y, en doctrina, RUBIO LLORENTE, CRISAFULLI, JIMÉNEZ CAMPO, ARAGÓN REYES, EZQUIAGAS GANUZAS, DÍAZ REVORIO.

La cuestión es que la posibilidad de extraer de un mismo “enunciado legal” diferentes “normas”, según sean las interpretaciones que de él se efectúen, conduce directamente a que la constitucionalidad o no de tales enunciados no sea una cuestión automática en todos los casos, ya que es posible que determinadas “disposiciones”, según sea la “norma” que se extraiga de ella, pueda entenderse incompatible o no con la Constitución. En otras y muy sencillas palabras, una o varias interpretaciones (“normas”) de alguna una misma ley (“disposición”), podrían entonces ser inconstitucionales, mientras que otra u otras, no. Esta conclusión, por su notoriedad, pareciera elemental.

3.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL “ENUNCIADO DE LEY” O DE LA “NORMA” QUE DE AQUÉLLA SE EXTRAE

Hecha la precisión anterior, es pertinente diferenciar seguidamente la manera y alcance como, teóricamente, una determinada ley podría resultar incompatible con la Constitución.

Cualquier artículo podría estar viciado, en una clasificación muy general, por razones de forma y procedimiento o por razones de fondo.

Cuando se da el primer supuesto de inconstitucionalidad por razones de forma, por ejemplo, al dictarse una ley por un órgano incompetente o sin atenerse al procedimiento establecido en la Constitución, tal “disposición” en su totalidad es absolutamente inconstitucional y resulta imposible

extraer de ella “norma” válida posible. La inconstitucionalidad, por estos vicios formales, es irremediable, es imposible de evitar.

Diferente es la situación que se presenta cuando los vicios de una ley son de fondo. Aquí el espectro de posibilidades es mucho mayor.

Hay ocasiones en que la disposición legal, por su vaguedad, por su trasgresión frontal a un enunciado material de la Constitución, es plena e irreversible inconstitucional. No hay opción alguna de extraer de dicho “enunciado legal” alguna “norma”, alguna interpretación, que en su contraste con la Constitución salga bien librada. Esto, que pareciera lo normal, en realidad no es algo tan usual, pues se trata realmente de casos extremos, de desconocimiento absoluto por el legislador de los mandatos constitucionales. Todo el que esté ligado a la justicia constitucional conoce esta peculiaridad.

En otras ocasiones, la más de las veces, las leyes no son inconstitucionales en todas sus posibles interpretaciones, sino solamente en algunas de ellas.

Hay “normas” que salen de una “disposición” que son incompatibles con la Constitución mientras que, otras, que incorporen alguna precisión o matización, quedarían incólumes al escrutinio de inconstitucionalidad. Caso muy común son las leyes que en su texto atendieron solamente a las situaciones normales y previsibles y que no hicieron la correspondiente salvedad de que en casos excepcionales o inusitados la consecuencia jurídica prevista resultaría indebida o perniciosa.

El que el legislador no pueda humanamente prever de antemano todas las circunstancias que puedan en determinado momento presentarse, que no pueda regular todos los casos, y en especial los excepcionales, conlleva a que este tipo de inconstitucionalidad “por no haber previsto...”, “en la parte en la que no prevé que...”, se observen bastante en la práctica y requiera de una respuesta del juez constitucional.

Como puede verse, la realidad expuesta muy someramente tiene repercusión directa en la actuación de los jueces, sean éstos ordinarios o especiales, pero con el poder de cuestionar la validez de las normas. Sea cual sea el método o técnica de control de constitucionalidad que se utilice en un país, los jueces, si están habilitados para juzgar la validez de las leyes, cuando se encuentran con una inconstitucional, actúan de modo similar.

4.- ACTUACIÓN DE LOS JUECES EN EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y CLASES DE SENTENCIAS

Para juzgar la validez de las leyes, los tribunales constitucionales especiales, originarios de Europa pero extendidos ya por todo el orbe, particularmente en Iberoamérica, conocen de procesos especiales de control de constitucionalidad, como son los recursos de inconstitucionalidad represivos o preventivos contra leyes, estén signados o no de acción popular, o la cuestión de constitucionalidad de las leyes.

Al analizar la actuación de estos tribunales especializados, y conforme con lo venía indicándose atrás, hay que diferenciar varias situaciones.

Por un lado, es posible que se topen con leyes inconstitucionales por cuestiones formales (a saber, por órganos incompetentes o por violación del procedimiento previsto para su emisión). En este caso, como es obvio, la consecuencia es que la ley inconstitucional (más en rigor, el “enunciado legal”) ha de ser suprimida del ordenamiento jurídico de manera general, irremediable y definitiva.

De esta manera, la declaración de inconstitucionalidad de la ley viene atada, tradicionalmente, con su supresión o anulación. Y ello es así desde la misma génesis de este modelo, pues no puede olvidarse que cuando KELSEN concibió su idea de la jurisdicción constitucional (plasmada en la Constitución austriaca de 1920⁶) tenía en sus manos una

6 La obra original del profesor vienés que sirve de mucho al explicar la fundamentación y el funcionamiento del modelo kelseniano está publicada en: KELSEN, Hans. *Revue du Droit et de la Science Politique et à l'étranger*, XXXV, 1928. Hay traducción al español: KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. /En/ “Escritos sobre la democracia y el socialismo” (Selección y presentación de Juan Ruiz Manero). Madrid: Debate, 1988, 344 p. También, y más recientemente, ha sido tal trabajo, con el mismo título, publicado en México, por la Universidad Nacional Autónoma de México, en 2001, 107 p. (Serie Ensayos Jurídicos N° 5), traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Esta edición está también disponible en Internet: “Instituto de Investigaciones Jurídicas-Biblioteca Jurídica Virtual”. Página de Internet; dirección URL: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31>. También puede verse mi trabajo: CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. “Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado: (2) Kelsen”. /En/ *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, enero-junio 2002.

Constitución organizativa y de procedimiento, que carecía de normas materiales o sustantivas, lo cual arrojaba que cualquier violación que sufriera aquélla (obviamente, siempre de carácter formal o procedimental) podía ser verificada en abstracto por el juez especializado, sin importar los casos a los cuales se aplicaría la ley viciada, por lo que habría ésta de ser anulada de manera definitiva, irremisible y general.

Sin embargo, cuando luego de la segunda guerra mundial cambia el concepto de Constitución y se incluyen en ella un grupo de normas materiales, a saber, derechos, principios, valores, que incluso pasan a tener el más alto nivel en la graduación del ordenamiento jurídico, tal relación pacífica entre inconstitucionalidad de la ley y su anulación queda fatalmente fracturada.

A partir de esta inclusión de normas materiales en la Constitución, por consiguiente, acaece entonces, por el otro lado, que los tribunales constitucionales comienzan encontrarse con leyes inconstitucionales, precisamente, por razones materiales.

Y esta inconstitucionalidad material tiene una peculiaridad importante. Es verdad que en ocasiones tal violación de algún derecho o principio constitucional es tan flagrante y directa que hace imposible extraer de la ley, o del “enunciado legal”, alguna “norma” que salve las inconsistencias. En tales casos la anulación o supresión definitiva de la ley (del enunciado legal”) viciada es inevitable. Pero ello no es común, como ya se anunció.

La mayoría de las veces la inconstitucionalidad material puede ser salvada con alguna interpretación de la ley en un sentido concreto o con alguna matización o precisión, es decir, sacando de ella alguna “norma” diferente a la original, pero posible.

En estas ocasiones, por respeto hacia el legislador, por evitar vacíos legales innecesarios que en ocasiones pueden ser bastante dañinos o para aminorar los riesgos a la seguridad jurídica, los tribunales constitucionales especializados, todos, se han visto en la necesidad de alejarse de la inicial relación entre la inconstitucionalidad de la ley y su anulación, acudiendo cuando se trata de leyes que aceptan algún tipo de lectura compatible con la Constitución a las llamadas “sentencias interpretativas de inconstitucionalidad”, a través de las cuales se defiende una o varias interpretaciones de la ley que puedan entenderse como apegadas a la

normativa superior o, más técnicamente, donde se rechazan, y suprimen del ordenamiento jurídico, una o varias interpretaciones posibles (“normas”) de la “disposición”, por ser incompatibles con la Constitución.

Ahora nadie pone en duda la existencia de estas sentencias interpretativas. Incluso no se ven ya, como al inicio, como una falla del sistema, sino más bien como una corrección, propia de la transición lenta, pero inevitable, hacia un modelo apto e idóneo para resguardar una Constitución que además de superior y jurídica, está plagada de normas materiales o sustantivas. Concepto de Constitución que, valga repetir, no era con el que trabajó KELSEN y que, por ende, no propiciaba (más aún, negaba) la existencia de esta categoría de sentencias.

El caso es que tales sentencias interpretativas de inconstitucionalidad pueden ser de diversa índole. Hay muchas clasificaciones que se han propuesto en doctrina, pero quizá sea suficiente con mencionar las siguientes.

Están las denominadas sentencias interpretativas simples, sean desestimatorias o estimatorias, que irrumpieron en la Corte Constitucional italiana, en la década de 1960. Mediante esas sentencias se declara que no será anulada la “disposición legal” impugnada (por lo que se desestima la pretensión de nulidad) en la medida en que se interprete tal disposición en el sentido que se indica como conforme a la Constitución o, en todo caso, a la inversa, que aquella ley es inconstitucional (y por ende la acción o recurso es estimado) en una determinada interpretación, es decir, en una de sus “normas”.

En esta misma categoría de sentencias interpretativas, se inscriben, también, las llamadas sentencias manipulativas, que tienen por denominador común que en ellas el tribunal constitucional manipula el enunciado legal a los efectos de mantenerlo vigente, en la “norma” fijada como conforme a la Constitución.

De entre estas sentencias manipulativas las más comunes son las denominadas sentencias aditivas y las sentencias reductoras. Por ellas, se declara la inconstitucionalidad de una “disposición”, en cuanto se deja de mencionar algo, de hacer una precisión o matización, que era necesario que se previera para que de tal disposición pueda extraerse una “norma” que resulte conforme a la Constitución; o en cuanto incluye o engloba en su texto a personas o situaciones indebidamente. Se reconoce la inconstitucionalidad del “enunciado legal” en su interpretación simple, literal, pero

no se le anula, sino que se le manipular, llenado la omisión o suprimiendo el exceso. De manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido o dar por eliminado aquello injustamente abarcado.

Asimismo, y si bien produciendo algo de escozor, están las sentencias sustitutivas, que se caracterizan por el hecho de que con ellas se declara la inconstitucionalidad parcial de una ley en la parte que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, los diversos tribunales constitucionales dictan una sentencia que se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la reconstruye, la “sustituye”, a través de la cual procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados⁷.

El caso es que, en Derecho Comparado, esta práctica de los tribunales constitucionales de dictar, frente a ciertas inconstitucionalidades, sentencias interpretativas es, ahora, con todo y el desconcierto inicial, fruto de la no previsión del fenómeno por KELSEN, bastante común. Pone en evidencia la complejidad y necesidad de matizaciones en la determinación de las diferentes formas y tipos de inconstitucionalidades que puede

7 Un buen ejemplo de una sentencia sustitutiva es la dictada en fecha 12 de febrero de 1969 por la Corte Constitucional italiana sobre el artículo 313.3 del Código Penal. También, una emanada de la misma Corte Constitucional italiana en fecha 6 de julio de 1989. F. Javier DÍAZ REVORIO explica ésta última muy sencillamente, del modo siguiente: “Otra sentencia sustitutiva que podemos comentar se refirió el precepto penal que castigaba al militar que rechazaba el servicio militar por motivos de conciencia, con una pena de dos a cuatro años. En contraste de este precepto con la Constitución de produce en la relación al principio de igualdad, ya que la sanción penal por el delito equiparable cometido por quien, faltando a la llamada, rechaza el mismo servicio militar sin motivo alguno o por motivo fútiles es de seis meses a dos años. La Corte declaró la ilegitimidad constitucional del precepto que castiga la negativa del militar a prestar el servicio por razones de conciencia “en la parte en que” determina la pena “en la medida mínima de dos años antes que seis meses, y en la medida máxima de cuatro años antes que dos años”. Es decir, la Corte sustituye la pena de dos a cuatro años, por la de seis meses a dos años.”. Ob. Cit., p. 153.

De más está decir que se intenta justificar esta actuación de los tribunales constitucionales, cuasilegislativa, en el hecho de que tal “manipulación” de la ley, sea en “adición” o “reducción”, ha de ser entendida como un “remedio obligado”, un imperativo de la Constitución. Es ésta la tesis, compartida por la mayoría, de CRISAFULLI.

adolecer un “enunciado legal”, cuando la Constitución contiene normas de contenido material⁸.

Esta circunstancia es evidencia, tanto de la validez de la distinción antes aludida entre “disposición” o “enunciado de ley”, y “norma” o “mandato”; como de que tales sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, todas ellas, son el resultado del juzgamiento de las “normas”, más que, como viene creyéndose, de las “disposiciones”.

Lo cierto es que, al comparar esta praxis con la actuación típica de los tribunales en el método difuso, se hace patente la similitud de actuación de cada uno y que, como viene insistiéndose, la inconstitucionalidad de la ley, a fin de cuentas, tiene un tronco común.

5.- ACTUACIÓN DE LOS JUECES EN EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y CLASES DE SENTENCIAS

El examen de la constitucionalidad de la ley como incidente en un proceso judicial, propio en los Estados Unidos de América, da una peculiaridad palpable a la actuación de los jueces; y sirve para entender mejor lo que viene describiéndose como común en los tribunales constitucionales especiales.

En este sistema de control incidental o difuso la apreciación que hace el juez sobre la validez o no de las leyes se lleva a cabo, en vez que sobre la “disposición”, en realidad, sobre la “norma” que de ella pre-

8 Hay un último grupo de sentencias de los tribunales constitucionales que suelen ubicarse dentro de la categoría de sentencias interpretativas, son las llamadas exhortativas (también, apelativas), pero es el caso que parecieran no poseer el denominador común a las anteriores. No son propias de todos los tribunales constitucionales, sino de algunos de ellos. En Alemania y Austria se observan con alguna frecuencia. Son aquellas sentencias en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, se opta solamente por declarar su mera incompatibilidad y exhortar o apelar al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que, considerando cuestiones de oportunidad y conveniencia, resulte necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado, y no sancionado. Como se verá, su justificación es muy débil, cuando no inexistente. Véase: AJA, Eliseo (ed.). “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”. Barcelona: Ariel, 1998.

tende extraerse para la controversia particular (caso concreto) del cual conoce.

La vista de las vicisitudes del asunto es algo más que una serie de circunstancias fácticas que deben ser tomadas en consideración de modo contingente. Tales particularidades del caso, realmente, son las que determinan la “norma” que se pretende aplicar, que resulta relevante o guía la solución de la controversia. Sobre esa “norma”, sobre su vigencia y validez constitucional, es que se va a juzgar la “disposición” en cuestión. A ese mandato concreto, a esa “norma” y a más ninguna, es a la que el juzgador debe dirigir su pronunciamiento, el cual, por consiguiente, queda lejos de un análisis abstracto del “enunciado legal”, así como de las otras “normas” que de él puedan extraerse.

La declaración de inconstitucionalidad, entonces, no tiene la connotación de afectar, en principio, al “enunciado legal”. Afecta únicamente a la “norma” concreta que de él se extrae. De modo que el “enunciado legal”, la “disposición, habría dejado de aplicarse en el caso concreto (porque degeneraba en una inconstitucionalidad para ese específico supuesto que esté conociendo el tribunal) y podría ser aplicado para otros, aunque, claro, en el entendido de que bajo otra interpretación, según otras “normas” que a partir de él puedan construirse válidamente.

Es patente que, al proceder así, tales jueces ponen en evidencia que manejan con destreza la distinción entre “disposición” y “norma” y siguen técnicas interpretativas muy especiales, dirigidas siempre al examen del caso concreto⁹.

Se trata de un escrutinio de constitucionalidad, entre ley y Constitución. Solo que los jueces lo realizan con ocasión al caso concreto y ateniéndose a la “norma”, o interpretación del “enunciado legal”, que pretende aplicársele a la parte que acciona o se excepciona como defensa ante los efectos inconstitucionales de dicha ley.

Sin embargo, lo anterior no significa que no haya un contraste entre Constitución y “norma”. Al contrario, tal valoración es indispensable en

9 CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. “Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado: (1) Estados Unidos de América”. /En/ PARRA ARANGUREN, Fernando (Ed.). “Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje al profesor Tomás Pérez Luciani”. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002.

el sistema difuso, como se evidencia de la transcripción del más conocido de los fallos dictados por la Suprema Corte norteamericana, el de 1803, “Marbury c. Madison”¹⁰. Allí se dispuso:

Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medio ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación, y consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución, es nula. Esta teoría guarda una relación con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por este Tribunal, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. (...)

La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución, sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Ésa es la esencia verdadera de la obligación de los jueces (...)

Si, por tanto, los tribunales tienen que observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, es la Constitución, y no esa ley ordinaria, la norma de que debe regir el caso al cual ambas se aplican”. (Resaltados añadidos).

10 Un buen libro sobre los antecedentes de ese memorable fallo de la Corte Suprema norteamericana, es el de: BLANCO VALDÉS, Roberto. “El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal”. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 114.

De esta comparación entre Constitución y “norma” aplicable al caso concreto, que necesariamente debe hacer el juez en el control incidental o difuso de constitucionalidad, saldrá la sentencia que resolverá la controversia concreta planteada y que atenderá o no, o hará ciertas salvedades, es decir, interpretará, el enunciado legal relevante para el caso concreto.

Así, el juez, del contraste, como en ocasiones ha ocurrido, aunque no sea muy usual, podrá negar todo el valor a la legislación en cuestión por defectos formales, como ocurrió precisamente en el caso reseñado de 1803, o por ser sumamente amplia o vaga, o contraria a las garantías constitucionales supremas, que la hacen total e irremediamente inconstitucional. Es lo que en los Estados Unidos de América se conoce como la inconstitucionalidad, excepcional, de una ley “on its face”.

Más normal en la práctica, y compatible con el sistema de “cases and controversies”, es la desaplicación de la “norma” considerada contraria con la Constitución. En esa ocasión, que es lo ordinario en el sistema, como viene explicándose, no se elimina la “disposición legal” en su totalidad, ni se impide su vigencia en otros casos, más correctamente, en otras circunstancias. Solo se suprime la “norma” en cuestión para ese caso, pero indiscutiblemente también para los otros similares.

Con sus fallos, pues, los tribunales, y particularmente la Suprema Corte en el contexto norteamericano, van desterrando del mundo jurídico determinadas interpretaciones que chocan con la Ley Suprema en un caso concreto, por lo que, parodiando una frase de TRIBE, el modo normal de proceder en ese país es el de quitar gradualmente los aspectos inconstitucionales de una ley gracias a la invalidación, caso por caso, de su aplicación indebida, de sus “normas” inconstitucionales.

Esta forma de proceder en el control de constitucionalidad por vía incidental, para el caso particular, da también el nombre que en ocasiones a esta modalidad se atribuye, como control concreto; por oposición al control abstracto que efectúan de ordinario los tribunales constitucionales especiales y que parte de una interpretación de la ley alejada de su aplicación o, al menos, sin la posibilidad de precaver las múltiples posibilidades de aplicación que podrían devenir¹¹.

11 Sobre esta materia es esclarecedor la explicación de RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, ob. cit., p. 500

Lo que realizan los jueces en el control difuso, y los Estados Unidos de América es el paradigma al respecto, es emitir por regla general lo que se conoce en el otro sistema de justicia constitucional (el concentrado o europeo) como sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, según se veía en el capítulo anterior.

Pero es pertinente tener claridad en que la diferencia de ambos sistemas o métodos no se encuentra en si hace o no el juzgador una comparación entre la “norma” (que extrae del “enunciado legal”) y la Constitución. En ambos realiza tal contraste, más particular o generalmente, optando por la Constitución en todos los casos de incompatibilidad.

La discrepancia radica, a todo evento, en que el juez en el control incidental o difuso solamente realiza tal comparación en relación con la “norma” que, en dicho caso concreto, pretende aplicársele a la parte que alega su inconstitucionalidad. El resto de las “normas” posibles, que soporte el “enunciado legal”, no serán juzgadas en cuanto a su constitucionalidad por el juez, y así lo será hasta tanto se presente un caso nuevo y diferente, que suponga la imputación a dicho “enunciado legal” de una nueva “norma”. Por eso se dice, ordinariamente, que la ley considerada en un caso concreto como inconstitucional no pierde su vigencia; aunque más correctamente habría que señalar que ello es predicable de la “disposición” o el “enunciado legal”, que no se elimina ni anula, sino que mantiene su validez, aunque sea en todas aquellas interpretaciones o “normas” que no han sido contrastadas con la Constitución y desconocidas por los jueces, por no ser relevantes al caso concreto.

Por esto, no es exacto desde ningún punto de vista confundir, llegado este momento, como suele hacerse (deformando toda la racionalidad del sistema), a la “ley” o “enunciado legal” con la “norma” o “mandato”, ya que ésta, por virtud de la decisión del juez, sí fue considerada inconstitucional para ese caso concreto y, por ello, tal criterio debe ser asumido en principio por ese mismo juez y por el resto de inferior categoría en los

y s. También, ALONSO GARCÍA, Enrique. “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano”. /En/ *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 6, año 2, septiembre-diciembre 1982, p. 209-257.

casos futuros en que dicha “norma” pretenda ser aplicada nuevamente, más cuando la figura del precedente, propia de los países anglosajones, ampara esta continuidad en el criterio.

Las precisiones precedentes evidencian que en el sistema incidental o difuso, los jueces, ante la inconstitucionalidad de la “norma” que pretende aplicarse al caso concreto, que se extrae del “enunciado legal” cuestionado, están en capacidad de desconocer sus efectos jurídicos para la parte que lo solicita, desaplicándola simplemente por razones de inconstitucionalidad. También puede el juez, en su decisión, señalar que la “norma” o interpretación del “enunciado legal” que se exige a la parte afectada no es admisible constitucionalmente, optando en cambio por indicar que la interpretación correcta de ésta, que la “norma” que debe extraerse con respaldo constitucional, es otra, que contenga matizaciones, adiciones o reducciones obligadas. Asimismo, es posible que el juzgador indique que la parte, a pesar de una exclusión en principio inconstitucional, debe gozar de los beneficios que antes se le negaban, o viceversa, “manipulando”, por ende, el significado de la ley aplicable. Todas estas decisiones, en fin, son también susceptibles de ser emitidas por el juez en el sistema difuso, como ocurre en la práctica en los Estados Unidos de América y en general en todos los países que adoptan esta técnica. La similitud con las sentencias interpretativas que emiten los tribunales constitucionales europeos es, pues, notable.

Ya para finalizar, y para evidenciar lo indicado, pareciera conveniente relatar un asunto resuelto por la Suprema Corte de la Nación de Argentina, donde rige con exclusividad el sistema difuso de control de constitucionalidad, y que es ejemplo de una sentencia interpretativa de inconstitucionalidad, más concretamente, manipulativa. Se trata de la sentencia de 29 de abril de 1993, cuyos antecedentes y conclusiones es relatada por BOUZAT, del modo siguiente:

El Congreso argentino dictó una ley por la que se dispuso que la deuda que el Estado mantiene con los jubilados y pensionados sea pagada con bonos públicos que tienen un plazo de vencimiento de dieciséis años. Muchos jubilados plantearon la inconstitucionalidad de dicha ley alegando la violación del derecho de propiedad y de los derechos de seguridad social. La Corte Suprema consideró que la ley es constitucional, porque en el marco de la emergencia económica y los recursos con que cuenta el Estado, el Congreso legisló teniendo en

cuenta de manera imparcial los intereses de los jubilados en relación a la situación financiera y recursos públicos. Sin embargo, en el caso planteado por una jubilada que tenía noventa y dos años, la Corte varió su posición, y declaró la inconstitucionalidad de la norma, para ese solo caso, en virtud de que, por razones biológicas, dicha señora muy difícilmente iba a vivir para cobrar su crédito, y que, por consiguiente, el punto de vista particular de ese señora no había sido tenido en cuenta por el legislador al sancionar la ley”¹².

6.- INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN VENEZUELA

Con todo lo visto hasta ahora es posible el examen de la jurisprudencia constitucional venezolana sobre el tema.

Así, debe empezar por señalarse que es larga y dilatada la tradición en Venezuela sobre el control de constitucionalidad de las leyes, al menos desde un plano formal, que no necesariamente en la práctica.

El caso es que, muy propio de un país como el nuestro, inmerso desde sus inicios en una gran mentira constitucional, casi como un dogma se ha alzado la bandera de la vigencia a toda costa de la Constitución y, de allí, que la amplitud haya marcado al sistema para su protección, como lo expone la muy conocida sentencia de la Corte Federal, de 19 de junio de 1953, según la cual, entre nosotros, la vigilancia sobre las leyes inconstitucionales está confiada “...no tan sólo al Supremo Tribunal de la República, sino a los jueces en general, cualquiera sea su grado y por ínfima que fuere su categoría. Basta que el funcionario forme parte de la rama judicial para ser custodio de la Constitución y aplicar, en consecuencia, las normas de ésta prevalecientemente a las leyes ordinarias”.

No obstante, ni doctrina ni jurisprudencia suelen adentrarse en el análisis de la inconstitucionalidad de la ley de la manera aquí esbozada¹³. Normalmente se consiguen en el país descripciones de las dife-

12 BOUZAT, Gabriel. “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad (A propósito de la sentencia 24-493 de la Corte Suprema Argentina, caso: Iachemet, M.^a L. vs. Armada Argentina)” /En/ Revista Española de Derecho Constitucional, N° 54, año 18, septiembre-diciembre 1998, p. 284-285.

13 Apenas José PEÑA SOLÍS, en un trabajo que recoge unas conferencias impartidas en el Tribunal Supremo de Justicia en noviembre de 2000, se adentra en el análisis de la tipología de sentencias de inconstitucionalidad dictadas por los tribunales

rentes técnicas o mecanismos existentes para juzgar la validez de la ley, recurriendo a la división tradicional entre los modelos de control difuso o norteamericano y concentrado o europeo; todo ello, a la vez, de un modo muy superficial y esquemático, sin ver su fundamento ni finalidad, y, lo triste, sin reparar en que tal caracterización ha sido ya abandonada por la doctrina más especializada (RUBIO LLORENTE, entre otros), por conducir a resultados poco satisfactorios¹⁴.

Lo cierto es que de esta metodología, que se insiste, no va al meollo del problema, tanto la doctrina como la jurisprudencia venezolana, al hablar de la inconstitucionalidad de la ley, quedan en la mera revelación de la existencia en el país, desde hace más de un siglo, de ambos sistemas de Derecho Comparado (difuso y concentrado) y, enseguida, celebran tal abundancia, en el entendido de que con esta mixtura ha de garantizarse de buena manera, incluso en mayor medida que en otros lares, la vigencia jurídica de la Constitución.

constitucionales en Derecho Comparado y, en particular, por la Sala Constitucional venezolana. La lectura de dicha intervención resulta interesante, por la información manejada, aunque no termina de explicar la razón de ser de tales sentencias interpretativas de inconstitucionalidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no pareciera compartir PEÑA SOLÍS la visión, aquí defendida, de una teoría general sobre la inconstitucionalidad de la ley que reste importancia al método o técnica por la cual el juez entre en su valoración. Afirmaciones como que solamente la Sala Constitucional es la competente para dictar sentencias interpretativas, o los efectos de éstas, son puntos que quedan a la discusión. Tal conferencia, intitulada: "La interpretación conforme a la constitución", está plasmada en el libro: ZERPA, Levis Ignacio; DELGADO OCANDO, José (Coord.). "Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica". Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 357-395.

- 14 La crítica principal que debe esgrimirse contra dicha distinción tradicional es que queda en elementos puramente estructurales y de procedimiento, como la existencia de un tribunal creado "ad hoc" para resolver asuntos constitucionales y los efectos de las sentencias que éste emite: declarativos o constitutivos, hacia el futuro o hacia el pasado, generales o particulares. De allí que, como algunos han desvelado, el manejo de estos "modelos" como instrumento de análisis en el marco del Derecho Comparado, tarde o temprano, será un método abandonado, al menos si pretende mantenerse su uso del modo convencional. RUBIO LLORENTE, Francisco. "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa". /En/ RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Estudios sobre jurisdicción constitucional". Madrid: Mc Graw-Hill, 1998, p. 160.

No hace mucho, acaso una década, fue que parte de la doctrina venezolana empezó a señalar que este sistema de justicia constitucional autóctono, calificado de mixto, paralelo o integral, tenía serias deficiencias y debía ser corregido con urgencia¹⁵.

De hecho, la reforma que se llevó a cabo en la Constitución de 1999 intentó salir al paso, en buena medida, a estas críticas contundentes, como se observa con la creación de un órgano especializado (artículo 262) y, en especial, con el reconocimiento del carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional (artículo 335) y la creación de un medio procesal inédito hasta entonces, como es el recurso de revisión extraordinaria (artículo 336, número 10, todos de la Constitución), que permite a tal Sala Constitucional la revisión de sentencias de última instancia con trascendencia constitucional, lo que incluye, obviamente, la revisión de las sentencias que apliquen (o dejen de aplicar) el control incidental o difuso de inconstitucionalidad de una ley.

Sin embargo, entre nosotros, en el tema específico de la inconstitucionalidad de la ley se ha avanzado muy poco. Ello, con todo y que la evidencia es absoluta en el sentido de que es menester abandonar la

15 Uno de los más críticos del sistema de justicia constitucional anterior a la Constitución de 1999 ha sido HARO, como se desprende de sus artículos: HARO G., José Vicente. "La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999". /En/ Revista de Derecho Constitucional, N° 1, septiembre-diciembre 1999, p. 135-193. HARO G., José Vicente. "La jurisdicción constitucional en Venezuela y la necesidad de un Tribunal Federal Constitucional (Una propuesta para la Asamblea Nacional Constituyente de 1999)". /En/ Revista de Derecho Administrativo, N° 6, mayo-agosto 1999, p. 51-113. También: CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina. "La jurisdicción constitucional en Venezuela: pasado, presente y futuro". /En/ Revista de Derecho Constitucional, N° 2, enero-junio 2000, p. 61-92. Yo mismo he expuesto variadas críticas, que incluso pretendí en su momento atajar cuando, en la Corte Suprema de Justicia, tuve la suerte de trabajar con el recordado magistrado Humberto J. La Roche en la elaboración de un proyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, que fue aprobado por la Corte en Pleno en fecha 12 de julio de 1999. Véase, en todo caso, mi trabajo: CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. "La futura justicia constitucional en Venezuela. (En contra de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 y a favor del Anteproyecto de Ley aprobado por la Corte Suprema de Justicia)". /En/ Revista de Derecho Constitucional, N° 2, enero-junio de 2000. Asimismo, aunque más pensado en la perfectibilidad del nuevo modelo iniciado en 1999: CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. "La supersala (constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia". /En/ Revista de Derecho Constitucional, N° 3, julio-diciembre 2000.

descripción formal de los distintos métodos de control de constitucionalidad y profundizar en una teoría general que permita llegar a conclusiones válidas y estables.

Este déficit, esta falta de profundización sobre la inconstitucionalidad de la ley, tiene varias consecuencias, todas negativas. Ello puede detectarse fácilmente en el país de una revisión de la jurisprudencia constitucional. Vale nombrar al menos algunas de ellas, las más preocupantes.

Así, en primer lugar, la Sala Constitucional demuestra constantemente que no tiene nada claro que la inconstitucionalidad de la ley tiene un tronco común y que el juzgamiento o proceso mental del juez en esa determinación es idéntico e indiferente en caso de conocer de una acción directa de inconstitucionalidad; o cuando en cualquier otra controversia judicial debe valorar la constitucionalidad de la “norma” en que se funda la pretensión de alguna de las partes.

Entender equivocadamente que una cosa es la inconstitucionalidad de la ley cuando se plantea mediante la acción popular y otra, diametralmente diferente, cuando se suscita por medio del control incidental o difuso, es lo que explica, acaso, una de las más cuestionables sentencias dictadas por esa Sala: la de fecha 25 de mayo de 2001, caso: “Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao”, reiterada luego varias veces, como en la de 11 de julio de 2003, caso: “Puertos de Sucre, C.A.”.

En esos fallos, se prohibió a los jueces ordinarios, a través del control incidental o difuso, desaplicar leyes sobre la base de principios constitucionales (como si éstos no fueran obligatorios, es decir, jurídicos), con el pretexto de que ello solo le corresponde a la propia Sala como órgano que ejerce el control concentrado de inconstitucionalidad. Textualmente, en tales sentencias se sostuvo:

Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones *motu proprio* que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso.

No hay duda de que, tras ese lamentable criterio, convertido en jurisprudencia constitucional, se esconde el error de la Sala Constitucional venezolana sobre la esencia del control incidental o difuso de constitucionalidad¹⁶. No advierte esa Sala, a cabalidad, que por tal control incidental o difuso los jueces valoran la constitucionalidad de la ley cuestionada de la misma manera que lo hace ella a través de la acción popular, sin que, como se ha podido ver, constituya un cambio en lo fundamental el que los jueces estimen en ese supuesto de modo exclusivo y necesario la validez de la “norma” que se extrae para el caso concreto, en vez que la del “enunciado legal”.

En segundo lugar, de esa falta de análisis serio y material de este trascendental tema surge, como nueva consecuencia negativa, la todavía costumbre de relacionar directamente la inconstitucionalidad de la ley con su anulación o supresión definitiva, lo cual se eleva como un obstáculo para que la Sala Constitucional emita, cuando conoce de la acción popular, sentencias interpretativas de inconstitucionalidad y, a todo evento, para que esta técnica surta todos sus efectos.

Es cierto que en ocasiones, contadas, dicha Sala venezolana ha recurrido a este tipo de sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, como ocurrió en el fallo de fecha 20 de noviembre de 2002, caso: “FEDENAGA”¹⁷, o en el de fecha 24 de septiembre de 2002, caso: “Andrés Velásquez y otros”¹⁸; pero ello no ocurre con la frecuencia que debería

16 Esta jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido criticada, sustentadamente, por dos importantes autores patrios: CASAL H., Jesús María. “Constitución y justicia constitucional”. Caracas: UCAB, 2004 (2° ed.), p. 163 y s. HARO G., José Vicente. “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión”. /En/ Revista de Derecho Constitucional, N° 9, enero-diciembre 2004, p. 260.

17 En ese fallo, la Sala Constitucional reconoció que varios artículos impugnados de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario eran inconstitucionales a menos que se interpretaran de una manera específica. Concretamente, se declaró que los artículos 25, 40 y 43 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario tendrían “plena vigencia y validez” en tanto y en cuanto se leyeran de un modo diferente del que apuntaba originalmente su redacción.

18 En esta oportunidad la Sala Constitucional anuló, más bien, reinterpretó y completó, la parte final del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

ocurrir y, lo que es peor, sin la claridad y todas las consecuencias recomendables.

Hay muchas ocasiones en que emitir una sentencia interpretativa es la mejor y necesaria opción para un tribunal constitucional. Es ésta la manera perfecta para, sin afectar el ordenamiento jurídico de modo irreversible, excluir una o algunas “normas” (o interpretaciones) inconstitucionales que se obtienen de una “disposición” o “enunciado de ley”; forzando a la aplicación de éste del modo adecuado.

Este poco uso de las sentencias interpretativas de inconstitucionalidad en Venezuela resulta sensiblemente grave cuando se revisa a fondo las características del medio procesal por excelencia para verificar el respeto constitucional de la ley en el país, a saber, la acción popular. De ese análisis, podría concluirse que, en la mayoría de los casos, tal acción popular actúa, contrariamente a lo que suele creerse, como un medio de control parcializado y concreto, y no como uno de corte objetivo y abstracto¹⁹. Esto supone que, a través de tal acción popular, debería observarse una tendencia a cuestionar “normas”, todas o algunas, que se deriven de los “enunciados legales” impugnados; es decir, del mismo modo que a través del control difuso, o incluso mediante la cuestión o incidencia de constitucionalidad propia de los países europeos, la acción popular de inconstitucionalidad venezolana debería dar lugar, en un número alto de veces, a sentencias interpretativas de inconstitucionalidad²⁰.

Pero, como se decía, no queda esto en un mero problema cuantitativo, sino que trasciende a la calidad de esos fallos, cuando se dictan. Y es que no ha terminado la Sala Constitucional venezolana de darle a las sentencias interpretativas la fuerza de cosa juzgada que merecen, cual sentencia de anulación, a saber: obligatorias, con efectos generales o *erga omnes* e inmutables.

Nótese, en efecto, que cuando en una acción popular de inconstitucionalidad la Sala Constitucional concluye en que hay una “norma” de

19 Un buen trabajo para entender las características de los diferentes métodos de control de constitucionalidad de las leyes es el de JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”. /En/ RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Estudios sobre jurisdicción constitucional”. Madrid: Mc Graw-Hill, 1998, p. 63-89

20 *Ibidem*, p. 66-68.

la “disposición” impugnada que se apega a la Constitución, y dicta una sentencia interpretativa pertinente, sin anular definitivamente tal “disposición”, lo que está haciendo, a fin de cuentas, es anulando o suprimiendo tales interpretaciones (o “normas”), por lo que, si bien se mira, esa declaración tiene la misma fuerza de cosa juzgada y generalidad que la sentencia que anula una ley.

Los tribunales, y en general todos los poderes públicos, están en idéntica obligación de acatar ese fallo interpretativo, como si de una anulación se tratara, so pena de incurrir en un desacato a la autoridad y de aplicar una “norma” inexistente. Esta fuerza y sus efectos generales son la razón por la cual, en Derecho Comparado, cuando se dicta una sentencia interpretativa de inconstitucionalidad se hace mención de ello en la parte resolutive del fallo y se publica su texto en Gaceta Oficial.

En Venezuela, fruto de la confusión denunciada, tales sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, además de escasas, cuando se dictan, no reúnen las características formales referidas y carecen de la fuerza de cosa juzgada y efectos generales de un fallo anulatorio.

A lo sumo se pretende darle fuerza de obligatoria recurriendo, equivocadamente, al reconocido carácter vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional, lo cual, además de ser un error gravísimo, ha dado pie a abusos de la propia Sala²¹ y a que sea cuestionada constantemente esa condición de obligatoriedad de la “reinterpretación de la ley”, por no tratarse, realmente, de un criterio jurisprudencial sobre el alcance y contenido de normas y principios constitucionales²².

21 Sea porque ha incurrido en ocasiones en interpretaciones de la ley sin reparar en su inconstitucionalidad, invadiendo la esfera de competencias del resto de tribunales; o incluso, lo que es mucho peor, a través de ese invento de la Sala Constitucional, inédito en el mundo, denominado “jurisdicción normativa”, por medio del cual ésta se ha arrogado una serie de competencias que no le corresponden, al asumir con toda impunidad la emisión de normativas sobre determinadas materias, normalmente reservadas al legislador, en detrimento del resto de poderes del Estado (que parecieran no molestarse ni inmutarse) y de principios básicos de la sociedad y los ciudadanos, como la democracia, la reserva legal y la seguridad jurídica. Una explicación de esta “jurisdicción normativa” se encuentra en la sentencia de fecha 22 de agosto de 2001, caso: “Asodeviprilara”.

22 Una muestra de la debilidad de tales fallos interpretativos de la Sala Constitucional, fruto de la poca claridad de los conceptos, son, por un lado, la reticencia de algunos tribunales, principalmente de algunas otras Salas del Tribunal Supremo

Muy relacionado con lo acaba de mencionarse, en tercer lugar, hay otro dilema que es preciso despejar y que se ha gestado, precisamente, debido a la denunciada carencia de análisis detenido de la inconstitucionalidad de la ley desde una perspectiva material.

Se trata de la errada comprensión en el país del control incidental o difuso de inconstitucionalidad de las leyes y las circunstancias peculiares que se presentan cuando la Sala Constitucional se topa, en cualquier clase de asunto, con una ley viciada y que resulta relevante para el caso concreto.

Debe iniciarse esta advertencia indicando que, en muchas ocasiones, la Sala Constitucional venezolana emite verdaderas declaraciones de inconstitucionalidad “normas” sin la formalidad precisa, es decir, sin recurrir a la habilitación que da a los jueces el artículo 334 de la Constitución (que antes confería, solo, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil).

Varios son los casos en que, en procesos de amparo o de revisión extraordinaria, por ejemplo, la Sala Constitucional entra en un análisis de las leyes relevantes para el caso concreto, del cual surge la necesidad de reinterpretación de tal legislación, es decir, de vetar alguna lectura o “norma” o proponer definitivamente otra. Ello suele hacerse sin acudir al control incidental o difuso de constitucionalidad, como debería ocurrir; sin anunciar que tal actuación es el fruto de una exclusión, previa y por razones de inconstitucionalidad, gracias al control incidental o difuso, de la interpretación de la ley (o “norma”) aplicable al caso.

de Justicia, en aceptar la interpretación de las leyes que propone la Sala Constitucional, como ocurrió, entre otras varias, con la diatriba surgida entre ésta y la Sala Político-Administrativa en lo atinente a la interpretación del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil. Véase la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2001, caso: “DHL Fletes Aéreos, C.A.”. También es pertinente traer a colación la polémica surgida con la Sala de Casación Social en cuanto a la interpretación del artículo 320 del mismo Código de Procedimiento Civil, como se evidencia en la sentencia de fecha 14 de julio de 2003, caso: “Plinio Musso Jiménez”. Por otro lado, la Asamblea Nacional pareciera que no se siente obligada por tales sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, Así se desprende, justamente, al haber tal Asamblea Nacional reinsertado sin modificación alguna, en la nueva Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en fecha 18 de mayo de 2005, las mismas “normas” (que no “disposiciones”) del Decreto Ley derogado que fueron objetadas por inconstitucionalidad en el fallo antes mencionado de fecha 20 de noviembre de 2002, caso: “FEDENAGA”.

Un buen ejemplo es la sentencia de fecha 19 de febrero de 2003, caso: “Cervecería Polar”. Allí, esa Sala desaplicó, sin decirlo, el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil al caso concreto que se le planteó y reordenó el plazo para la evacuación de una cantidad elevada de pruebas promovidas y admitidas, para dar cabida a su control efectivo por la contraparte. De la lectura de tal sentencia se desprende, claramente, que estaba planteada la inconstitucionalidad de dicho artículo, o más bien, de la “norma” producto de su lectura literal, por no haber previsto una excepción para situaciones extraordinarias en las que el derecho de defensa saldría perjudicado, entre otras razones, por una intensa actividad probatoria de alguna de las partes. Se trataba, entonces, de un artículo acomodado con la Constitución en la mayoría de sus veces que, sin embargo, al pretender extenderse en cuantos a sus efectos a una situación especial, excepcional, devino en inconstitucional.

En tal ocasión, la Sala Constitucional venezolana, si bien desaplicó tal artículo para el caso concreto, en la “norma” resultante de una interpretación literal, lo hizo sin mencionar que hacía uso del control incidental o difuso de la constitucionalidad, por lo que, para algunos, quedó tal decisión como un mero capricho, ocasionando problemas con otros tribunales que bien entienden que aquélla está robándole competencias.

Pero el problema no es solamente de formas.

La errada concepción y aplicación del método incidental o difuso por la Sala Constitucional ha hecho que sus fallos de inconstitucionalidad así dictados carezcan de la fuerza y los efectos suficientes para que quede claro, para el resto de los tribunales y poderes públicos, que no pueden continuar leyendo y aplicando tales leyes del mismo modo.

Ciertamente, aun cuando la Sala Constitucional indique claramente que una determinada “norma” es inconstitucional y que, por ende, gracias a la técnica del control incidental o difuso, procede a desconocerla al caso concreto (y mucho más, obviamente, cuando realiza en tal juzgamiento implícitamente, como resulta bastante común, según se ha denunciado antes), la fuerza y los efectos de esa declaración no resultan ser todos aquellos que, en sana lógica, habrían de esperarse.

Hay sin duda una peculiaridad en el sistema venezolano, nada común en Derecho Comparado y en todo caso inédita en los países que normalmente nos sirven de referencia, de que un mismo tribunal, a saber,

la Sala Constitucional, conoce de acciones directas contra las leyes, que desemboca en su anulación definitiva y con carácter general cuando las juzga inconstitucionales y que, a la vez, en cualquier otro caso, puede ese tribunal desaplicar gracias al control incidental o difuso tales leyes, si son relevantes al caso concreto.

Viene diciendo en el país doctrina y jurisprudencia, sin mayores razonamientos, que en los casos en que la ley es desaplicada mediante el control incidental o difuso, la misma se mantiene vigente, no sufre alteración. Sin embargo, con base en la explicación detallada contenida en este trabajo, es evidente que ello no es así, pues si bien se mantiene la vigencia de la ley, más concretamente, del “enunciado legal”, no sucede igual con la “norma” concreta que de él se extrae y que se pretendía aplicar al caso concreto. De manera que, en principio, ni él ni ningún otro tribunal, si la apreciación del primero fuera acertada, debería darle aplicación a dicha “norma”, o “enunciado legal” así interpretado en casos similares.

Esto significa que cuando tal control incidental o difuso sea ejercido por la Sala Constitucional, y, por ende, ésta termine declarando la inconstitucionalidad de una determina ley (o más técnicamente, de la “norma” concreta que de ella deriva), difícilmente pueda negarse que tal sentencia tiene un efecto general y definitivo, de cosa juzgada, al menos en lo que a esa “norma” valorada como inconstitucional se refiere.

Y ello, se acota, no debido al carácter vinculante de la jurisprudencia de esa Sala que aboga el artículo 335 de la Constitución (que se refiere a una cosa bien distinta), sino porque tal declaración de inconstitucionalidad, si bien de una “norma”, y no de todo el “enunciado legal”, ha de contar con la fuerza de la cosa juzgada típica de la sentencia de dicha Sala Constitucional, y por tanto ningún tribunal ni poder público podría, a futuro, resolver cualquier caso o aplicar tal “norma” inconstitucional, que, a fin de cuentas, ha quedado definitivamente suprimida o “anulada”. De hecho, no otra cosa es lo que ocurre en los tribunales constitucionales cuando a través de procesos especiales recurren a las sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, según antes se expresaba.

Desenlace contundente de lo anterior es que, en el país y contrario a lo que viene diciéndose hasta la saciedad, cuando la Sala Constitucional hace uso del control incidental o difuso y, por consiguiente, declara la

inconstitucionalidad de una “norma” (aquella que, extraída del enunciado legal, resultaba relevante para el caso concreto), tal declaración habría de dejarse sentada en la parte dispositiva del fallo, habría de ser publicada en Gaceta Oficial y, en definitiva, tendría el carácter obligatorio y definitivo de cosa juzgada y efectos generales para todos los tribunales y poderes públicos²³.

Lo que viene aseverándose contrasta notablemente no solo con la jurisprudencia constitucional, sino también con lo previsto en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Allí se contempla un artículo que viene a incidir en este punto y que es seriamente cuestionable: el artículo 5, en su antepenúltimo párrafo. Con ese artículo pareciera que el legislador, negando lo que viene diciéndose, ha querido evitar que la Sala Constitucional emita fallos con efectos generales cuando juzga la inconstitucionalidad de una ley por el sistema incidental o difuso, y, a tales efectos, le ha impuesto la prohibición de juzgar la validez de las leyes en procesos diferentes a la acción directa y popular de inconstitucionalidad. En otras palabras, le ha negado a la Sala Constitucional hacer uso del control difuso, nada más y nada menos. En lugar de anular esa prohibición, absurda e injustificada, dicha Sala Constitucional pareciera haber asumido tal mandato, como se evidencia de la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2004, caso: “Henry León Pérez”.

Ni la jurisprudencia constitucional ni el legislador, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, han sido acertados al prever los efectos de las sentencias sobre el control incidental de las leyes en el Derecho venezolano, en especial cuando interviene la Sala Constitucional. Una y otro han terminado negando o coartando las competencias de ésta, dando lugar a una serie de contradicciones innecesarias e inaceptables y, en definitiva, limitando la garantía de la constitucionalidad de las leyes.

23 Es cierto que en algunos casos la Sala Constitucional, más por intuición que otra cosa, al encontrarse en procesos diferentes a la acción popular con leyes inconstitucionales, optó por hacer tal declaración con efectos generales, pero acudiendo a una figura, poco clara, que resolvió denominar “incidente de inconstitucionalidad”. Fue esto lo que ocurrió en la sentencia de fecha 24 de abril de 2002, caso: “SINTRACIMIENTO”, en relación con el artículo 42, aparte 29, de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sobre el avocamiento.

Todo ello, en buena medida, se insiste, debido a la ausencia de un análisis serio, profundo y riguroso del trascendental tema de la inconstitucionalidad de las leyes desde la perspectiva material, como teoría general, que he pretendido afrontar en esta oportunidad.

Que sirvan estas reflexiones, en fin, para llamar la atención en la necesidad de este estudio sobre la inconstitucionalidad de la ley y, seguidamente, del debate indispensable, que seguramente arrojará resultados esclarecedores.

La defensa de los derechos constitucionales frente a las vías de hecho: razones a favor del mantenimiento –provisional– en Venezuela del amparo constitucional en contra las vías de hecho de la Administración Pública

Luis Alfonso Herrera Orellana*

No será hasta el año 1988, con la puesta en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuando en Venezuela, formalmente, se reconocerá al amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1961 como una vía judicial adecuada para reclamar ante los tribunales la tutela efectiva de los derechos y garantías constitucionales que resulten amenazadas o vulneradas por la actuación o abstención de los órganos y entes de la Administración Pública¹. Quiere ello decir que desde la definitiva consolidación de la Nación, en

* Abogado *summa cum laude* y Licenciado en Filosofía por la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de pregrado en la Universidad Católica Andrés Bello y de postgrado en la Universidad Central de Venezuela.

1 Antes de la vigencia de la mencionada Ley Orgánica, se admitieron y sustanciaron algunos amparos, pero en abierto desacato de la posición jurisprudencial e institucional del Alto Tribunal de la República. Ver, sobre este asunto, RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Amparo Constitucional*. Caracas: Editorial Arte, 1988, pp. 223.

1830, como República soberana e independiente, no existió sino hasta finales del siglo XX un mecanismo judicial, directo y efectivo, dirigido a proteger los derechos y garantías que las Constituciones venezolanas han reconocido, en mayor o menor número, desde la primera de 1811, siguiendo el modelo de Constitución material instaurado en los EEUU, a inicios de la pasada centuria.

Es el caso que, aunque muy tardíamente según puede apreciarse, en Venezuela, una vez comprendido que la Constitución es, más que fuente de Derecho objetivo, *fuerza de derechos subjetivos de los particulares*², y colateralmente, de obligaciones de respeto y garantía de esos derechos subjetivos por parte del Estado, se establece y consolida, gracias a la labor jurisprudencial de los tribunales, la institución del amparo constitucional como una vía judicial idónea para, entre otros propósitos (según se ejerza en contra de sentencias, de normas jurídicas o de particulares), exigir la protección de los derechos y garantías constitucionales contra actos administrativos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen con violar tales derechos o garantías, tal y como lo contempla el artículo 5 de Ley Orgánica de Amparo.

Sin entrar ahora en la problemática de la admisibilidad de este medio judicial de protección de derechos y garantías constitucionales ante la existencia de otros medios procesales breves, sumarios y eficaces, acordes con la protección constitucional requerida, se puede afirmar que hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y más específicamente, hasta la puesta en funcionamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el amparo constitucional se usó para proteger a los particulares frente a las actuaciones arbitrarias de la Administración, siendo un caso común de uso de este mecanismo judicial el referido a las *vías de hecho* en que incurren los órganos y entes administrativos.

La razón de que los afectados por vías de hecho optaran por ejercer acciones de amparo constitucional en vez de algún otro medio procesal, y de que los jueces competentes para conocer tales amparos los admitiesen a trámite, es bien sabida por quienes conocen la realidad procesal administrativa venezolana: la inexistencia de un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional requerida frente al caso

2 Ver RUBIO LLORENTE, Francisco, "La Constitución como Fuente de Derecho", en *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: CEPC, 1997, pp. 45 y ss.

más extremo de actuación arbitraria de la Administración: a saber, aquél en que ésta se desvincula por completo del Derecho Administrativo, al que está sometida ordinariamente, así como de cualquier otra rama del Derecho que eventualmente rijan su conducta, para incurrir en una “*actuación material (...) carente de título jurídico que la justifique*”³.

Ahora bien, como antes se anunció, la aceptación por parte de los tribunales del uso directo del amparo constitucional en contra de actuaciones de la Administración lesivas de derechos y garantías constitucionales, incluido el caso de su ejercicio en contra de las vías de hecho, comenzó a cambiar en el país a partir de la puesta en funcionamiento de la Sala Constitucional. Ello, en la medida que la jurisprudencia de esta Sala, lejos de propender a establecer criterios útiles para racionalizar el uso de este mecanismo judicial, ha tendido a limitar cada vez con mayor intensidad el empleo de este medio judicial de defensa de los derechos y garantías constitucionales frente al arbitrario actuar administrativo, al punto de llegar a declarar la inadmisión del amparo incluso cuando ha sido ejercido en contra de vías de hecho de la Administración⁴.

El argumento empleado por la Sala, y en consecuencia por los tribunales contencioso-administrativos que acogen los criterios de aquélla, sobre todo luego de la puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁵, es, por lo menos, de un excesivo formalismo: que los tribunales contencioso-administrativos están obligados a proteger los derechos y garantías que la Constitución reconoce en todos los procedimientos que sustancian (anulación, abstención, responsabilidad, ejecución de contratos, etc.), y que al estar entre sus competencias (art. 5.27 de la LOTSJ) el conocer de las reclamaciones en contra de las vías de hecho, deben los particulares con interés en ello acudir a esta vía ordinaria y no

3 GARRIDO FALLA, Fernando, “Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en el libro de las *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, EJV-FUNEDA, Caracas, 1995, p. 119.

4 Ver, entre otras, sentencias de la Sala Constitucional n° 2.629 de 23 de octubre de 2002, caso: *Gisela Anderson*, y n° 1.549, de 20 de julio de 2007, caso: *Bingo Platinum, C.A.*

5 Gaceta Oficial n° 37942, del 20 de mayo de 2004. Algunos comentarios críticos de esta ley se hallan en el “Prólogo” del libro de RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Una ley fuera de contexto*. Caracas: Editorial Ex Libris, 2004.

al amparo autónomo, por presuponer de manera abstracta que aquella –la vía contencioso-administrativa– es un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la tutela constitucional requerida.

Una de las tantas objeciones a este planteamiento es que, además de lucir opuesto a lo previsto en el artículo 27 de la Constitución de 1999, en Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en países como España, en el que existe al interior del contencioso-administrativo un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de los particulares, no existe en el ámbito contencioso-administrativo un procedimiento especializado en la tutela de los derechos constitucionales. Asimismo, tampoco el procedimiento ordinario contencioso-administrativo (diseñado básicamente para el trámite de pretensiones de anulación) resulta adecuado para resguardar, en forma breve, sumaria y eficaz los derechos y garantías que reconocen la Constitución y los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos suscritos por la República, máxime cuando ni siquiera es adecuado para permitir a los jueces cumplir con lo previsto en el artículo 259 de la Constitución⁶. Tan grave como lo anterior es el hecho de que los tribunales contencioso-administrativos, y en particular la Sala Político-Administrativa, no han establecido a la fecha un procedimiento especial para conocer de las reclamaciones en contra de las vías de hecho de la Administración, en ejercicio de la potestad que les confiere el párrafo primero del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En atención a lo expuesto, el trabajo a desarrollar comprenderá tres capítulos, en los cuales (i) se examinará la naturaleza y consecuencias jurídicas de la vía de hecho en el Derecho venezolano y la situación del amparo constitucional autónomo en contra de éstas durante la vigencia de la Constitución de 1961; luego (ii) se analizará críticamente la situación actual del amparo ejercido en contra de tales actuaciones materiales de la Administración, mediante la revisión de las sentencias de la Sala Constitucional –y de los tribunales contencioso-administrativos, cuando

6 Por ello, recientemente se ha insistido en la necesidad de una reforma radical y profunda del contencioso-administrativo, para ajustar definitivamente su régimen legal al régimen previsto en la Constitución, Véase al respecto, CHAVERO GAZDIK, Rafael, “Bases esenciales para una reforma radical del contencioso-administrativo”, en *El Derecho Público a inicios del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo II. Madrid: Thompson-Civitas, 2003, pp. 231 y ss.

ello sea posible— sobre el tema; y finalmente (iii) se expondrán algunas razones a favor del mantenimiento del amparo constitucional autónomo como vía judicial especial para la protección de los derechos y garantías constitucionales, al menos hasta tanto no se dicte una Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que se regule un procedimiento breve, sumario y eficaz para conocer de las reclamaciones en contra de las vías de hecho de la Administración.

I. LA VÍA DE HECHO: CONCEPTO, CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y MECANISMOS DE DEFENSA BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Según lo explica la doctrina nacional⁷, el origen de la vía de hecho, tal y como ocurre con buena parte de las instituciones del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo vigentes en Venezuela, se halla en Francia, y específicamente en su peculiar modo de organizar el control contencioso-administrativo de la Administración fuera del Poder Judicial. Es el caso que la jurisprudencia de ese país, partiendo del dogma del acto previo como condición de acceso a la vía contencioso-administrativa, entendió que en aquellos casos en los que la Administración lleva a cabo actuaciones materiales sin que éstas encuentren apoyo alguno en el Derecho Administrativo, fuente de sus privilegios y potestades públicas, y en tal sentido, sin contar con título jurídico alguno (en un acto administrativo, por ejemplo), incurre en una *vía de hecho*, actúa como un particular más, y con ello renuncia a su jurisdicción natural, quedando sometida a la autoridad de los tribunales ordinarios.

De este modo, se entendió en Francia que cuando la Administración actuaba materialmente (para intervenir, prohibir, derrumbar, clausurar, tomar posesión, sancionar, desalojar, etc.) y afectaba derechos subjetivos de los particulares sin un procedimiento previo y sin dictar un acto administrativo o alguna otra providencia o acto que justifique tal actuación,

7 LINARES BENZO, Gustavo, “La vía de hecho como objeto de la pretensión procesal administrativa”, en el libro colectivo *El Contencioso-Administrativo Hoy*. Caracas: FUNEDA, 2004, p. 130. Véase también lo que se expone al respecto en HERNÁNDEZ G., José I., “La pretensión procesal administrativa frente a las vías de hecho”, en AA/VV, *Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata*. Barquisimeto: Editorial Jurídicas Rincón, 2006, pp. 222 y ss.

esto es, que le confiera un título jurídico a su conducta, aquélla perdía la ‘prerrogativa’⁸ de ser juzgada por el contencioso-administrativo, que se halla –todavía hoy en ese país– dentro del Poder Ejecutivo, y quedaba sometida tanto al Derecho común (civil, mercantil, laboral, etc.) como al Poder Judicial, por órgano de sus tribunales en razón de la materia, y podía ser juzgada a través de los procedimientos judiciales vigentes para resolver conflictos intersubjetivos entre particulares (proceso civil, mercantil, laboral, etc.).

En Venezuela, aun cuando el contencioso-administrativo, desde su definitiva instauración en el siglo XX, ha sido parte de la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial y nunca una función especial de algún órgano del Poder Ejecutivo Nacional, se acogió la tesis francesa de la vía de hecho, claro está, no para determinar cuándo la reclamación en contra de la Administración iría al contencioso-administrativo o a los tribunales, sino, más bien, para determinar cuándo la reclamación intentada en contra de la Administración tendría que residenciarse en los tribunales contencioso-administrativos, en tanto especializados en decidir sobre pretensiones fundadas en normas de Derecho Administrativo, y cuándo ante los demás tribunales, especializados en decidir pretensiones fundadas en otras ramas del Derecho, siendo en este caso determinante el que, cuando incurre en vías de hecho la Administración, se entiende que se desvincula del Derecho Administrativo.

8 Así se concibió originalmente al contencioso-administrativo, no como una jurisdicción especializada en resolver las controversias jurídicas surgidas entre la Administración y los ciudadanos, sino como una prerrogativa de aquélla, creada únicamente para revisar la legalidad de sus actos administrativos, sin autoridad alguna para restablecer plenamente las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, al reconocerse una supremacía absoluta del interés general tutelado por la Administración sobre los derechos e intereses de los particulares. Lo que más sorprende, es que todavía hoy, en algunos casos, se conciba al contencioso, no obstante la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva, como una prerrogativa de la Administración. Ejemplo de ello, SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice, “Justicia administrativa en los cinco años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Ed.), *Temas de Derecho Procesal*, Vol. II. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 304, quien concibe que es “privilegio de la Administración, ser juzgada por su juez natural, que no es sino el Juez Contencioso-Administrativo, al cual le ha sido atribuida con exclusividad tal potestad, incluso con rango constitucional”.

De acuerdo con Linares Benzo, dos son los supuestos en que, en el Derecho venezolano, habría lugar a afirmar la existencia de una vía de hecho: (i) cuando se produce la inexistencia o una irregularidad sustancial del acto de cobertura de la actuación material de que se trate, básicamente porque dicho acto no existe o no ha cumplido con las formalidades esenciales para su producción; y (ii) cuando se produce una irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución, denominado exceso material de la Administración, por cuanto ésta, si bien cuenta con un título (acto administrativo) que legitima y justifica jurídicamente su actuación, va más allá de lo que le habilita dicho título, extralimitándose en la ejecución (ejecutoriedad) que ese título y la ley le autoriza a realizar. Cabe destacar, que según autores como Araujo Juárez, el propio título jurídico, esto es, el acto en que el que la Administración funda su actuación material, podría constituir en algunos casos una auténtica vía de hecho, pero quizá tal punto de vista está influenciado por el dogma tradicional del acto previo como regla para acceder al contencioso⁹.

Ahora bien, dejando a salvo la excepción prevista en la vieja Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social –y que ratifica la vigente ley en la materia, en su artículo 8–, que habilitaba a los propietarios a intentar cualquier acción posesoria o petitorio ante los tribunales ordinarios frente a la perturbación de su posesión por parte de la Administración¹⁰, durante la vigencia de la Constitución de 1961, y ante el silencio guardado en la materia por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el Máximo Tribunal de la República, en Sala Político-Administrativa, estimó, a inicios de la década de los años 90 del pasado siglo, que los particulares afectados en sus derechos o garantías constitucionales por vías de hecho de la Administración, en vista de la

9 Véase ARAUJO JUÁREZ, José, “La teoría de la vía de hecho administrativa”, en el libro del mismo autor, *Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal*. Caracas: FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, 1997, pp. 90 y ss. Fundadas críticas a esta posición, en HERNÁNDEZ G., José I., “La pretensión procesal frente a las vías de hecho...”, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

10 El artículo 8 de la Ley de Expropiación en vigor establece lo siguiente: “Todo propietario a quien se prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, *podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan*, a fin de que se le mantenga en el uso, goce y disfrute de su propiedad, *debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal*”. *Cursivas nuestras*.

urgencia con que requerían de la tutela judicial, podrían hacer uso del amparo constitucional como vía idónea, en ausencia de una vía judicial contencioso-administrativa, para exigir ante los tribunales competentes el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida por el antijurídico proceder del ente u órgano administrativo agravante.

En sentencias dictadas el 8 de mayo de 1991, en el caso: *Ganadería El Cantón* y en el caso: *Importación y Exportación Lovexpo*, consideradas todavía hoy día como líderes en la materia –lo que revela la poca innovación, para mejora del disfrute y protección de los derechos, que ha habido en cuanto al tratamiento jurisprudencial de la vía de hecho en Venezuela–, la Sala Político-Administrativa estableció lo que pasaría a ser la doctrina oficial a nivel jurisprudencial en Venezuela respecto de la interpretación y aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo en materia de vías de hecho de la Administración.

En estas sentencias, se señalaron como típicos supuestos de vías de hecho los previstos en el numeral 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como causales de nulidad absoluta de los actos administrativos –no de las actuaciones materiales de la Administración–, a saber, la incompetencia manifiesta y la prescindencia total y absoluta del procedimiento. En la primera de las sentencias mencionadas, así como en la segunda, la Sala Político sostuvo que la vía de hecho era *un vicio* que se manifestaba a través de la incompetencia manifiesta y de la ausencia total y absoluta de procedimiento, que, por lo general, “ha estado entroncado con la violación de garantías y derechos fundamentales, concretamente, con los de la libertad, la defensa y la propiedad” y que la gravedad que ello comporta “convierte a la administración en reo de la vía judicial ordinaria, penal o civil, quedando aquella privada, en consecuencia, del privilegio de ser juzgada por la especialísima jurisdicción del contencioso-administrativo, y con ello despojada de sus prerrogativas”¹¹.

De este modo, partiendo de una cuestionable extensión de los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos a las actuaciones

11 CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “Análisis crítico del amparo constitucional en los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa”, en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República* n° 10. Caracas: FPGR, 1994, p. 83.

materiales de la Administración, de una concepción del contencioso-administrativo objetiva, contraria a la tutela judicial y al debido proceso, y del dogma del acto previo como único objeto del proceso contencioso-administrativo¹², la Sala Política de la antigua Corte Suprema dio entrada definitiva a la teoría de la vía de hecho en el Derecho venezolano. Quizá, lo que más vale resaltar de tal pronunciamiento jurisprudencial, es el haber advertido la directa conexión que usualmente tiene este arbitrario actuar de la Administración con la afectación de derechos y garantías constitucionales, así como la urgencia con que deben ser atendidas tales afectaciones, en vista de la jerarquía de estos derechos y garantías, pues ambos datos resultan suficientes para reconocer al amparo constitucional como la vía idónea, adecuada y eficaz para lograr el restablecimiento judicial oportuno y pleno de la situación jurídica infringida.

Es el caso que, a partir del criterio jurisprudencial antes mencionado y durante el resto de vigencia de la Constitución de 1961 (esto es, entre 1991 y 1999), puede afirmarse que, no obstante las limitantes procesales que siempre han disminuido la portencialidad del amparo constitucional¹³, fue éste el mecanismo judicial que, de manera ordinaria, se empleó en Venezuela para exigir a los tribunales la tutela oportuna y efectiva frente a actuaciones materiales de la Administración carentes de título ejecutivo, e incluso, frente a verdaderos actos administrativos dictados con ausencia total y absoluta de procedimiento o por una autoridad manifiestamente incompetente. Tal estado de cosas, como de inmediato se verá, comenzó

12 Sobre el dogma del acto administrativo como objeto del proceso contencioso administrativo de anulación, véase FARÍAS MATA, Luis H., "Acto administrativo. Materia del recurso contencioso de anulación", en el libro colectivo de las XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar *Avances Jurisprudenciales del Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Tomo II. Barquisimeto: IEJEL, 1993, pp. 9 y ss.

13 Entre otras, el supuesto *carácter extraordinario* del amparo, que restringe arbitrariamente el acceso a esta vía de tutela de derechos constitucionales y de DDHH en el ámbito interno, el supuesto carácter de *cosa juzgada formal* de las decisiones que se adoptan en este tipo de juicios, y el supuesto *carácter restitutorio*, que no restablecedor, del amparo, que impide a los jueces anular actos, imponer condenas de hacer o de no hacer, etc. Las razones ofrecidas por la jurisprudencia a favor de tales características del aparato, pueden verse en las sentencias compiladas por ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luis A., y MAIONICA HENRÍQUEZ, Giancarlo, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional (1969-2004)*. Caracas: Editorial Sherwood, 2004, pp. 148, 268 y 476. Algunos comentarios críticos a estos aspectos en la tercera parte del trabajo.

a modificarse a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y, con ella, de la puesta en funcionamiento de la Sala Constitucional.

En efecto, a pesar de reconocerse a nivel constitucional (art. 27) que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y de señalarse que el procedimiento de la acción de amparo será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y que la autoridad judicial competente tendrá potestad plena para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella, esto es, a pesar de haber reconocido el Derecho positivo la tesis del amparo como un derecho subjetivo, más que una garantía constitucional¹⁴, lo cierto es que el amparo constitucional tiende a ser, cada vez más, una vía cerrada a los ciudadanos en su búsqueda por lograr tutela frente a la arbitrariedad de la Administración, incluso en los casos en los que se denuncian vías de hecho.

II. LA VÍA DE HECHO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1999, EN ESPECIAL, LUEGO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TSJ DE 2004

Desde antes de la puesta en vigencia de la muy cuestionable ley orgánica que rige las funciones del Alto Tribunal¹⁵, la Sala Constitucional ha propendido a la exclusión radical del amparo autónomo como vía ordinaria para reclamar tutela frente a actuaciones materiales carentes de título ejecutivo y ejecutorio de la Administración, pudiendo calificarse

14 Sobre la naturaleza de derecho subjetivo del amparo, véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales. Derecho y Acción de Amparo*. Tomo V. Caracas-San Cristóbal: UCAT-EJV, 1998, p. 48 y ss. Las críticas a esta visión del amparo, en CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “Cinco tesis y un corolario sobre el amparo contra decisiones judiciales”, en *Revista de Derecho Administrativo* n° 9, Mayo-Agosto 2000, Caracas: Editorial Sherwood, pp. 74 y ss.

15 Sobre los múltiples vicios que presenta esta ley desde el punto de vista constitucional, véanse, entre otros trabajos, los de CARRILLO, Carlos Luis, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Anotada y comentada*. Caracas: FUNEDA, 2005, y BREWER-CARÍAS, Allan R., *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas: EJV-CECLA, 2006.

de meras excepciones los casos en que dicha Sala ha admitido amparos ejercidos por este motivo –o en los que ha ratificado la decisión de instancia de admitirlos– y más aún en los que los ha declarado procedentes. Tal ha sido la consecuencia de potenciar, no obstante su discutido reconocimiento actual como derecho subjetivo constitucional, la tesis del carácter extraordinario del amparo, en general, y del amparo contra la Administración, en particular, en este caso, a partir del argumento según el cual el contencioso-administrativo, dada su generosa regulación constitucional, es siempre, esto es, a priori, una vía judicial idónea para lograr la tutela judicial requerida.

En efecto, aún en aquellos casos en los que el accionante ha denunciado la ausencia absoluta y total del procedimiento (violación flagrante del debido procedimiento administrativo)¹⁶, así como en otros casos en los cuales los presuntos agraviantes han denunciado la adopción de medidas ablatorias de sus derechos constitucionales sin observancia de los límites y garantías que el Derecho Administrativo impone a la Administración, central y descentralizada, y reconoce a los particulares en sus relaciones con aquélla¹⁷, la Sala Constitucional ha inadmitido dichos amparos. Para ello, ha insistido en lo innecesario que resulta acudir al amparo visto el carácter subjetivo del proceso contencioso-administrativo¹⁸, y los amplios poderes cautelares y de restablecimiento que tienen los jueces de ese ámbito competencial para tutelar las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la Administración, de acuerdo con el artículo 259 constitucional¹⁹. En criterio de esa Sala, al tornarse injustificada la activación del amparo, el agraviado en sus derechos y garantías constitucionales queda obligado a transitar la vía ordinaria (pretensión de anulación, de abstención o carencia, de condena al pago de sumas de dinero, etc.) para lograr la protección constitucional requerida.

16 Un ejemplo de esto, en sentencia n° 2, de 17 de enero de 2007, caso: *Inversiones Garden Place 002, C.A.*

17 Véase como ejemplo, el fallo n° 2751, de 22 de octubre de 2003, caso: *Enrique Ramón Tigua Vélez*.

18 Respecto del carácter subjetivo, ver fallo n° 221, de 20 de febrero de 2004, caso: *UE Simón Bolívar SRL*.

19 Sobre los poderes cautelares y en la sentencia de fondo del juez contencioso-administrativo, ver MUCI BORJAS, José Antonio, “Los poderes del juez administrativo-tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa”, en *Revista de Derecho* n° 14. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

Debe señalarse, que parte de la doctrina nacional²⁰ ha secundado, quizá con cierta inocencia, este criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional, que, vale acotar, recoge y profundiza un criterio que ya existía en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, desde su sentencia de 10 de julio de 1991, caso: *Tarjetas Banvenez*, debido a los temores frente a los efectos del amparo sobre el sistema procesal²¹. Así, partiendo del reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en el ámbito contencioso-administrativo, puede afirmarse que parte de la doctrina comparte el punto de vista de la Sala, en cuanto a lo innecesario y hasta inconveniente que resulta el amparo autónomo contra la Administración, incluido el caso de las vías de hecho. Básicamente, se argumenta que a través del amparo no puede el juez, con pleno respeto a los derechos de las partes, efectuar un análisis a fondo de la situación debatida, como sí puede hacerlo en los juicios contencioso-administrativos, y que en los casos donde sea urgente la tutela judicial, las medidas cautelares serían suficientes para evitar violaciones y perjuicios irreparables.

Es el caso que esta tendencia, tanto jurisprudencial como doctrinaria, como antes se indicó, se ha acentuado luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del TSJ, ya que esta ley, por primera vez en la historia del contencioso-administrativo en Venezuela –de muy corta data–, atribuyó de manera expresa a la Sala Político del Alto Tribunal –y, de acuerdo con interpretación de la Sala Político-Administrativa, a los demás tribunales contencioso-administrativos–²², la competencia para conocer

20 Cfr. ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., *La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo*. Caracas: Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 746 y ss., y LINARES BENZO, Gustavo, *El Proceso de Amparo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1999, p. 193, quien estima que las sentencias de amparos autónomos no son más que *proveimientos cautelares*, dado el carácter de cosa juzgada formal que se les reconoce.

21 En esta sentencia, al argumentar a favor del carácter extraordinario del amparo y la imposibilidad de anular actos administrativos en esta sede, que deriva de ello, indicó la SP-A: “De no ser así –ha dicho también esta Sala– no se trataría entonces de una acción constitucional de amparo, sino de otro tipo de recurso, por ejemplo, el contencioso-administrativo, cuyos efectos anulatorios no se corresponden con los restitutorios del am-paro y ‘si tal sustitución se permitiera, el amparo llegaría a suplantar nuestro sistema de Derecho Positivo’, desnaturalizando el carácter extraordinario del amparo (S. 23-05-88, caso: *Fincas Algaba*)”.

22 Ver sentencias de la Sala Político-Administrativa de 27/10/04, caso: *Marlon Rodríguez*, y 24/11/04, caso: *Tecno Servicios Yes’ Card*, en las que estableció, por

de acciones contra las vías de hecho de las autoridades nacionales en los siguientes términos: “Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, como más alto Tribunal de la República (...) 27. Conocer de las reclamaciones en contra de las vías de hecho imputadas a los órganos del Ejecutivo Nacional y demás altas autoridades de rango nacional que ejerzan el Poder Público”. Dejando de lado la pésima redacción de la disposición, el precepto es claro en cuanto a la competencia que atribuye al contencioso-administrativo en materia de vías de hecho.

Con apoyo en esta disposición legal, así como en el criterio tradicional de la jurisprudencia y parte de la doctrina en la materia, la Sala Constitucional, por regla general²³, ha venido declarando inadmisibles los amparos autónomos ejercidos en contra de la Administración cuando se le imputa a ésta el haber incurrido en vías de hecho. Sirva de muestra de esta tendencia mayoritaria, lo expresado en sentencia antes mencionada, n° 1.549, de 20 de julio de 2007, caso: *Bingo Platinum, C.A.*²⁴, en el cual

vía judicial en ausencia de ley, las competencias en razón de la jerarquía y nivel territorial del órgano o ente y de la cuantía de la demanda, las competencias de las Cortes Contencioso-Administrativas y de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo, entre las que se encuentra el conocimiento de reclamaciones en contra de las vías de hecho.

23 Excepciones a esta regla general, la constituyen las sentencias n° 511, 12/03/03, caso: *SAT VISION, S.A.* y n° 3.052, de 04/11/04, caso: *Agropecuaria Doble R C.A.*

24 En esta sentencia, la Sala argumentó cuanto sigue: “En el presente caso, la Sala verifica que la actuación denunciada como lesiva se enmarca en lo que la doctrina denomina una vía de hecho, susceptible de control jurisdiccional contencioso administrativo, lo cual evidencia, que el demandante cuenta con una vía judicial idónea para satisfacer la pretensión incoada por vía del amparo, cual es el recurso contencioso administrativo de nulidad con medida cautelar contra la referida actuación material de carácter administrativo. En relación con la eficacia del recurso contencioso administrativo de nulidad, la Sala estableció, en la sentencia n° 82/2001, que: “*la eficacia del recurso contencioso administrativo de anulación como medio judicial a los fines del cabal restablecimiento de la situación jurídica infringida, se evidencia de las amplias potestades que por disposición del texto constitucional le han sido otorgadas al juez contencioso, dado que no solo puede anular el acto administrativo impugnado, sino también ‘...disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa’, lo cual demuestra su absoluta idoneidad, con relación a lo que ocurre con el juez constitucional de amparo, para alcanzar así la efectiva protección de los derechos y garantías constitucionales que han sido conculcados por el acto administrativo impugnado*”. Siendo ello así, debe precisarse que los accionantes no expusieron circunstancia alguna que permitiera a esta Sala llegar al convencimiento que el medio idóneo para lograr la efectiva tutela judicial era

se intentó un amparo constitucional en contra de presuntas actuaciones materiales de la Comisión Nacional de Casinos carentes de título jurídico, y en sentencia previa, n° 2.353, de 14 de diciembre de 2006, caso: *Carlos Vecchio y otros*, en el cual se intentó un amparo autónomo en contra de presuntas vías de hecho del Presidente de la República y del Ministro de Comunicación e Información²⁵. Parte de la doctrina²⁶, ha

el amparo y no el respectivo recurso contencioso administrativo y por tanto, la acción propuesta debe inadmitirse conforme al cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo... y así se declara”.

- 25 En este caso, sostuvo la Sala cuanto sigue: “En esa línea argumental, si los mencionados mensajes presidenciales constituyesen, a juicio de los actores, actuaciones materiales dimanadas del Ejecutivo Nacional, que se apartan de lo estipulado en el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las mismas pueden ser cuestionadas a través de la vía de la reclamación contemplada en el artículo 5, numeral 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ante el órgano competente en el orden contencioso administrativo para su control, cual es la Sala Política Administrativa de este Alto Tribunal, como lo estatuye el párrafo segundo de la mencionada disposición procesal. En efecto, la norma antes mencionada establece: “*Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: ...omissis... 27. Conocer de las reclamaciones contra las vías de hecho imputadas a los órganos del Ejecutivo Nacional y demás altas autoridades de rango nacional que ejerzan el Poder Público; ...omissis...*” Ante la existencia de este medio procesal, el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales prevé que no se admitirá la acción de amparo “*Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes...*”. Con respecto a la causal de inadmisibilidad prevista por la norma citada, esta Sala, en sentencia N° 2.369 del 23 de noviembre de 2001, caso: “*Mario Téllez García y otro*”, precisó lo siguiente (...) En el caso de autos, la Sala considera que el medio procesal idóneo para obtener la protección constitucional requerida contra las actuaciones del Presidente de la República, así como aquellas que se imputen al Ministro de Comunicación e Información, relativas al empleo de los medios de comunicación radial y televisivo en la forma que describen los actores, es la vía contenciosa-administrativa, concretamente a través de la reclamación contemplada en el numeral 27 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conjuntamente con algunos de los medios de protección cautelar que brinda el ordenamiento jurídico-procesal vigente. En consecuencia, visto que las razones invocadas no son suficientes para justificar la interposición de la presente acción frente al medio procesal antes indicado, la Sala juzga que la pretensión de tutela constitucional ejercida resulta inadmisibile en aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, en concordancia con el artículo 6.5 *eiusdem*. Así se decide”.
- 26 Ver HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “La vía de hecho en la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Ed.), *Temas de Derecho Procesal*, Vol. I. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 675 y ss.

manifestado en fecha reciente su conformidad con esta tendencia de la Sala, a la que tan sólo reprocha el no haber fijado, o al menos sugerido, a la jurisdicción contencioso-administrativa –ante la evidente inercia de la Sala Político-Administrativa– el procedimiento por el que deben sustanciarse las pretensiones en contra de las vías de hecho, con base en el párrafo 2 del artículo 19 de la Ley Orgánica del TSJ, que permite al Alto Tribunal adoptar el procedimiento aplicable, entre los vigentes en leyes procesales, cuando no exista uno previsto especialmente para resolver el caso concreto.

En efecto, partiendo de premisas de dudosa constitucionalidad (por ejemplo, que la vía de hecho no supone, *per se*, la desvinculación plena de la Administración al Derecho Administrativo, y que la comisión de tal conducta tampoco puede suponer, en ningún caso, la inobservancia de las prerrogativas procesales de los entes públicos²⁷), y tomando en consideración la supuesta inutilidad práctica que tiene en Venezuela la tesis de la vía de hecho, desde el momento en que el control jurisdiccional de la Administración lo ejerce el Poder Judicial²⁸, se estima que si se aplica en el ámbito contencioso-administrativo un cauce procesal adecuado, suficiente y célere para atender y decidir las reclamaciones en contra de las vías de hecho, entonces no se justificaría el uso del amparo autónomo en contra de la Administración para demandar la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías constitucionales infringidas por vías de hecho, puesto que el contencioso-administrativo, a través del procedimiento

27 “La vía de hecho no entraña entonces la incompetencia de los Jueces contencioso-administrativos, quienes podrán conocer, por el contrario, de tales actuaciones materiales. Tampoco, pareciera cierto que, ante la las actuaciones materiales, decaigan –sin más– las prerrogativas de la Administración reconocidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en tanto su criterio de aplicación es orgánico o subjetivo, que no material, tal y como dispone su artículo 63. Finalmente, tampoco parece que al incurrir en vías de hecho la Administración se sustraiga del Derecho Administrativo: ha sido éste, por el contrario, el que ha arbitrado medios de garantías del particular frente a las vías de hecho”. HERNÁNDEZ G., José I., *op. cit.*, p. 671.

28 Inutilidad que ha surgido luego de la vigencia de la Ley Orgánica del TSJ, pues antes permitía distinguir no entre Administración y Jurisdicción, como en Francia, pero sí entre el contencioso y los demás tribunales, al compartirse la premisa de que la comisión de una vía de hecho implica la no aplicación del D. Administrativo.

judicial especial adecuado podría, incluso con mayor cognición, brindar esa tutela judicial²⁹.

Entre las opciones posibles, se indica que el procedimiento breve contemplado en el Código de Procedimiento Civil sería el más idóneo para el conocimiento y decisión de las vías de hecho, pues permitiría al juez contencioso adoptar, con brevedad y simplificación, las medidas definitivas y necesarias para restablecer la situación jurídica infringida vulnerada por la vía de hecho de la Administración, partiendo que la premisa de que en casos de vía de hecho, los jueces deben analizar es la conformidad con el Derecho de las actuaciones materiales denunciadas como arbitrarias, carentes de título jurídico, y no la existencia de vicios de nulidad absoluta o que impliquen la anulabilidad de actos administrativos, casos en los cuales sí se requiere de un juicio más detenido y extenso para su determinación.

Al margen de lo apropiado o no que resulte la adopción de este procedimiento especial para el conocimiento y decisión de las vías de hecho, cuyo sometimiento al ámbito judicial, desde luego, no puede en modo alguno supeditarse al agotamiento previo de vías administrativas³⁰, es el caso que, hasta la fecha, y bajo la vigencia de una Constitución tan garantista como la de 1999, se exige a los presuntos agraviados que acudan al ámbito contencioso a plantear sus reclamaciones contra las vías de hecho, aun cuando ni el legislador³¹ ni la jurisprudencia han in-

29 Cfr. HERNÁNDEZ G., José I., *op. cit.*, pp. 676 y ss, quien coloca junto al cauce contencioso el de los interdictos para la protección de la posesión, que seguirían siendo competencia de los jueces civiles aún cuando se intenten en contra de una Administración.

30 En cuanto al debate sobre la inconstitucionalidad de las vías administrativas obligatorias, véase lo expuesto en ROJAS PÉREZ, Manuel, "Agotamiento opcional de la vía administrativa en el derecho positivo venezolano actual", en *Revista de Derecho* n° 20. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006, y HERRERA ORELLANA, Luis A., "La vía administrativa: ¿garantía para los particulares o privilegio de la Administración?", en *Revista de Derecho* n° 10. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

31 Por estos días se examina en la Asamblea Nacional, en segunda discusión, un Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual contempla que las reclamaciones contra las vías de hecho serán examinadas a través de un procedimiento *sumario*, que está regulado en los artículos 55 y siguientes de dicho Proyecto, y en el cual el juez, de estimar procedente la demanda, podrá además de ordenar el cese de la actuación material contraria a Derecho, el

dicado a través de qué procedimiento judicial y bajo qué condicionantes se tramitarán estas demandas en contra de la Administración, que entre tanto ejerce a plenitud su privilegio de autotutela administrativa, a partir de la errada premisa, refrendada por la mayoría de la doctrina nacional, conforme a la cual todo acto de la Administración es administrativo y por ello goza de ejecutividad y ejecutoriedad³². Prueba de ello, es que en algunas de las decisiones de la Sala Constitucional mencionadas en este trabajo, se indica a los accionantes que el mecanismo idóneo para enfrentar la vía de hecho en el contencioso, es la pretensión de anulación de actos administrativos.

Por ello, antes de secundar la tendencia de la Sala Constitucional y, muy probablemente, dado el estatus de ésta, de los restantes tribunales de la República, de remitir a los afectados en sus derechos y garantías constitucionales por vías de hecho de la Administración al contencioso-administrativo, a causa de las bondades procesales que éste, por mandato de la Constitución, está llamado a brindar, conviene prestar atención a varias razones, que abonan al mantenimiento del amparo autónomo como vía ordinaria frente a las vías de hecho de la Administración, dada la urgencia y celeridad con que en estos casos se requiere de una tutela judicial efectiva, que sólo de manera excepcional puede obtenerse ante los tribunales contencioso-administrativos. Ello así, al menos hasta tanto cambie la legislación procesal, o que la Sala Político-Administrativa adopte criterios que hagan posible lograr la protección requerida en estos casos de grave injuria constitucional.

restablecimiento de la situación, incluso mediante la condena al pago de sumas de dinero si se logran probar los daños y perjuicios en el proceso.

32 “La propia definición de acto administrativo que incorpora el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, incluso, con todas sus deficiencias, avala la tesis que sostenemos: basta que medie una declaración *formal* [esto es, que cumpla con los requisitos del art. 18 de la LOPA] de la Administración, para que exista un acto que, *ex lege*, se repunte como *administrativo*. Ello, se insiste, impide considerar que la Administración ha actuado fuera del ejercicio de su función administrativa”. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, HERNÁNDEZ G., José I., “La pretensión procesal frente a las vías de hecho...”, *op. cit.*, pp. 228 y 229.

III. RAZONES A FAVOR DEL MANTENIMIENTO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO COMO VÍA JUDICIAL ORDINARIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES VULNERADOS POR VÍAS DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN

Una primera razón para rechazar la remisión al contencioso-administrativo de las demandas contra vías de hecho que violen derechos o garantías constitucionales, es la inaceptable lentitud con que se deciden las medidas cautelares en esta sede, no solamente por el gran número de causas y por los trámites internos que retardan la labor (apertura de cuadernos, intervención del Juzgado de Sustanciación, carácter colegiado de la decisión, etc.), sino sobre todo por los criterios, muy probablemente inconstitucionales, que rigen en la actualidad en este ámbito competencial. Así, tanto en el contencioso general como en el contencioso-tributario, debe la parte actora esperar a que se practiquen las notificaciones de la Administración demandada, y hasta que ésta remita el expediente administrativo en el caso de la medida de suspensión de efectos, para que el tribunal contencioso-administrativo se pronuncie sobre la procedencia o no de la cautela solicitada³³. Y si se trata de cautelares innomidas previstas en el Código de Procedimiento Civil la situación es peor, pues en este caso la parte actora debe aguardar a que la parte demandada se haga presente en el juicio³⁴. Es muy probable que el tiempo que medie entre el cumplimiento de estas formalidades procesales y la decisión de la medida solicitada, torne irreparables la violación de los derechos o garantías constitucionales ocasionada por la vía de hecho.

Una segunda razón es la puesta de bulto por Chavero, al examinar críticamente la posición de Ortiz Álvarez sobre el tema, en cuanto a la absoluta imposibilidad, por ser ello manifiestamente violatorio del derecho a la defensa de la parte contra quien obra la medida, de que la tutela cautelar constituya un proveimiento irreversible³⁵, esto es, que sus efectos no pueden ser suprimidos por el juez al finalizar el proceso, si

33 Ver, sobre la notificación en el contencioso-tributario, voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero a la sentencia n° 2 de la SC, de 17/01/07, caso: *Inversiones Garden Place*.

34 Sobre esto último, ver sentencia de la SPA del TSJ, n° 953, de 01/07/03, caso: *Aura Grisanti Brand*.

35 Cfr. CHAVERO GAZDIK, Rafael, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Caracas: Editorial Sherwood, 2001, pp. 354 y ss.

determina en la oposición a la medida o en el fondo del juicio principal, que el *fumus boni iuris* de la parte beneficiada, por ejemplo, carecía de la necesaria base probatoria, lo que torna injustificada la protección cautelar requerida, o sencillamente la pretensión principal de la parte a la que se otorgó la cautela es rechazada por improcedente. De este modo, si la Constitución impone a los jueces contenciosos el restablecimiento pleno, efectivo y definitivo de la situación jurídica infringida por la vía de hecho, es evidente que no podrán cumplir con ese mandato a través de medidas cautelares, por definición, provisionales e instrumentales respecto de lo principal.

Una tercera razón, que se suma a las anteriores pues se refiere al tema cautelar, es, más allá de la retórica jurisprudencial de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa, la vigencia de criterios muy cercanos a los inconstitucionales principios tradicionales de las medidas cautelares criticadas por Canova desde hace casi 10 años³⁶, que, por ejemplo, exigen al actor una profunda actividad probatoria para decretar la tutela cautelar, o que limitan de forma considerable el tipo de medidas que pueden dictar los jueces, al prohibir que se dicten medidas anticipativas, por considerarlas, al margen del indebido uso que se haga de las mismas, *per se* contrarias al debido proceso y al derecho a la defensa³⁷.

Además de las limitaciones que el proceso contencioso-administrativo muestra hoy día en materia cautelar³⁸, quizá la más grave de sus carencias es la inexistencia de un procedimiento judicial especial que resulte idóneo para conocer de las reclamaciones en contra de las vías de hecho, incluidas las que causen o amenacen con causar violaciones a derechos o garantías constitucionales. Ciertamente, este inconveniente, derivado de la precaria regulación del proceso administrativo en la Ley

36 CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano*. Caracas: Editorial Sherwood, 1998, pp. 256 y ss.

37 Véase sentencia de la SC del TSJ, n° 1.508, de 06/06/03, caso: *Jesús Alberto Díaz Peña*.

38 Paradójicamente, para lamento de los particulares, pues la Administración goza de criterios a su favor para, cuando excepcionalmente no puede hacer uso de su potestad de autotutela, los tribunales, aún de oficio, decreten medidas cautelares a su favor. Ver, al respecto, sentencia de la SC n° 959, de 25/05/07, caso: *Alexandra Stuparic y otros*, y de la CPCA n° 1525, de 22/06/07, caso: *Corporación Hotelera Hemesa, S.A.* Véase también el art. 211 de la Ley de Tierras y la interpretación que de él hizo la SC en sentencia n° 962, de 09/05/06.

Orgánica del TSJ, pero sobre todo, de la inexistencia de una ley que regule la jurisdicción contencioso-administrativa, puede resolverse si la Sala Político, o en defecto de esta, la Sala Constitucional, en ejercicio de la potestad que les confiere el ya referido párrafo 2, del artículo 19 *eiusdem*, adoptan alguno de los procedimientos previstos en leyes procesales en vigor, aquél que juzgue más adecuado para la tramitación de este tipo de pretensiones. Se ha sugerido, como se indicó antes, la adopción del procedimiento breve previsto en la Ley Adjetiva Civil. Dos problemas se aprecian para resolver el asunto: la inercia, de más de tres años, de esas Sala por resolver la cuestión, en claro menoscabo del acceso a la justicia de los particulares, y la inadecuación de algunas etapas del referido procedimiento (cuestiones previas, reconvencción³⁹) a lo que señalan los artículos 257 y 259 de la Constitución de 1999, que resultan incompatibles con la situación de las partes fuera del proceso, donde una tiene autotutela y la otra no.

Una cuarta razón, cercana a la antes expuesta, es la definitiva inidoneidad del juicio contencioso-administrativo de anulación para resolver reclamos contra vías de hecho, que en algunas oportunidades (ver sentencia n° 1.549, de 20/07/07) ha sido señalado por la Sala Constitucional como cauce procesal adecuado para conocer de reclamaciones en contra de este tipo de actuaciones materiales lesivas de derechos y garantías constitucionales. Sólo teniendo presente la incorrecta e inconveniente costumbre de la jurisprudencia y la doctrina nacional de calificar arbitrariamente a todo acto de la Administración como acto administrativo, a partir del eufemismo de que se con ello se garantiza el acceso a la justicia frente a todo acto de la Administración, y del olvido que esta concepción es propia del contencioso como juicio revisor y no como juicio subjetivo, esto es, como un sistema abierto de pretensiones⁴⁰, es

39 Una descripción detallada del procedimiento breve puede apreciarse en SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón, *Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*, 2da edición. Caracas: Paredes Editores, 2004, pp. 625 y ss. Menos idóneo resultará el procedimiento breve si, además, se le reconocen a la Administración todas las prerrogativas que contempla la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

40 Sobre el contencioso como sistema abierto de pretensiones ver UROSA MAGGI, Daniela, “La pretensión procesal administrativa”, en el libro colectivo *El Contencioso-Administrativo Hoy*, *op. cit.*, pp. 103 y ss, y fallo de la Sala Constitucional n° 93, de 01/02/06, caso: *Bogsivica*.

que puede comprenderse el porqué de este tipo de pronunciamientos, y sobre todo, del porqué es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes, de acuerdo con tal concepción autoritaria del contencioso, deben reconducir su pretensión en contra de meras actuaciones materiales de la Administración, como si se dedujera en contra de un acto administrativo, para imputarle a aquéllas vicios típicos de éste, como son la incompetencia, la violación de la cosa juzgada, el falso supuesto o la desviación de poder, en vez de concentrarse en probar la actuación sin título de la Administración y la violación que ello produce a sus derechos o garantías constitucionales. Y ni hablar, de la lentitud, mínima inmediatez, alto costo y multiplicidad de prerrogativas que tienen que soportar los particulares en este procedimiento, vedado por ejemplo a la población de bajos recursos que, paradójicamente, es la más expuesta a la arbitrariedad en el proceder administrativo⁴¹.

Ahora bien, las razones expuestas, si bien permiten argumentar a favor de mantener al amparo autónomo como vía ordinaria para la defensa de los derechos y las garantías constitucionales vulnerados por vías de hecho de la Administración, debe señalarse que esta vía procesal

41 Una razón adicional, pero cuya demostración desborda con creces los límites de este trabajo, es la creciente falta de independencia e imparcialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa al momento de juzgar a la Administración, derivada de la situación política nacional, de la precaria técnica de la legislación administrativa vigente y de la falta de especialización de muchos de los jueces de este ámbito competencial. Un indicio de la veracidad de lo afirmado, se precia en las estadísticas del año 2005 de la Sala Político del TSJ, en cuanto a pronunciamientos favorables a los particulares, recogidas en CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “Nuevos criterios jurisprudenciales en el contencioso-administrativo venezolano”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord.), *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*. Tomo II, Caracas: Editorial Texto, 2006; en la cuestionable redacción del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, que al definir la “moral administrativa” indica que ésta se entiende como “la obligación que tienen los funcionarios [¿incluidos los jueces?], empleados y obreros, de los organismos públicos, de actuar dando preeminencia a los intereses de Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o grupos dirigidos a la satisfacción de necesidades colectivas”, y en la tendencia a decretar, *ex officio*, medidas cautelares en contra de los particulares y a favor de la Administración.

tampoco brindará a los particulares la tutela que requieren frente a esta clase de actuaciones materiales si la jurisprudencia y la doctrina mantienen sus tesis tradicionales respecto del derecho reconocido por el artículo 27 constitucional. En efecto, es necesario abandonar definitivamente el lugar común del carácter extraordinario del amparo, pues éste resulta ser la *vía ordinaria* de tutela de los derechos constitucionales y de los DDHH en el derecho interno cuando las demás vías se muestran inadecuadas para brindar la protección requerida, de cara a la *urgencia y efectividad* con que debe resolverse el asunto, en forma definitiva, para que se pueda restablecer la situación infringida, sin generar inseguridad jurídica ni vulnerar el debido proceso de la parte demandada.

Asimismo, es fundamental modificar la errada, por restrictiva e inconstitucional, interpretación que la jurisprudencia y la doctrina vienen haciendo acerca del presunto carácter *restitutorio* del amparo constitucional. Tanto la Constitución vigente (art. 27) como la Ley Orgánica de Amparo (art. 1) hablan, literalmente, de *restablecimiento* de la situación jurídica infringida, y no de la restitución a la situación jurídica previa a la injuria constitucional. Producto de la fobia generada en los tribunales de la República respecto del amparo, a causa del indebido uso que jueces y abogados en ejercicio han hecho de la misma, para rechazar muchos amparo constitucionales e invitar a su no uso, en el país se decidió judicialmente que a través del amparo autónomo no se pueden anular actos —administrativos o de otra clase—, no se puede sustituir a la Administración ni se la puede condenar a reparar la situación infringida, porque ello supondría una sustitución plena de los restantes mecanismos procesales. Es necesario, para que el amparo tenga alguna utilidad práctica, entender, como lo alega Chavero⁴², que los jueces tienen, al igual que en el contencioso, plenos poderes de restablecimiento, y que no están limitados en su obligación de tutelar los derechos.

Por último, entre otros elementos de importancia, es esencial reexaminar el supuesto carácter de *cosa juzgada formal* que ostentan los fallos de fondo dictados en juicios de amparo autónomo en contra de la Administración. En efecto, si el amparo es una vía ordinaria de tutela de derechos y garantías constitucionales en defecto de otras vías procesales idóneas y simples de cara a la urgencia y efectividad plena de la protec-

⁴² Ver CHAVERO GAZDIK, Rafael, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 358 yss.

ción solicitada y si a través de él los jueces, por así disponerlo la Constitución misma están habilitados para restablecer plenamente la situación jurídica infringida, resulta absurdo e inconsistente, así como únicamente explicable a partir de la fobia al amparo, que los efectos del fallo que acuerda el amparo no sean *declarativos, provisionales* y no *vinculantes* para otras sedes procesales. Por el contrario, han de ser *constitutivos, definitivos* y *vinculantes* para las demás sedes procesales. Para ello, es menester distinguir entre el amparo cautelar, el amparo contra sentencias y el amparo contra normas legales, del amparo contra la Administración o contra los particulares, pues sólo así se podrá notar que no todo amparo tiene igual naturaleza jurídica, y que no todo amparo tiene la naturaleza de un proveimiento cautelar.

A juicio de quien suscribe, sin los ajustes teóricos y prácticos antes señalados, tampoco el amparo constitucional será idóneo para brindar una tutela *efectiva* frente a vías de hecho de la Administración, lo que se traducirá, lastimosamente, en altos índices de impunidad respecto de actuaciones arbitrarias de la Administración, con grave perjuicio para los derechos y garantías constitucionales de los particulares en Venezuela⁴³.

43 Son ejemplos de lo afirmado los “rescates” (tomas de posesión de tierras) realizados por el INTI, incluso sin procedimiento previo, desconociendo documentos públicos que acreditan la titularidad sobre la tierra; los procedimientos de fiscalización realizados por el SENIAT en los que, de manera sumaria, sin contradictorio, impone sanciones a los particulares por incumplimiento de deberes formales y las rescisiones unilaterales de contratos realizados por empresas públicas que carecen de potestad de autotutela o que, tendiendo atribuida dicha potestad, no sustancian un previo procedimiento administrativo o que se exceden en la ejecución del acto definitivo por el que se rescinde el contrato, realizando operaciones materiales que van más allá de lo que aquél les habilita realizar. Todos estos son casos de actuaciones materiales no cubiertas por título ejecutivo, que actualmente no tienen cauce procesal en el contencioso y que tampoco pueden ser denunciadas como lesivas de derechos constitucionales a través del amparo autónomo.

Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)

Allan R. Brewer-Carías*

I. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS PÉTREAS

Los mecanismos para la reforma de la Constitución en una sociedad democrática constituyen una de las piezas esenciales del Estado Constitucional, del Estado de derecho y de la democracia constitucional,¹ pues al ser establecidos en la propia Constitución, la soberanía popular puede decirse que queda perfectamente juridificada; es decir, sujeta a limitaciones en cuanto a su manifestación, no sólo impuestas a los órganos

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007)

1 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en una sociedad democrática” (Conferencia dictada en el acto de presentación del libro *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República Dominicana, Santo Domingo 12 de julio 2006), en *Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 709-712. Véase también en www.allanbrewerCarías.com, Sección I, 1, 943 (2006).

del Estado mismo, sino al funcionamiento de la propia democracia y a la manifestación de dicha soberanía popular.

Por ello, si bien en la generalidad de las Constituciones, como por ejemplo ocurre en la de Honduras, se proclama que “la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado,” sin embargo, le imponen al propio pueblo, en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Como dice el artículo 2 de la Constitución de Honduras: si bien del pueblo “emanan todos los Poderes del Estado”, los mismos sólo “se ejercen por representación”.

En esta forma, a la soberanía popular en las Constituciones se la ha dotado de un carácter jurídico y no sólo fáctico, lo que por supuesto no implica que se haga de la Constitución una fuente de la soberanía misma. El pueblo es el soberano y, como tal, es el que ha juridificado, al adoptar la Constitución, el ejercicio de su propia soberanía, otorgando además, a la misma de carácter supremo. En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita a través de la Constitución adoptada como norma suprema para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio.

Pero sin duda, la soberanía, a pesar de ser dotada en las Constituciones de ese carácter jurídico, en definitiva resulta ser un concepto político o una cuestión de hecho, cuyo ejercicio en una sociedad democrática tiene que tender a fundamentarse en el consenso político, para lograr que sea, precisamente, la expresión del pueblo. En otras palabras, el ejercicio de la soberanía popular en un Estado constitucional de derecho, nunca puede consistir en la imposición de la voluntad de una fracción sobre la otra. Tiene que buscar responder al consenso político, que por supuesto es cambiante, como también es cambiante el juego de las relaciones sociales y políticas.

La clave del éxito de las Constituciones, como normas dotadas de supremacía, en cualquier sociedad democrática es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o de un pacto de toda una sociedad –y no de voluntades circunstanciales– y, además, poder prever en sus normas, tanto la forma de materialización de los cambios constitucionales, como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular no vaya a ser suplantada.

Por eso, la normativización de la soberanía popular, más que una limitación impuesta por el propio pueblo a su manifestación, es una garantía para que al pueblo pueda asegurársele la libre determinación de decidir su futuro. Por eso es que decimos que la juridificación de la soberanía popular implica su autolimitación procedimental, mediante el establecimiento de normas que aseguren efectivamente la formación de la voluntad soberana; normas precisamente como la que están en el artículo 373 de la Constitución de Honduras donde se precisa que una reforma constitucional sólo puede aprobarse cuando dos Legislaturas diferentes y subsecuentes la aprueben mediante voto calificado.

En general, por tanto, los procedimientos para la reforma constitucional establecidos en las Constituciones, constituyen una limitación adjetiva, auto impuesta, para asegurar la manifestación de la voluntad popular; lo que sin embargo no excluye la posibilidad de que como lo regulan muchas Constituciones, también se establezcan limitaciones de orden material, como cláusulas pétreas que buscan limitar el propio contenido de la voluntad popular, restringiendo su facultad de cambiar determinados principios e, incluso, sistemas políticos. Por ello el artículo 374 de la Constitución de Honduras dispone que no son reformables los artículos constitucionales que se refieren “a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente.”

En todo caso, los mecanismos de reforma constitucional deben ser regulados en las Constituciones en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular (que en el caso de Honduras sólo es a través de sus representantes), a la vez, permita que se realicen los cambios necesarios que exige cualquier sociedad democrática.

Se trata, siempre, de la búsqueda del equilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional, que son los principios que siempre están presentes en toda reforma constitucional: Por una parte, la supremacía constitucional, que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, prescribiendo los mecanismos para la reforma constitucional como límites a los poderes constituidos y al propio pueblo; y por la otra, la soberanía popular

que faculta al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente para modificar el Estado constitucional, su organización y la propia Constitución, en la forma prescrita en ella misma.

El primero, el principio de la supremacía constitucional, es un concepto jurídico; y el segundo, el de la soberanía popular, es un concepto político (aunque jurídicado); y en torno a ambos es que gira el poder constituyente, es decir, el poder de reformar la Constitución que siempre debe resultar de un punto de equilibrio entre ambos principios. Ni la supremacía constitucional puede impedir el ejercicio de la soberanía por el pueblo, ni este pueda expresarse al margen de la Constitución. En esta forma, en el equilibrio entre ambos principios, que es el equilibrio entre el derecho y los hechos, o entre el derecho y la política, es cómo el poder constituyente debe manifestarse en un Estado constitucional y democrático de derecho. Es decir, la reforma constitucional debe resultar del equilibrio previsto en la Constitución entre soberanía popular y supremacía constitucional, como juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo desde el punto de vista democrático.

Por todo lo anterior, puede decirse que la reforma de la Constitución o el poder de reforma constitucional, es un poder jurídico que descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación de ese poder de revisión. Por ello el artículo 375 de la Constitución de Honduras declara enfáticamente que ella en caso alguno pierde su vigencia ni deja de cumplirse “cuando fuere modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone”.

Lo importante a destacar, en todo caso, es que esta juridificación o fijación jurídica no implica que la soberanía nacional, como poder constituyente, desaparezca. En realidad puede decirse que por la propia autolimitación constitucionalmente establecida, una vez regulado el poder constituyente en la Constitución, el mismo entra en un estado latente pero teniendo siempre la posibilidad de manifestarse cuando sea requerido, conforme al procedimiento que el mismo pueblo ha instituido en el texto constitucional.

Por ello la importancia que tiene para el Estado constitucional democrático de derecho que esta juridificación del poder constituyente sea, en definitiva, un instrumento para el fortalecimiento de la democracia. Se trata de la previsión, en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y

racionales para que el pueblo adopte en un momento y circunstancias determinadas el orden político y jurídico apropiado para sus fines esenciales. De allí la posibilidad misma de plantear el mecanismo constitucional de la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, pero para ello, obviamente, el mismo tiene que ser previamente juridificada.

En todo caso, cualquiera que sea el procedimiento constitucionalmente establecido para la reforma constitucional, el mismo debe garantizar la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evitar que por la fuerza o por la expresión de mayorías circunstanciales se imponga la voluntad de una facción del pueblo sobre las otras. La historia, por lo demás, enseña que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, por sobre todo tiene que ser un instrumento para la inclusión, el consenso y la conciliación. Es cierto que a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, como también nos lo muestra la historia reciente. Pero en todo caso, debe ser un instrumento de conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular. Ese es el reto que todo país tiene al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos.

En el caso de Honduras, la Constitución es de los pocos textos constitucionales latinoamericanos que establece mecanismos relativamente sencillos para su reforma, excluyendo la intervención del pueblo en el procedimiento de reforma, lo que al contrario, en la mayoría de los países latinoamericanos se requiere expresamente mediante la aprobación de las reformas por referendo. En efecto, en Honduras, de acuerdo con el artículo 373 de la Constitución, la adopción de las reformas constitucionales corresponde al Congreso, como cuerpo de la representación del pueblo, al cual este le asignó el carácter de poder constituyente derivado, pudiendo en tal carácter decretar dichas reformas en sesiones ordinarias, aún cuando con el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

Ese es el primer elemento de rigidez constitucional que se establece en la Constitución, seguido de otro y es que las reformas adoptadas sólo pueden entrar en vigencia una vez que sean ratificadas por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos. En consecuencia, en Honduras no hay otro mecanismo para reformar la Constitución que no sea el Congreso mediante el procedimiento especial mencionado, lo que implica la necesidad de lograr consensos entre los representantes del pueblo, mediante voto calificado, ni siquiera una sola vez, sino dos veces: primero por el Congreso que sancionó inicialmente la reforma y segundo, por el nuevo Congreso electo subsecuentemente.

Esta forma relativamente sencilla del procedimiento de reforma constitucional, por otra parte, tiene como contrapartida la inclusión en la Constitución de una sustancial cláusula pétrea referida a diversos aspectos constitucionales sustantivos que no pueden reformarse en la forma prevista. Es el caso mencionado del artículo 374 de la Constitución de Honduras el cual dispone que no son reformables mediante el mencionado procedimiento de reforma constitucional “los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente”.

Una norma de este tipo, como se dijo, no es frecuente en América Latina,² y quizás es sólo comparable con las previsiones de la Constitución de Guatemala donde también se establece en el artículo 281 de la Constitución que “en ningún caso podrán reformarse los artículos 140 (independencia del Estado y al sistema de gobierno), 141 (soberanía popular), 165, inciso g) (desconocimiento del mandato del Presidente después de vencido su período constitucional), 186 (prohibiciones para optar a cargos de Presidente y Vicepresidente) y 187 (prohibición de reelección), ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Modelos de revisión constitucional en América Latina”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, N° 141, Caracas 2004. pp.115-156; y en Walter Carnota y Patricio Marianello (Directores), *Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*, Editorial San Marcos, Lima 2008, pp. 210-251.

de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera de variar o modificar su contenido”.

En otros países las cláusulas pétreas son más limitadas, como sucede por ejemplo en El Salvador, donde el artículo 248 constitucional dispone que: “No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”. En sentido similar, aún cuando sin referencia al principio de la alternabilidad, el artículo 119 de la Constitución de República Dominicana declara que: “Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”. En otros casos, como en la Constitución del Brasil, lo que se establece es que no se puede abolir determinadas instituciones o principios, pero ello no impide la reforma de los artículos que las consagran. En tal sentido, el artículo 60 § 4, establece que: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. La forma federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de los Poderes; IV. Los derechos y garantías individuales”.

En el artículo 137 de la Constitución de Cuba también se ha establecido una cláusula pétrea respecto del “sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera”. Además, en la reforma constitucional de junio de 2002, la Asamblea Nacional del Poder Popular añadió al texto constitucional otra cláusula pétrea con el siguiente texto:

Disposición Especial. El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 de junio del 2002, su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la República y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2002.

Estas cláusulas pétreas, por otra parte, en algunas Constituciones se regulan, aún cuando no en la forma tan clara y precisa de los ejemplos mencionados, sino que se deducen la forma de redacción de las propias disposiciones constitucionales, como sucede por ejemplo, en el artículo 1 de la Constitución de Venezuela cuando declara que la República “*es irrevocablemente* libre e independiente...”; cuando el artículo 5 que declara que “la soberanía reside *intransferiblemente* en el pueblo”, o cuando el artículo 6 prescribe que el gobierno de la República “y de las entidades políticas que la componen *es y será siempre* democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”³.

Otra cláusula pétrea incluso puede identificarse como consecuencia de la previsión del principio de la progresividad en materia de derechos humanos, como lo establece el artículo 19 de la Constitución de Venezuela, lo que implica que las normas que prevén la protección constitucional de los derechos inherentes a la persona humana, nunca podrían reformarse para reducir el ámbito de protección de los mismos.

La diferencia entre las previsiones para la reforma constitucional y las cláusulas pétreas establecidas en muchas de las Constituciones latinoamericanas con las establecidas en la Constitución de Honduras, es que en todo caso, en esta última está prevista la consecuencia de la violación de las normas constitucionales en la materia. Por ejemplo, en materia de limitación a la reelección presidencial que se prevé en la Constitución y a la mencionada cláusula pétrea que declara como no reformable la norma del artículo 239 que dispone que “el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado”, es ella misma la que dispone la consecuencia de su violación al prever que “*El que quebrante esta disposición o proponga su reforma*, así como aquellos que *lo apoyen directa o indirectamente*, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.”

3 Véase sobre el principio de la alternabilidad republicana en Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad Republicana.(La reelección continua e indefinida)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 117, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp 205 ss.

Además, el artículo 4 de la misma Constitución después de declarar que “la forma de gobierno es republicana, democrática y representativa” agrega que “la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria,” disponiendo que “La infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria.” Llega tan lejos la Constitución de Honduras en esta materia que prevé en su artículo 42,5 como una de las causales de la pérdida de “la calidad de ciudadano”, el hecho de “incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República.”

Ese es el contexto jurídico constitucional en el cual el Presidente Manuel Zelaya comenzó a plantear la posibilidad de proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma no previsto ni regulado en la Constitución (entre otros aspectos para incluir la reelección indefinida del Presidente de la República), sin duda, tratando de seguir los pasos diseñados en el precedente venezolano de 1999, donde forzando la realización de un “referendo consultivo” (no vinculante) sobre el mismo tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, una vez realizada la consulta se puso en juego el conflicto entre soberanía popular y supremacía constitucional, tácticamente prevaleciendo la primera a través de interpretaciones constitucionales tortuosas, que dieron origen a una Asamblea Constituyente que en definitiva comenzó por dar un golpe de Estado contra la Constitución y los poderes constituidos, en nombre de la soberanía popular que asumió y usurpó.

II. EL ANTECEDENTE VENEZOLANO EN 1999 DE LA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE NO PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA AMBIGUA INTERPRETACIÓN JUDICIAL POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En efecto, durante la campaña electoral presidencial de 1998, el entonces candidato Hugo Chávez Frías propuso al electorado como su fundamental propuesta política sobre el Estado, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para “refundar el Estado”, la cual, sin embargo, no estaba prevista en la Constitución de 1961 como un procedimiento válido para la reforma constitucional. La Constitución, en realidad sólo establecía expresamente dos mecanismos para su revisión, que

eran la “enmienda” y la “reforma general.”⁴ Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de un golpe de Estado o una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente como mecanismo para la reforma de la Constitución, como a partir de la Constitución de 1999 se estableció expresamente en Venezuela.⁵ En 1998, por tanto, ante la propuesta del entonces Presidente electo Hugo Chávez Frías sobre la Asamblea Constituyente, el problema era cómo elegirla.

Sobre ello, a comienzos de 1999, decíamos lo siguiente:

El reto que tenemos los venezolanos hacia el futuro, incluyendo el presidente electo Hugo Chávez Frías y su futuro gobierno, por tanto, no es resolver si vamos o no a tener una Asamblea Constituyente en el futuro próximo, sino cómo la vamos a realizar. Las elecciones de noviembre y diciembre de 1998 iniciaron el proceso, pero el dilema es el mismo de siempre: ¿la vamos a convocar violando la Constitución o la vamos a convocar respetando la Constitución? En el pasado, por la fuerza, siempre hemos optado por la primera vía; en el momento presente, con la globalización democrática que caracteriza al mundo contemporáneo y con el desarrollo político de nuestro propio pueblo, no habría derecho a que el nuevo gobierno y los partidos tradicionales, por su incompreensión, también nos lleven a tomar la vía del desprecio a la Constitución, precisamente, la “fulana Constitución,” como se la ha calificado recientemente.

Las fuerzas políticas tradicionales representadas en el Congreso tienen que aceptar que el sistema político iniciado en los años cuarenta,

4 Véase sobre estas previsiones Allan R. Brewer-Carías, “Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169-222; y en Eduardo Rozo Acuña (Coord.), *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, a cargo del Prof., Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181.

5 Véase los comentarios sobre los mecanismos de reforma de la Constitución en la Constitución de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica venezolana, Tomo I, Caracas 2004, pp. 157 ss.

sencillamente terminó, y tienen que entender que el precio que tienen que pagar por mantener la democracia, consecuencia de su incompreensión pasada, es reformar de inmediato la Constitución para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, en la cual, sin duda, nuevamente perderán cuotas de poder.

Pero las nuevas fuerzas políticas también representadas en el Congreso, y el presidente electo Hugo Chávez Frías, también tienen que entender que la Constitución no está muerta, que es el único conjunto normativo que rige a todos los venezolanos y que su violación por la cúpula del poder lo único que lograría sería abrir el camino a la anarquía.

Los venezolanos de comienzos del siglo XXI no nos merecemos una ruptura constitucional y tenemos que exigir que la inevitable y necesaria Asamblea Constituyente se convoque y elija lo más pronto posible, pero mediante un régimen establecido constitucionalmente, pues no hay otra forma que no sea mediante una reforma de la Constitución para establecer la forma de la Asamblea (unicameral o no), el número de sus integrantes, las condiciones y forma de su elección y postulación (uninominal o no) su rol democrático y su relación con los principios republicanos y de la democracia representativa, incluyendo, la separación de los Poderes Públicos.

Ninguna otra autoridad o poder del Estado puede establecer ese régimen y menos aún puede ser el resultado de una consulta popular o referéndum consultivo. Este, para lo único que sirve es para obtener un mandato popular que habría que actualizar constitucionalmente, mediante una reforma del Texto Fundamental. De lo contrario sería como si se pretendiera establecer la pena de muerte, prohibida en el artículo 51 de la Constitución, mediante un simple “referéndum consultivo.” Si éste se realizase, lo único que significaría sería la expresión de una voluntad popular que habría de plasmarse en la reforma constitucional del artículo 51 de la Constitución, pero no podría nunca considerarse, en sí mismo, como una reforma a la Constitución.

Lo mismo sucede con el tema de la Asamblea Constituyente: la elección de Hugo Chávez Frías puede considerarse como la expresión de una voluntad popular pro constituyente que debe plasmarse en la Constitución mediante su reforma específica. Por ello, si el 23 de enero próximo el Congreso inicia la reforma específica de la Constitución para

establecer el régimen de la Constituyente, para cuando se realice el referéndum consultivo prometido por el Presidente electo (60 días después del 15 de febrero, es decir, el 15 de abril) podría en realidad realizarse el referéndum aprobatorio de la reforma constitucional que regule la Constituyente y procederse a su convocatoria.

Esta es una fórmula para resolver el tema de la constitucionalización de la Asamblea Constituyente, la cual es indispensable para poder convocarla democráticamente, es decir, en el marco de la Constitución, conforme a la cual fue electo presidente Hugo Chávez Frías y se juramentará próximamente en su cargo”.⁶

Por tanto, a comienzos de 1999, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la única forma de poder convocar una Asamblea Constituyente en Venezuela, era reformando la Constitución para regularla, y si no se reformaba la Constitución, era si ello resultaba de alguna interpretación judicial que se hiciese de la Constitución por parte de la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, para precisamente, evitar que ocurriera una confrontación fáctica entre el principio de la soberanía popular y el principio de la supremacía constitucional. Y ello fue lo que se pretendió obtener mediante el ejercicio, en 1998, de dos recursos de interpretación sobre los alcances del “referendo consultivo” que entonces sólo estaba previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, que fueron interpuestos por ante la Sala Político Administrativa (Contencioso-administrativa) de la antigua Corte Suprema de Justicia en 1998, de los cuales sin embargo, y lamentablemente, no resultó decisión judicial expresa alguna.

La Sala, en efecto, dictó sendas sentencias el 19 de enero de 1999,⁷ con contenido ambiguo, en el cual no se decidió con precisión lo que se le había consultado; lo que no impidió que las decisiones fueran “inter-

6 Véase Allan R. Brewer-Carías, (sobre la Asamblea Constituyente) “Necesaria e inevitable,” en *El Universal*, Caracas, 19-01-1999, p. 1-14.

7 Véase el texto en *Revista de Derecho Público*, no 78-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 55-73. Véase los comentarios a dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Idem*. pp. 453 ss.; y en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 151 ss.

pretadas” como la supuesta solución al conflicto constitucional existente, dando lugar, como consecuencia de un “referendo consultivo,” a la subsecuente convocatoria, elección y constitución de una Asamblea Nacional, lo que en todo caso ocurrió en democracia y sin ruptura constitucional a la usanza tradicional.

Pero la verdad, es que no hubo tal interpretación constitucional, ya que el juez contencioso administrativo renunció a ejercer su función interpretativa, de lo cual resultó que, en definitiva, la ruptura constitucional o golpe de Estado en Venezuela la terminó dando la propia Asamblea Nacional Constituyente una vez que fue electa el 25 de julio de 1999, al irrumpir desde el mismo momento de su constitución el 8 de agosto de 1999, contra la Constitución de 1961⁸, interviniendo los poderes constituidos sin autoridad alguna para ello, incluyendo la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento, la cual también terminó siendo eliminada.

El tema que debió haber resuelto la Corte Suprema y que renunció a hacer, era el que resultaba del debate político que existía a comienzos de 1999 y que se le había planteado para que interpretara, sobre la forma de convocar la Asamblea Constituyente que tanto había prometido el Presidente electo, en el sentido de que: o se reformaba previamente la Constitución para regularla y luego elegía, como planteábamos;⁹ o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, sólo apelando a la soberanía popular al margen de las previsiones constitucionales¹⁰ como lo planteaba el Presidente electo. Se trataba, en definitiva de resolver el conflicto constitucional mencionado entre supremacía constitucional y soberanía popular, que la Corte Suprema tenía que enfrentar y asumir, pues sólo el juez contencioso administrativo actuando como juez constitucional podía hacerlo.

8 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002.

9 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp.153 a 227; Allan R. Brewer-Carías, “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999, en *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56.

10 Sobre los problemas jurídicos que precedieron a la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 3-23.

Sin embargo, aún antes de que se pudiera asumir que la Corte Suprema habría resuelto el conflicto, lo cierto es que el Presidente electo había optado pública y abiertamente por la segunda vía, anunciando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Constituyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla. Durante esos días, en todo caso apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, formuló amenazas y ejerció indebida y públicamente presiones contra la Corte Suprema de Justicia buscando apoyo de su propuesta.¹¹

La propuesta presidencial, en todo caso, consistía en utilizar ilegítimamente la vía de un referendo consultivo previsto en una ley para convertirlo en un “referendo decisorio,” en fraude a la Constitución. En 1999, por ello, indicábamos que

La convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, sin estar prevista en la Constitución, siempre consideramos que no sería otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961. En efecto, el referéndum consultivo que prevé el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio es un medio de participación popular de carácter consultivo y no de orden decisorio. Es evidente que una consulta al pueblo nunca podría considerarse inconstitucional, pues es una manifestación de la democracia. Pero pretender que mediante una consulta popular pudiera crearse un órgano constitucional, como la Asamblea Constituyente, establecerse su régimen y que pudiera proceder a realizar la reforma constitucional eso sí podía considerarse inconstitucional, pues ello implicaría reformar la Constitución, y para ello, habría que seguir ineludiblemente el procedimiento pautado en el artículo 246 que exige la actuación del Poder Constituyente Instituido que implica, incluso, que la reforma sancionada se someta a un referéndum aprobatorio. Sustituir todo ello por un referéndum consultivo podía considerarse como una violación de la Constitución.

El referéndum consultivo, en realidad, sólo es eso, una consulta que se traduce en la manifestación de un mandato político que debe ser seguido por los órganos constitucionales para reformar la Constitución y regular lo que la consulta popular propone. Pero pretender que con

11 Véase las críticas que expresamos en su momento a las presiones presidenciales al Poder Judicial, en Allan R. Brewer-Carías, “Expresiones de Chávez atentan contra independencia del Poder Judicial,” en *Cambio*. Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3; y en *Frontera*. Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3-A.

la sola consulta popular se pudiera crear un nuevo Poder Constituyente de reforma, podía significar el desconocimiento de la Constitución y la apertura del camino de la anarquía.

El problema constitucional que estaba planteado, sin embargo, sólo podía ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, y así ocurrió con las mencionadas sentencias del 19-01-99.¹²

En efecto, como se dijo, para diciembre de 1998, la Corte Suprema conocía de sendos recursos de interpretación que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre si era necesario o no reformar la Constitución para regular la Asamblea Constituyente para poder ser convocada. El resultado de la presión política que se originó, fue precisamente la emisión de las dos mencionadas sentencias por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999, dos semanas antes de que el Presidente electo tomara posesión de su cargo, en las cuales la Corte Suprema, sin resolver expresamente lo que se le había solicitado interpretar, sin embargo se refirió ampliamente al derecho constitucional a la participación política y glosó también ampliamente, aún cuando en forma teórica, la doctrina constitucional sobre el poder constituyente, desencadenando así el proceso que luego no pudo ni contener ni limitar, costándole como se dijo, su propia existencia.

En relación con el mencionado dilema que existía en ese momento político entre supremacía constitucional y soberanía popular, de la interpretación que se dio a las mencionadas sentencias de la Corte Suprema sobre si se podía convocar un *referéndum consultivo* sobre la Asamblea Constituyente, en definitiva se dedujo que la misma se podía crear mediante la sola manifestación de esa voluntad popular consultiva, aunque fuera expresada al margen de la Constitución de 1961, sin que ésta se reformara previamente.

El tema que tenía que enfrentar la Corte Suprema era dilucidar cuál principio de los dos que constituyen los dos pilares fundamentales que rigen al Estado Constitucional, debía prevalecer en Venezuela en ese momento: o el principio democrático representativo o el principio de la supremacía constitucional, lo que en todo caso exigía que se mantuviera

12 Véase en Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento...* cit., pp.181-182

el equilibrio entre ambos¹³. En ese dilema, si la Corte se atenía al sólo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado constitucional, el pueblo soberano sólo podía manifestarse como poder constituyente instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución de 1961 (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia, “Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio..., *el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica...*” Es decir, conforme a esa frase se podía deducir que para que el principio democrático no fuera una mera “declaración retórica,” los procesos de cambio o transformación constitucional no debían quedar reducidos a los que se preveían en la Constitución como norma suprema y fundamental. Pero si la Corte se atenía al otro principio del constitucionalismo moderno, el de la supremacía constitucional, es decir, el necesario respeto de la Constitución adoptada por el pueblo soberano que obliga y se impone por igual, como lo dijo la Corte, tanto a los gobernantes (poderes constituidos) como a los gobernados (poder constituyente), toda modificación de la voluntad popular plasmada en la Constitución sólo podía realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que establecía la misma Constitución que era, precisamente, obra de la soberanía popular. Sobre ello, sin embargo, la Corte Suprema dijo que “Si se estima que para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución,... *la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía.*” Es decir, para que el principio de la supremacía constitucional no se viera corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo la podía realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Era claro, por tanto, cual era el dilema abierto desde el punto de vista constitucional en ese momento histórico de Venezuela: o la sobe-

13 Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 53 y ss; Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961*. Thèse Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

ranía popular era pura retórica si no podía manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se veía corrosivamente afectada si se permitía que el pueblo soberano, como titular del poder constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

La solución del dilema podía ser relativamente fácil en una situación de hecho o de ruptura constitucional: el pueblo, como poder constituyente puede manifestarse siempre, particularmente porque al romperse el hilo constitucional no existe el principio de la supremacía constitucional. Ello sin embargo, no podía ocurrir en un proceso constituyente de derecho sometido a una Constitución, de manera que no estando Venezuela, a comienzos de 1999, en una situación de hecho, sino de vigencia del orden constitucional del texto de 1961, el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, frente a un proceso de cambio político incontenible como el que se estaba produciendo, no podía tener una solución que derivase de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tenía que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano judicial del Estado constitucional, que podía interpretar la Constitución, es decir, la Corte Suprema de Justicia. Lo que era claro en ese momento es que en la discusión jurídica que se había abierto en el país para enfrentar el mismo dilema, habían quedado precisadas las dos posiciones indicadas:

Por una parte, la de quienes sostenían y sostuvimos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado constitucional democrático de derecho representativo la Constitución establece los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda), y al no regular a la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta pudiera convocarse debía previamente crearse y establecerse su régimen en el texto constitucional, mediante una reforma constitucional, que le diese *status* constitucional.

Por otra parte, la de quienes sostenían, encabezados por el Presidente de la República, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo como lo decía el artículo 4 de la Constitución de 1961, la consulta popular sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, como manifestación de dicha soberanía popular declarada por el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo,

era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y acometiera la reforma constitucional sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla. Se trataba, en definitiva, del debate sobre el poder constituyente en el Estado constitucional democrático representativo que intermitentemente ha dominado la discusión constitucional en todos los Estados modernos, y que siempre ha estado en la precisa frontera que existe entre los hechos y el derecho.

A la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como se ha dicho, se le había solicitado que interpretara en relación con la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, si a través de un “referendo consultivo” como el establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política “se puede determinar *la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional* y, en caso afirmativo, si ese mecanismo legal de participación puede servir de fundamento a los efectos de convocar a una Asamblea Constituyente, de manera tal que se respete el ordenamiento constitucional vigente.”

En las sentencias, la Corte Suprema después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, precisó el dilema que tenía que resolver, así: “El asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del poder constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, el poder constituyente tendría carácter absoluto e ilimitado.” Después de disquisiciones como estas, la Corte Suprema terminó decidiendo que “la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referendo consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo *puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional* distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.”

Es decir, la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia, muy lamentablemente, no sólo no resolvió de manera expresa el dilema

constitucional que se le había planteado y que ella misma había identificado, sino que se limitó sólo a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sí se podía realizar un referendo consultivo, para consultar el parecer del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; lo que nadie negaba, pues se trataba de una consulta popular sobre una materia de trascendencia nacional. Pero aparte de decidir lo anterior, sobre el otro asunto que se le había planteado a la Corte Suprema, que era el esencial desde el punto de vista constitucional, sobre si en definitiva, para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución, la Corte nada resolvió ni decidió, y menos en forma precisa y clara.

En realidad, sobre este asunto, en las sentencias, la Sala llegó a la conclusión de que una vez efectuado un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, “aún cuando el resultado de la decisión popular adquiriera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería* cuando, mediante los *mecanismos legales establecidos se de cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la *obligación de proceder* en ese sentido”.

De este párrafo lo que se deducía, en realidad, era que una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaba para efectivamente convocarla y reunirla, de manera que la consulta popular sólo podía interpretarse como un mandato político para que los órganos del Poder Público *competentes* pudieran proceder a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal. Sólo después de que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la Corte, que no podían ser otras que no fueran las que resultasen de una revisión constitucional (reforma o enmienda), entonces era que la consulta popular podía ser efectiva. Ello implicaba que para efectuar la reforma e incorporar a la Constitución la figura de la Asamblea Constituyente, debía asegurarse la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin una reforma previa de la Constitución, las sentencias de la Corte Suprema del 19 de enero de 1999, dentro de su imprecisión y ambigüedad, dejaron abierta la discusión constitucional, y con ello, la vía jurídico-judicial para la convocatoria de un referendo consultivo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sin que esta institución estuviese prevista en la Constitución de 1961, vigente en ese momento, como un mecanismo de revisión constitucional¹⁴. Con esta decisión, la Corte Suprema no sólo sentó las bases para el inicio del proceso constituyente venezolano de 1999, sino que dio comienzo al proceso que condujo al golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Constituyente y, casi un año después, a que los nuevos titulares del Poder Público decretaran la extinción de la propia Corte Suprema que con su abstención había iniciado el proceso que les dio origen.

Como antes se dijo, la Corte Suprema no llegó a resolver lo esencial de la interpretación que le había sido requerida, y solo dijo que conforme a las normas sobre referendos de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero nada dijo sobre si para convocarla debía o no previamente reformarse la Constitución de 1961 para regularla en su texto. El resultado de esta ausencia de decisión de la Corte, sin embargo, en el momento político que vivía el país, en la práctica fue suplida por la “opinión pública” que se conformó por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, los cuales fueron los que abrieron efectiva e insólitamente dicha vía hacia el proceso constituyente, al “informar” en grandes letras que, supuestamente, la Corte Suprema de Justicia había decidido que se podía proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente para revisar la Constitución, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961, que la regulará¹⁵. En ese momento, la euforia de los

14 Véase Jesús María Casal, “La apertura de la Constitución al proceso político”, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas 2000, pp. 127 y ss.

15 *El Nacional*, Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-99, p. 1-15. El titular de primera página del diario *El*

que de ello derivaron un “triunfo” jurídico¹⁶, y la incredulidad y duda de otros, que no encontraban la “decisión” que anunciaba la prensa en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma. La verdad es que, como lo advertimos en su momento¹⁷, eso no había sido lo que había decidido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de su Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999. Se insiste, la Corte debía decidir un recurso de interpretación de las normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre referendos, en el cual se le habían formulado *dos preguntas* muy precisas: *primera*, si se podía convocar un referendo relativo a una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; y *segunda*, si se podía convocar dicha Asamblea para dictar una nueva Constitución, sin que se reformarse previamente la Constitución de 1961, la cual no preveía la existencia de dicha Asamblea. La Corte, como ya lo hemos analizado anteriormente, resolvió claramente sólo la primera pregunta, y

Nacional del 20-01-99 rezó así: “CSJ, considera procedente realizar un referéndum para convocar la Constituyente”; el titular del cuerpo de *Política* del mismo diario, del 21-01-99, rezó así: “No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum” y el del día 22-01-99 rezó así: “La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente”. Véase los comentarios coincidentes de Lolymer Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 63.

16 Ello se deducía de la propia Exposición de Motivos del Decreto N° 3 del 02-02-99 del Presidente de la República convocando al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente en la se dijo que: “b) La Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental; c) El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un mecanismo democrático a través del cual se manifiesta el poder originario del pueblo para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 del Texto Fundamental y que, ese derecho de participación, se aplica no sólo durante elecciones periódicas y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representativas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad”. (*Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99).

17 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 66 y ss. Véase además, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 85 y ss.

simplemente *no se pronunció sobre la segunda*. La sentencia se limitó a señalar que para realizar un referendo sobre el tema de la Constituyente no era necesario reformar previamente la Constitución; pero la Sala no se pronunció sobre si luego de efectuada la consulta popular, debía o no reformarse la Constitución de 1961 para poder convocar efectivamente la Asamblea Nacional Constituyente que no estaba regulada en norma alguna, como mecanismo para la revisión constitucional, precisamente para regularla en la Constitución como uno de dichos mecanismos.

El resultado final de esta carencia, y la opinión pública construida de ella, buscándose evitar el conflicto constitucional, desviaron la discusión jurídica constitucional hacia otros aspectos, siendo el resultado final la convocatoria del referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente que se efectuó en abril de 1999, la elección de la misma en julio de 1999, y la subsiguiente asunción del “poder constituyente originario” por la Asamblea a partir de agosto de 1999, con lo cual intervino todos los poderes constituidos, entre ellos el Poder Judicial, disolviendo el Congreso y finalmente a la propia Corte Suprema, dando, en fin, un golpe de Estado.

III. LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS EN 2009, PARA LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU SUSPENSIÓN POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El precedente venezolano de convocatoria de un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, para reformarla, se siguió a la letra en 2007 por el presidente Rafael Correa en Ecuador, donde se recurrió a la misma fórmula, haciéndose prevalecer la expresión de la voluntad popular mediante una simple consulta, aún manifestada sin asidero constitucional, conduciendo a la Asamblea Constituyente a la asunción del Poder total del Estado, salvo el del Presidente de la República, no sólo para redactar una nueva Constitución sino para intervenir y controlar todos los otros poderes del Estado.¹⁸ En Ecuador, sin embargo, no hubo intervención judicial

18 Véase lo expresado sobre este proceso en Allan R. Brewer-Carías, “El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999,” texto de la Videoconferencia dada el 19 de abril de 2007

para dilucidar la convocatoria a la Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución, habiéndose quedado los conflictos constitucionales, básicamente, entre el Congreso y el Tribunal Electoral.

En todo caso, la modalidad de la convocatoria de una consulta popular para obtener la opinión del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución como mecanismo de reforma constitucional, para con base en la expresión popular poder convocarla, forzando la prevalencia de la soberanía popular sobre la supremacía constitucional, fue también lo que quiso imponer en Honduras el Presidente José Manuel Zelaya en 2009, con la diferencia de que en este país, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa efectivamente asumieron su función, y funcionaron y decidieron como contralores de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Presidente de la República, llegando a suspender los efectos de los actos ejecutivos dictados en la materia.¹⁹

1. El Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, de marzo de 2009, convocando a una consulta popular sobre una Asamblea Nacional Constituyente y su impugnación en vía contencioso administrativa

En efecto, el 24 de marzo del 2009, en cadena televisiva y de radio, el Presidente de Honduras anunció que en Consejo de Ministros del día anterior (23 de marzo de 2009), se había emitido un Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, en el cual se había ordenado realizar una “amplia consulta popular” para que la ciudadanía hondureña pudiera expresar libremente su acuerdo o no con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a los efectos de dictar y aprobar una nueva constitución política, disponiendo que el ente que estaría a cargo de la ejecución del Decreto sería el Instituto Nacional de Estadística (INE), previendo la realización de la consulta para el último domingo del mes de junio del 2009.

desde la Universidad de Columbia, Nueva York, al Programa de Postgrados de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 19 abril 2007. Véase en www.allanbrewerCarías.com , Sección I, 1, 949 (2007).

- 19 Para la narración de los hechos y actos estatales adoptados en este caso, así como las diversas decisiones y actuaciones judiciales realizadas por la Jurisdicción contencioso administrativa y la Corte Suprema de Honduras, hemos partido exclusivamente, del estudio del contenido de las copias de las actas procesales respectivas.

El texto de la consulta popular que el Presidente de la República proponía, en lo que en definitiva era un “referendo consultivo,” consistía en la siguiente pregunta:

“¿Está usted de acuerdo que en las elecciones generales del 2009, se instale una cuarta urna para decidir sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política?”

Este Decreto N° PCM-005-2009, según se afirmó en el primer “Considerando” del Decreto N° PCM-019-2009 de fecha 26 de mayo de 2009, *nunca se llegó a publicar* por el Poder Ejecutivo en el Diario Oficial, “por razones de mérito y oportunidad.” Por ello se lo consideró como un *acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo* que había sido ampliamente publicitado, aún cuando no formalmente publicado en el Diario Oficial, que es el requisito para que cualquier acto de efectos generales pueda producir efectos (artículo 255 de la Constitución y artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

En todo caso, en virtud de que la publicitada propuesta presidencial se apartaba de lo que la Constitución de Honduras establecía en materia de reforma constitucional, el 8 de mayo de 2009, dos fiscales del Ministerio Público, órgano constitucional al cual corresponde ser garante de la Constitución, presentaron ante el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo de Tegucigalpa (Municipio del Distrito Central), una demanda ordinaria contencioso administrativa “contra el Estado de Honduras,” de declaratoria de ilegalidad y la nulidad del “*acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo*” y que estaba contenido en el mencionado Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, por considerar que el mismo no estaba ajustado a derecho.

Los Fiscales solicitaron además, ante el mismo Juzgado contencioso administrativo, como medida cautelar, que suspendiera los efectos del acto impugnado.

En el proceso (Orden de ingreso N° 151-2009), el Estado de Honduras estuvo representado por la Procuradora General de la República, quien actuó en el proceso.

2. La suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, de 23 de marzo de 2009 decretada por el juez contencioso administrativo

El Artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo prescribe que procede la suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados en vía contencioso administrativa, cuando “la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil,” por lo que con base en dicha norma, en el libelo de la demanda que originó el juicio, la parte demandante, es decir, el Ministerio Público, solicitó ante el Juez contencioso administrativo que dictase una medida cautelar incidental de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, lo que efectivamente fue decidido por el Juzgado el 27 de mayo de 2009 mediante sentencia interlocutoria de suspensión del acto impugnado (es decir, del Decreto presidencial N° PCM-05-2009 de 23 de marzo de 2009).

Para dictar dicha sentencia interlocutoria, el Juez contencioso administrativo apreció la solicitud del Ministerio Público que se fundamentaba en la consideración de que el acto administrativo impugnado era “de gran impacto que ocasionaría daños y perjuicios de reparación imposible al sistema democrático del país *en franca violación a la Constitución de la República y demás leyes*, así como perjuicios económicos, por ejecutar acciones de la dimensión de una consulta a nivel nacional, y por perjuicios graves a la sociedad de difícil reparación a todas las instituciones del poder ejecutivo, y se prohíba a todas las empresas privadas que estén ejerciendo contratos para la ejecución del decreto.”

Y además, en su sentencia el Juez agregó que la parte demandada, es decir, el Estado de Honduras representado por la Procuradora General de la República, al devolver la vista, había reconocido que el Juzgado tenía la potestad de suspender actos administrativos, y había indicado que el acto impugnado, de ser ciertas las imputaciones sobre el mismo, “constituye grave infracción al ordenamiento jurídico, que lesiona intereses del Estado de Honduras y de la generalidad del pueblo hondureño, ocasionando un daño al Estado de Honduras de reparación imposible, así como de las erogaciones económicas ya que el poder ejecutivo ha publicitado por medios de comunicación privados para el cometido del acto administrativo impugnado, y que generan gastos cuantiosos para la administración pública, los que tienden a incrementarse cada día.” Es decir,

ambas partes en el proceso contencioso administrativo, representantes de instituciones fundamentales del Estado, estuvieron contestes con los poderes del juez contencioso administrativo sobre la suspensión de los efectos del acto impugnado, y con que dicho Juez, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción, emitiera la sentencia que correspondiera.

Por su parte, el Juez Titular del Juzgado contencioso administrativo para decidir la incidencia de suspensión de efectos del Decreto presidencial impugnado, consideró que cuando se resuelven solicitudes de esta naturaleza, “se ha de tomar en consideración que la tutela judicial no será efectiva, si al pronunciarse la sentencia definitiva, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión contenida en la demanda,” considerando entonces que la correcta decisión de solicitud que se le había formulado, exigía conforme a la más clásica técnica judicial en materia de medidas cautelares:

la ponderación y armonización de dos principios en pugna, por un lado, el de la efectiva tutela judicial, y, por otro, el de la eficacia de la acción administrativa, esto por la presunción de legitimidad del acto impugnado, principios que buscan evitar que con la ejecución del acto impugnado se causen perjuicios de difícil o imposible reparación, de no decretarse la suspensión del acto que se impugna, por lo que al decretar la suspensión de los efectos de un determinado acto impugnado lo que se busca es prever que al momento de emitirse un fallo definitivo sea meramente declarativo e ineficaz con respecto a las pretensiones del demandante.

Con base en lo anterior, el Juez en su sentencia interlocutoria de suspensión, teniendo en cuenta que ambas partes en el proceso habían estado contestes sobre sus facultades legales en materia contencioso administrativa para decidir sobre la revisión, suspensión y nulidad de actos administrativos; y considerando “que El Estado de Honduras es un Estado de Derecho, por lo que sus actuaciones están sometidas únicamente al imperio de la Constitución de la República y las leyes,” decidió que era “procedente decretar la suspensión del acto administrativo tácito objeto de revisión en el presente juicio por considerar que su implementación redundaría en daños de carácter económico, político y sociales que serían de imposible reparación para el Estado de Honduras.” Esa decisión la

adoptó el Juez contencioso administrativo en aplicación de los artículos 5, 80, 82, 90, 245, 303, 304 y 305 de la Constitución de la República; artículos 1,11, 40 y 137 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; artículos 1,2; 3, 7, 13 letra b), 101, 120, 121, 122, 125, 129, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; artículos 130, 131, 134, 138, 141 y 142 del Código de Procedimientos Civiles; y artículos 9, 15 y 16 de la Ley del Ministerio Público; y además, en aplicación del Oficio número SCSJ-3623-88 y Acuerdo número 03-98 de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia de declarar con lugar la cuestión incidental de suspensión de los efectos del acto impugnado, que era el acto administrativo tácito de carácter general impugnado contenido en el Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009 del 23 de marzo del 2009, tal como lo habían solicitado los Fiscales del Ministerio Público demandantes, fue además, la orden judicial de suspensión de “cualquier tipo de publicidad sobre lo establecido en el mismo” y, en general, “del procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo a través del Presidente Constitucional de la República, o cualquiera de las instituciones que componen la estructura administrativa del Poder Ejecutivo.”

Por tanto, el objetivo de la decisión cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado fue el que el Presidente de la República y, en general, todos los órganos del Poder Ejecutivo se abstuvieran de realizar actividad alguna relativa a la propuesta presidencial de consulta popular a los ciudadanos sobre el tema de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución. Para asegurar el cumplimiento de la sentencia, el Juez en su decisión, mandó notificarla “al Señor Presidente Constitucional de la República a través del Señor Secretario de Estado en el Despacho Presidencial, para su conocimiento y cumplimiento inmediato, haciéndole las prevenciones establecidas en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de no cumplir la misma.”

3. La “reedición” del acto administrativo impugnado mediante Decreto Ejecutivo N° PCM-19-2009, de mayo de 2009, convocando a una “encuesta nacional de opinión” sobre una Asamblea Nacional Constituyente

La anterior decisión del Juez contencioso administrativa, como se dijo, fue dictada el día 27 de mayo de 2009 suspendiendo los efectos del acto administrativo tácito contenido en el Decreto ejecutivo N° PCM-05-2009 de 24 de marzo de 2009 (nunca publicado), que ordenaba la realización de una consulta popular no autorizada en la Constitución.

Sin embargo, y quizás sabiendo el Presidente de la República que la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo iba a ser dictada suspendiendo los efectos de su PCM-05-2009 de 23 de marzo de 2009, el cual como se dijo nunca fue publicado en Gaceta Oficial “por razones de mérito y oportunidad”(es decir, deliberadamente); el día anterior a la sentencia, es decir, el 26 de mayo de 2009, el Presidente de la República en Consejo de Ministros emitió un “nuevo” Decreto Ejecutivo N° PCM-19-2009, el cual tampoco fue publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* sino un mes después, es decir, el día 25 de Junio de 2009 (N° 31.945), mediante el cual se decidió anular y dejar “sin ningún valor y efecto” el Decreto PCM-05-2009 que ordenaba una consulta popular, a partir de su emisión; y que como se dijo había sido el acto impugnado y cuya suspensión de efectos era inminente. Ello, por supuesto era contradictorio: si un acto no publicado en el Diario oficial como lo decía uno de los Considerandos del decreto no surtía efectos, no parecía lógico que en el mismo decreto se resolviese “dejar sin efectos” un acto que supuestamente no había surtido efectos.

En todo caso, en lugar del Decreto de 23 de marzo de 2009 que se revocaba y, en concreto en lugar de la “consulta popular” que entonces se había ordenado, mediante un nuevo Decreto N° PCM-20-2009 dictado el mismo día 26 de mayo de 2009 (publicado también un mes después en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 31.945 del 25 de junio de 2009), el Presidente había dispuesto que se realizase, no una consulta popular, sino “*una encuesta nacional de opinión,*” que se debía llevar a cabo el 28 de junio de 1999, en la cual debía formularse una pregunta similar en su forma a la antes propuesta para la “consulta popular, pero sustancialmente distinta, de si:

“¿Está usted de acuerdo que en las elecciones generales del 2009, se instale una cuarta urna en la cual el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente? Si___ No_____”.

En el nuevo Decreto, que se calificó como “de ejecución inmediata” aún cuando debía publicarse en el Diario Oficial (artículo 5), además, se instruía “a todas las dependencias y órganos de la Administración pública, Secretarías de Estado, Instituciones Descentralizadas y Desconcentradas, para que se incorporasen y ejecutasen activamente, “todas las tareas que le sean asignadas para la realización del proyecto denominado “Encuesta de Opinión Pública convocatoria Asamblea Nacional Constituyente,” considerando que según el referido Decreto, ello constituía, “una actividad oficial del Gobierno.”

La diferencia era notoria: antes lo que se buscaba era que el pueblo, con una respuesta afirmativa a la pregunta de la “consulta popular,” decidiera *“sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política”*; ahora lo que se buscaba era que el pueblo con una respuesta afirmativa a la pregunta de una “encuesta nacional de opinión,” decidiera *“la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.”* El efecto de la manifestación popular era, por tanto, radicalmente distinto, y lo que aparentemente era una propuesta para una “consulta popular” y luego para una “encuesta de opinión,” se había convertido en una propuesta para un referendo decisorio tendiente a lograr una “decisión” popular al margen de la Constitución. Tal como ocurrió en Venezuela en febrero de 1999, cuando el Presidente de la República, utilizando la vía de un “referendo consultivo” previsto en una ley, propuso la formulación de una pregunta que era más bien la de un referendo decisorio no previsto en ley alguna, con el cual se pretendía modificar la Constitución.²⁰

El nuevo Decreto N° PCM-20-2009, por otra parte, contenía una extensa motivación entre otros, en los Artículos 2 y 5,1 de la Constitución, en los cuales se dispone que la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, agregando que “el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores

20 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp.180 ss.

políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la coalición nacional.” En los considerandos del Decreto se afirmaba igualmente que “la sociedad hondureña ha experimentado cambios sustanciales y significativos en los últimos veintisiete años, cambios que demandan un nuevo marco constitucional para adecuarlo a la realidad nacional, como una legítima aspiración de la sociedad.” Por último, en el decreto se afirmó que había sido en virtud de diversas solicitudes de ciudadanos en forma individual o por medio de sectores y grupos sociales organizados del país, que el Poder Ejecutivo, había “decidido convocar a la ciudadanía en general para que emita su opinión y formule propuestas de solución a problemas colectivos que les afecte; como ser la instalación de una cuarta urna que permita un eficaz ejercicio de su derecho.”

Dos días después de este Decreto N° PCM-19-2009, en fecha 29 de mayo del 2009, el Presidente de la República, mediante cadena nacional informo al pueblo Hondureño a través del entonces Secretario de Estado en el Despacho de la Defensa Nacional, Dr. Edmundo Orellana Mercado, que el Presidente constitucional en Consejo de Ministros, había aprobado otro acuerdo ejecutivo N° 027-2009, en el cual se ordenaba se llevase a la practica una “encuesta nacional de opinión,” bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Estadística (INE), y en este, se ordenaba a las Fuerzas Armadas de Honduras, que apoyasen con sus medios logísticos y demás recursos necesarios al Instituto Nacional de Estadística (INE), estableciendo que dicho acuerdo ejecutivo entraba en vigencia a partir de su fecha (29/05/09).

Estos Decretos, son de los que en el derecho administrativo se conocen como “reedición” de los actos administrativos dictados después de que han sido impugnados en vía contencioso administrativa y, en este caso, en la víspera de que se suspendieran judicialmente sus efectos, por otros actos administrativos que en definitiva perseguían objetivos similares, lo que está proscrito en materia contencioso administrativa, pues constituye una burla a los poderes de control de la jurisdicción.

4. La aclaratoria de la sentencia del Juez contencioso administrativo de suspensión de efectos del Decreto presidencial impugnado

El mismo día del anuncio presidencial del decreto N° PCM-27-2009, el 29 de mayo de 2009, los abogados del Ministerio Público que actuaban como parte demandante en el proceso contencioso administrativo

(parte incidentista) solicitaron aclaratoria de la sentencia interlocutoria de suspensión de efectos que se había dictado, y el Juez Titular, al constatar sus propios poderes como los de todos los jueces de la Jurisdicción contencioso administrativa para adoptar “cuantas medidas sean necesarias para satisfacer totalmente lo resuelto en los fallos que emitan, esto, a fin de asegurar el estricto cumplimiento de lo ordenado en los mismos, para la ejecución de la tutela judicial efectiva, y no se evadan a través de otros actos administrativos, las disposiciones contenidas en sus fallos”, consideró “que de haberse emitido, o de emitirse acto administrativo que contravenga o venga a contravenir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria de fecha 27 de Mayo del 2009, sería para evadir lo ordenado en la misma, así como el mandato judicial mismo, por lo que cualquier decisión administrativa dictada en este sentido es improcedente, por no poder evadirse el mandamiento judicial a través de actos administrativos.” Como consecuencia, resolvió aclarar en sentencia de 29 de mayo de 2009, que

La Sentencia Interlocutoria de fecha 27 de mayo del 2009 en el sentido que los efectos de la suspensión ordenada, del acto tácito de carácter general que contiene el Decreto Ejecutivo número PCM-05-2009 de fecha 23 de marzo del 2009, incluye a cualquier otro acto administrativo de carácter general o particular, que se haya emitido o se emita, ya sea expreso o tácito, por su publicación o falta de publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*, que conlleve al mismo fin del acto administrativo tácito de carácter general que ha sido suspendido, así como cualquier cambio de denominación en el procedimiento de consulta o interrogatorio, que implique evadir el cumplimiento de la sentencia interlocutoria que se aclara.

Es decir, el juez contencioso administrativo censuró, conforme a lo previsto en los Artículos 82, 84, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y en el artículo 195 del Código de Procedimientos Civiles, cualquier tipo de “reedición” o novación administrativa que pudiera permitir burlar los efectos de la decisión judicial de suspensión de efectos de la “consulta popular” que había sido ordenada por el Presidente de la República, cualquiera que fuese la “forma” que se le pretendiera dar.

5. La inadmisibilidad de la acción de amparo intentada por el Presidente de la República contra la decisión del Juez contencioso administrativo suspendiendo los efectos de sus decretos sobre la convocatoria de una Constituyente

Contra las decisiones del Juzgado de Letras de lo Contenciosos Administrativo, es decir, contra la sentencia interlocutoria de 27 de mayo de 2009 y su aclaración de 29 de mayo de 2009, que declaró con lugar la cuestión incidental de suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo impugnado, y prohibió cualquier tipo de publicidad sobre el procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo que comprometa la estructura administrativa del Poder Ejecutivo y cualquier otro que se emita aunque cambie de denominación, el Presidente Constitucional de la República en su condición de Titular del Poder Ejecutivo, representado por un abogado, intentó acción de amparo por ante la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo en Tegucigalpa.

Esta Corte, en sentencia de 16 de junio de 2009, consideró que siendo el proceso contencioso administrativo desarrollado ante el Juzgado de Letras, un proceso en el cual las partes eran el Ministerio Público como demandante, y el Estado de Honduras como demandado, la acción de amparo que pudiera intentarse contra las decisiones dictadas en el proceso sólo podían ser interpuestas por las partes interesadas en el mismo; de lo que concluyó resolviendo que “siendo el demandado, el Estado de Honduras, resulta obvio que quien interpone el amparo carece de legitimación para ejercer la presente acción, puesto que constitucionalmente el representante legal del Estado es la Procuraduría General de la República, quien no ha interpuesto recurso alguno y por ende ha consentido la sentencia y la aclaración recurrida.” De ello concluyó la Corte de Apelaciones que en el caso sometido a su consideración, la acción de amparo intentada resultaba inadmisibile, lo que ocurre “cuando los actos hayan sido consentidos por el agraviado y se entenderán que han sido consentidos por el agraviado, cuando no se hubieren ejercitado, dentro de los términos legales, los recursos o acciones;” resolviendo entonces, en nombre del Estado de Honduras, rechazar de plano la demanda de amparo por considerarla inadmisibile, en aplicación de los artículos 183, 228, 303, 304, 321, 322 y 323 de la Constitución de la República; 41, 44, 46 numeral 3 y párrafo ultimo de la Ley Sobre la Justicia Constitucional.

6. La conminación judicial al Presidente de la República para que acatara las decisiones de la Jurisdicción contencioso administrativa

A los efectos de dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes referida, en fecha 3 de Junio de 2009, el Juzgado de Letras de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, libró una primera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, a través del Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, para que adoptase las medidas que procedieran y practicase lo exigido en cumplimiento de la sentencia interlocutoria dictada.

Posteriormente, uno de los abogados del Ministerio Público, con fecha 18 de junio de 2009, solicitó al Juzgado de Letras Contencioso Administrativo, que nuevamente librara comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al secretario de Estado de la Presidencia, a efecto de que informasen ante el Juzgado sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria de 27 de mayo de 2009 y su aclaratoria de fecha 29 de mayo de 2009, y asimismo para que se abstuviesen de realizar actos de carácter general o particular distintos a lo ordenado en la antes mencionada sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria.

Acorde con ello, el Juez titular del Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, en la misma fecha 18 de junio de 2009, libró sendas comunicaciones judiciales dirigidas Presidente de la República y al Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, requiriéndoles que informasen sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes mencionada, y para que se abstuviesen de realizar actos generales y particulares contrarios a la misma, “haciéndole la advertencia que de verificarse el incumplimiento de la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, se le hace la advertencia de lo establecido en el artículo 349 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurriere por los daños y perjuicios que causare a los interesados; asimismo, de infringir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, este Juzgado le aplicará multa que se hará efectiva mediante el procedimiento de apremio, la que no podrá ser menor de quinientos lempiras (Lps. 500.00), ni mayor de cinco mil lempiras (Lps. 5,000.00)”. El informe que se solicitaba, conforme a las notificaciones judiciales, debía

ser rendido “bajo su personal y directa responsabilidad ante este Juzgado en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) días hábiles siguientes a recibida la presente, comunicación, advirtiéndole que de no hacerlo así en el plazo señalado, este Juzgado le impondrá multa por cantidad no inferior a los doscientos lempiras (Lps. 200.00), ni superior a los dos mil lempiras (Lps. 2,000.00).”

Luego, el mismo día 18 de junio de 2009, el Juez libró una tercera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, a través de la Secretaría General del Despacho Presidencial, a fin que dentro del plazo de cinco (5) días, informara al órgano jurisdiccional que medidas había adoptado para dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaración.

Ninguna de las comunicaciones anteriores fue respondida por el Presidente de la República ni por funcionario alguno del Poder Ejecutivo.

IV. EL DESACATO PRESIDENCIAL A LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS

A pesar de las precisas órdenes judiciales emanadas del Juzgado de lo contencioso administrativo, que prohibían al Presidente de la República realizar actos generales y particulares contrarios a la decisión de suspensión de efectos del Decreto presidencial sobre la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente, éste continuó con su proyecto de realizar la “encuesta de opinión” prohibida judicialmente.

1. El desacato presidencial a cumplir las órdenes judiciales y el decomiso del material destinado a la realización de la encuesta de opinión

El Juzgado de Letras Contencioso Administrativo, en atención al requerimiento formulado por el Fiscal General de la República en el cual denunció el desacato por parte del Poder Ejecutivo de las ordenes judiciales, con fecha 26 de junio de 2009 dictó una nueva decisión judicial ordenando a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, “el *inmediato decomiso* de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo, en *abierta violación a la orden emanada de este Juzgado*,

pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve.”

Para adoptar esta decisión judicial, el Juez se había previamente dirigido al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras solicitándole información sobre el cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado, a lo que las Fuerzas Armadas habían respondido el 24 de junio de 2009, informándole “que han acatado lo ordenado en la misma”.

La decisión judicial de decomiso antes indicada se adoptó luego de que el Juez expresara, *primero*, que en virtud de la decisión judicial de fecha 27 de mayo de 2009, se había ordenado la suspensión de “toda actividad tendiente a realizar cualquier tipo de consulta o encuesta de opinión con el objetivo de instalar una cuarta urna en las elecciones generales de noviembre próximo para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente; *lo que conlleva inexorablemente la derogatoria de la Constitución de la República;*” *segundo*, “con el objeto de dar cumplimiento a la suspensión decretada mediante el fallo supraindicado se libraron las correspondientes comunicaciones judiciales a efecto de dar conocimiento a distintas instituciones, entre ellas la Presidencia de la República, a que *se abstuviesen de continuar realizando actividades orientadas a la realización de cualquier consulta o encuesta de opinión;*” y *tercero*, “que a pesar de lo anterior, el Poder Ejecutivo, en pleno *desconocimiento del fallo judicial, ha continuado con el intento de realizar la encuesta de opinión* programada para el próximo domingo 28 de los corrientes”.

El Juez contencioso administrativo para ordenar el decomiso de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo pretendía realizar “en abierta violación a la orden emanada de este Juzgado,” partió de lo dispuesto en el artículo 304 de la Constitución, que atribuye a los “órganos jurisdiccionales aplicar las leyes a casos concretos; juzgar y ejecutar lo juzgado.” Consideró, además, que conforme a la previsión del artículo 274 de la Constitución, las Fuerzas Armadas “están sujetas a las disposiciones de su Ley Constitutiva y a las demás leyes y reglamentos que regulen su funcionamiento,” y conforme al artículo 1 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, estas se instituyen para, entre otras cosas, “defender el imperio de la Constitución.” Con base en lo anterior; consideró que “siendo que la celebración de la Encuesta de Opinión tiene como propósito final mancillar la Constitu-

ción de la República; las Fuerzas Armadas de Honduras, en apego a las disposiciones anteriormente relacionadas, son la institución llamada a su defensa evitando la consumación de tal propósito,” resolviendo de acuerdo con los artículos 272,304 y 274 de la Constitución de la República; 1, 132 y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; 1 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas,

PRIMERO: Ordenar a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, el *inmediato decomiso* de toda la documentación y material necesario y relacionado con la *encuesta de opinión que el poder ejecutivo, en abierta violación a la orden emanada de este juzgado, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve*. Asimismo se le ordena a las Fuerzas Armadas de Honduras, que dichos documentos y material relacionado, por constituir una amenaza flagrante a la Constitución de la República, sea incinerado de forma inmediata.

A los efectos de que se realizase la medida ordenada, el Juez habilitó todos los días y horas inhábiles, bajo la coordinación técnica y legal de la Fiscalía General de la República; exigiéndose a todos los funcionarios y empleados de las diferentes Secretarías de Estado, entes descentralizados y desconcentrados, brindar toda la colaboración necesaria a fin de que las Fuerzas Armadas de Honduras pudiesen realizar de forma oportuna y eficiente el decomiso del material destinado a ser usado en la Encuesta de Opinión mencionada. A tal efecto, además, el juez facultó a las Fuerzas Armadas de Honduras, con el propósito del efectivo cumplimiento de lo ordenado, a utilizar los bienes e instalaciones de las instituciones del Estado, que considerase necesarias, en especial, las telecomunicaciones.”

2. La destitución del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas por el Presidente de la República, por cumplir lo ordenado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y la suspensión de sus efectos del acto de destitución por la Sala Constitucional de la Corte Suprema

El mismo día 24 de junio de 2009, al acatar el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y proceder a decomisar el material destinado a la realización de la encuesta de opinión prohibida por el Juez contencioso administrativa, que se consideraba violatoria de la Constitución, el Presidente de la República mediante resolución, procedió a

separar al señor Romeo Orlando Vásquez Velásquez de su cargo de Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas De Honduras.

Tanto el General Vásquez Velásquez, mediante abogado, como el Fiscal Especial para la Defensa de la Constitución Rene Mauricio Aceituno Ulloa actuando a favor de *los intereses generales de la sociedad y del orden jurídico constitucional*, interpusieron sendos recursos de amparo contra la resolución presidencial mencionada, por ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Registro Nos. 881 y 883-09), la cual luego de acumular los recursos, en fecha 25 de junio de 2009 decidió con base en lo establecido en el artículo 40 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, contenida en el decreto 39-2001, de fecha 30 de abril del 2001, que es la Ley Especializada y aplicable en el caso; en los artículos 183, 245, 278, 280, 303, 313 atribución 5ta, 316, 321 y 323 de la Constitución de la República; en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 9 numeral 3 letra a), 41, 43, 44, 45, 48, 49, 59 numeral 1), 119, 124 y demás aplicables de la Ley Sobre Justicia Constitucional; a admitir los recursos de amparo de mérito, y “decretar bajo la responsabilidad de los recurrentes la suspensión provisional del acto reclamado,” ordenando “a la autoridad recurrida la inmediata remisión de los antecedentes formados al efecto o en su defecto el correspondiente informe dentro del plazo de un (01) día.” La Sala Constitucional, además, mandó que se diera “inmediato cumplimiento a lo ordenado” en la providencia que se ordenó comunicar al Presidente de la República.

3. La vía de hecho presidencial y el nuevo desacato a las órdenes judiciales

El día 25 de junio de 2009, el Presidente de la República, junto a varias personas, entre ellos funcionarios del Poder Ejecutivo, después de haber realizado un pronunciamiento público en las instalaciones de la Casa de Gobierno y que fue de conocimiento general a través de los diferentes medios de comunicación, anunciando que él tenía que realizar una misión, le pidió a la gente que se encontraba reunida en el lugar que lo acompañara, y se traslado a las instalaciones de la base área “Hernán Acosta Mejía”, lugar del cual el Presidente de la República, desacatando de nuevo las decisiones judiciales, retiró 814 cajas que contenían el ma-

terial que sería utilizado para realizar la encuesta de opinión, que había ordenado realizar a nivel nacional el día domingo 28 de junio del 2009, y que había sido prohibida por el Poder Judicial.

4. La acusación fiscal contra el Presidente de la República por diversos delitos

Con motivo de todos los desacatos presidenciales ante las decisiones judiciales, y la actuación del Presidente de la república en contra de la Constitución, el día 25 de junio de 2009, el Fiscal General de la República, “en representación de los mas altos intereses generales de la Sociedad Hondureña,” compareció ante la Corte Suprema de Justicia, formulando requerimiento fiscal en contra del Presidente de la República José Manuel Zelaya Rosales, a quien lo acusó como responsable, a título de autor, de los delitos contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones, en perjuicio de la administración publica y el Estado de Honduras, solicitando se librase contra él orden de captura, y luego de que se le comunicasen los hechos que se le imputaban, se le recibiera su declaración de imputado, se le suspendiera en el ejercicio del cargo, y se autorizase allanamiento de morada.

Las diversas actuaciones descritas por el Fiscal General ante la Corte, y atribuidas al Presidente de la República, consideró que se subsumían en los siguientes tipos penales:

Primero, en el Delito contra la Forma de Gobierno tipificado en el artículo 328,3 del Código Penal a cuyo efecto el Fiscal General consideró que si bien es cierto, el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa, los únicos mecanismos de consulta a los ciudadanos en el ordenamiento de Honduras son el referéndum y el plebiscito, correspondiendo exclusivamente al Congreso Nacional conocer de los mismos y discutir las peticiones, las cuales deben ser aprobadas mediante decreto con el voto afirmativo de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en el cual se deben determinar los extremos de la consulta, correspondiendo al Tribunal Supremo Electoral la convocatoria correspondiente, siendo dicho órgano y no el Poder Ejecutivo, el único ente legitimado para convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos (artículo 5 de la Constitución).

El Fiscal General consideró que siendo el tipo penal un delito de peligro abstracto y de mera actividad, basta la sola realización de actos encaminados fuera de las vías legales a cualesquiera de los fines estipulados en el artículo 328 del Código Penal, para que se configure el ilícito penal enunciado; siendo la publicidad difundida a través de los diferentes medios de comunicación, promoviendo la convocatoria para la consulta popular o encuesta de opinión popular, actuaciones que caen dentro del supuesto de la norma penal sustantiva, lesionando la Segundad Interior del Estado como bien jurídico, objeto de protección, al constituir un acto encaminado fuera de las vías legales tendiente a despojar en parte las facultades que la constitución le atribuye al Congreso Nacional y al Tribunal Supremo Electoral.

Segundo, en el delito de Traición a la Patria, que el Fiscal General consideró tipificado en la Constitución de la República, derivado de los intentos de realizar reformas constitucionales contrariando lo dispuesto en los artículos 2, 4, 5, párrafo séptimo, 373 y 374; y estimó como dirigido a “afectar las bases constitucionales de la unidad del Estado como un Ente político, acciones que se consuman a través de actos encaminados fuera de las vías legales a despojar en parte las facultades atribuidas a los Poderes legalmente constituidos, indicando que ese era el caso concreto el Presidente de la República José Manuel Zelaya, quien, estimó:

suplantó la soberanía popular, la cual se ejerce en este País por representación de conformidad a lo que establece la norma constitucional, donde la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, asimismo arrogándose facultades que nunca las tuvo en virtud que las mismas son de competencia del Congreso Nacional, en virtud de que a través de la emisión de tres decretos ejecutivos, convoque a la ciudadanía Hondureña a participar en una encuesta de opinión popular para que “el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

En tal sentido, consideró el Fiscal General que el hecho de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, “es evidente que con la misma se pretende derogar la actual Constitución,” y conforme a los artículos 373, 374 y 375 de la Constitución, “bajo ninguna circunstancia se podrá dictar y aprobar una nueva constitución porque esta traería consigo *la reforma de artículos pétreos*, mismos que no podrán reformarse en ningún caso,”

todo lo cual configura una “conducta contraria a derecho por parte del Ciudadano Presidente de la República, suplantando al Poder Legislativo a convocado a la Ciudadanía Hondureña a la encuesta de opinión.”

Tercero, en el delito de Abuso de Autoridad regulado en el artículo 349,1 del Código Penal y que sanciona al funcionario o empleado público “que se niegue a dar el debido cumplimiento a órdenes, sentencias, providencias, acuerdos o decretos dictados por autoridades judiciales o administrativas dentro de los límites de sus respectivas competencias y con las formalidades legales...” En este caso, consideró el Fiscal General que se reúnen los elementos objetivos de este tipo penal, “en vista de que el Ciudadano Presidente de la República en flagrante omisión a los apercibimientos emanados a través de las comunicaciones libradas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo,” incumplió con las disposiciones contenidas relativas a la ejecución de la sentencia, y a pesar de haber sido apercibido, hizo caso omiso, y “con pleno conocimiento y voluntad, procedió a realizar actos contrarios a la sentencia dictada.”

Cuarto, en el tipo penal de Usurpación de Funciones conforme el artículo 354 del Código Penal, ya que conforme al artículo 15, numeral 5 y 8 de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, es atribución del Tribunal Supremo Electoral, organizar dirigir, administrar y vigilar los procesos electorales y consultas populares; así como convocar a elecciones, referéndums y plebiscitos; y además, conforme al artículo 5, quinto párrafo de la Constitución, “corresponde únicamente al Tribunal Supremo Electoral, convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos señalados en los párrafos anteriores” En el caso, consideró el Fiscal General que el hecho del Presidente de la República de emitir tres decretos, “referentes a la realización de una consulta, llamada posteriormente encuesta de opinión,” cuyo objetivo era “consultar si las personas estaban de acuerdo con la instalación de una cuarta urna en las elecciones generales para decidir si se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente que emita una nueva Constitución de la República,” lo que era atribución exclusiva del Tribunal Supremo Electoral.

El Fiscal General, además, destacó que en la gama de delitos imputados, el Presidente de la República además “vulneró el principio de legalidad el cual se encuentra descrito en el artículo 321 Constitución de la República, que establece: “Los servidores del Estado no tienen más

facultades que las que expresamente les confiere la ley...” ejerciendo arbitrariamente la función pública con desviación y abuso de poder.

Con fundamento en lo que expuso ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General consideró que debido a la alta investidura que como alto Funcionario del Estado ostentaba el presidente “y existiendo un peligro de fuga por la gravedad de la pena que pueda imponérsele” como resultado del proceso, solicitó se ordenase el allanamiento de Morada para la aprehensión del acusado José Manuel Zelaya Rosales. El Fiscal General, además, para evitar la impunidad y en virtud de que conforme al artículo 33 de la Ley de la Administración Pública los Secretarios de Estado son colaboradores del Presidente de la República, y teniendo el titular de la Secretaría de Estado en los Despachos de Seguridad a través de la Policía Nacional, la facultad legal de hacer efectivas las órdenes de captura emanadas de autoridad competente, debido al conflicto de intereses y al temor fundado que tenía el Ministerio Público que no se le diera cumplimiento a la orden Judicial, solicitó de la Corte Suprema que se instruyera a las Fuerzas Armadas de Honduras a través del Jefe del Estado Mayor Conjunto, la facultad de hacer que se cumplan los mandatos de la constitución, las leyes y Reglamentos le imponen a las Fuerzas Armadas, y procedieran hacer efectiva la orden de captura del acusado Presidente.

Con fecha 26 de junio de 2009, conforme a lo alegado y solicitado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia resolvió y en consecuencia se dirigió al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, General de División, Romeo Vásquez Velásquez, ordenando la captura del Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales, “a quien se le supone responsable de los delitos de: *contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones* en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras.” La Corte Suprema también se dirigió en la misma fecha, al Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras, ordenando proceder en el momento pertinente al allanamiento de la vivienda del Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales,

entre las seis de la mañana y las seis de la tarde y ponerlo a la orden de la autoridad correspondiente por suponerlo responsable de la comisión de los hechos delictivos: CONTRA LA FORMA DE GOBIERNO, TRAICIÓN A LA PATRIA, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACIÓN

DE FUNCIONES en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras, lo anterior a raíz del requerimiento fiscal presentado en esta Corte por parte del Ministerio Público.

El día 28 de junio de 2009, sin embargo, la orden judicial no fue ejecutada tal como se ordenó judicialmente, y el Presidente Zelaya después de haber sido detenido en su residencia durante la noche, fue ilegalmente extrañado del país y un avión lo trasladó a Costa Rica, indudablemente en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución.

Al día siguiente, 29 de junio de 2009, la Corte Suprema de Justicia, consideró que como era “de público y notorio conocimiento que el ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, ha dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República”, carácter por el cual había sido presentado el Requerimiento Fiscal ante el Supremo Tribunal de Justicia, para que se le siguiese el procedimiento establecido en la normativa procesal penal que regula el enjuiciamiento criminal para los más altos funcionarios del Estado; al haber dejado el Presidente Zelaya de ostentar la condición de alto funcionario del Estado, consideró la Corte que entonces no era procedente seguir su enjuiciamiento de conformidad a los artículos 414, 415, 416, 417 del Código Procesal Penal, debiéndose en consecuencia, conocerse por la vía del procedimiento penal ordinario, “a fin de garantizarle así las reglas propias del debido proceso al imputado.” Como consecuencia, resolvió, además de tener por presentado el Requerimiento Fiscal junto con los documentos que se acompañaron, remitirlo al Juzgado de Letras Unificado de lo Penal de Tegucigalpa, Francisco Morazán, para que se continuase con el procedimiento ordinario establecido en el Código Procesal Penal.

En esta decisión, la Corte Suprema, sin embargo, no suministró fundamento jurídico alguno ni indicó con base en qué acto jurídico el Presidente Zelaya el día 28 de junio había “dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República;” limitándose a decir que ello era de “de público y notorio conocimiento.” Lo que había ocurrido, en realidad, era que había sido expatriado (eso era quizás lo público y notorio) en forma inconstitucional, pero no por ello habría dejado de ser Presidente Constitucional. En este aspecto, el tema que habría quedado pendiente de resolver es si, para el caso de que el Presidente expatriado llegase a regresar al país, si debería continuar ser procesado por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de su condición de Presidente, y no por parte de un tribunal penal ordinario como ex funcionario.

V. EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

En Honduras, sin la menor duda, el Juzgado de Letras Contencioso Administrativo con sede en Tegucigalpa, al ejercer el control de la constitucionalidad e ilegalidad sobre los actos administrativos dictados por el Presidente de Honduras relativos a la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, actuó como juez constitucional, ejerciendo las competencias que le asigna la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; competencia de control que, lamentablemente, aún por la vía del recurso contencioso administrativo de interpretación, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela actuando como juez contencioso administrativo diez años antes se abstuvo de ejercer, cuando le tocó resolver sobre la misma inconstitucional situación: la convocatoria de un referendo consultivo por el Presidente de la república sin estar previsto este mecanismo de reforma constitucional en el texto de la Constitución.

De las previsiones constitucionales tanto en Honduras como en Venezuela, en efecto, el ejercicio de la justicia constitucional corresponde conforme a la Constitución, no sólo a la Jurisdicción Constitucional que en ambos países ejercen las Salas Constitucionales del Supremo Tribunal, sino a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al ejercer su competencia de anulación de los actos administrativos de efectos generales o particulares contrarios a derecho, es decir, contrarios a la Constitución, a las leyes o a las demás fuentes del derecho administrativo²¹. Es decir, todos los jueces contencioso administrativos, conforme al artículo 259 de la Constitución de Venezuela y a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Honduras, tienen potestad para declarar la nulidad de los actos administrativos, no sólo por ilegalidad sino por inconstitucionalidad, ejerciendo la justicia constitucional.

De lo anterior resulta que así como debe diferenciarse la Jurisdicción Constitucional que se atribuye a las Salas Constitucionales, de la función de justicia constitucional que corresponde conforme a las Constituciones

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 447 ss; t *La Justicia Contencioso administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas –San Cristóbal 1996, pp. 26 ss.

de Venezuela (artículo 334) y Honduras (artículo 320) a todos los jueces; también, debe establecerse claramente la diferenciación entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual radica en la competencia *por el objeto* que se atribuye a los Tribunales que las componen: la Jurisdicción Constitucional que corresponde a los Tribunales Supremos en *Sala Constitucional*, tiene por objeto conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad *contra las leyes y demás actos de rango legal o ejecución directa e inmediata de la Constitución*; en cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa que corresponde a los tribunales de la misma conforme a la Ley, tiene por objeto, entre otros, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad *contra los actos administrativos* generales o particulares, que siempre son de rango *sub legal*; o como lo precisa la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Honduras, los tribunales de la Jurisdicción “conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales *de rango inferior a la Ley* y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación” (art. 1). Por ello, de acuerdo con el artículo 76,1 de la Ley Justicia Constitucional de Honduras (2004), la acción de inconstitucionalidad procede “contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general *no sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa*, que infrinjan preceptos constitucionales.”²²

Esto implica que ambas Jurisdicciones se diferencian por el objeto de las acciones y no por el motivo de las mismas: la Jurisdicción Constitucional conoce de la nulidad de las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución; en cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conoce de la nulidad de los actos administrativos, que son de rango sub-legal, sea cual fuere el motivo de

22 Véase en general sobre la ley de Justicia Constitucional de Honduras, nuestros comentarios, Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en Honduras” en *El sistema de Justicia Constitucional en Honduras (Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia. República de Honduras, San José, 2004, pp. 1-148; y “La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* (Directores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León), N° 4, 2005, Editorial Porrúa, México, pp. 57-77.

impugnación. Así se expuso, por ejemplo, en la sentencia N° 6 de 27 de enero de 2000²³ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, señalando que

La Constitución vigente distingue claramente la jurisdicción constitucional de la contencioso administrativa, delimitando el alcance de ambas competencias en *atención al objeto de impugnación*, es decir, *al rango de los actos objeto de control y no a los motivos por los cuales se impugnan*²⁴.

En otros términos, la Sala Constitucional de Venezuela, en la sentencia N° 194 de 4 de abril de 2000), así:

El criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende *al rango de las actuaciones objeto de control*, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de derecho contemporáneo. Así las cosas, *la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público*²⁵.

De lo anterior, la Sala concluyó precisando su propia competencia así:

la Sala Constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución o que tengan forma de ley. De allí que, en el caso de autos, al tratarse el reglamento impugnado de un acto de rango sublegal, esta Sala Constitucional carece de competencia para controlar su conformidad a Derecho, ya que tal competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide.²⁶

23 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 213.

24 Criterio que se ratificó expresamente por la misma la Sala, en sentencia N° 194 de 04 de abril de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

25 Criterio que ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso *Milagros Gómez y otros*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

26 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

Estos mismos criterios se aplican en Honduras donde la Sala Constitucional, conforme al artículo 319,12 le corresponde la competencia para “declarar la inconstitucionalidad de las leyes en la forma y casos previstos en esta Constitución”, como competencia “originaria y exclusiva” (artículo 184), previéndose que “las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma será de ejecución inmediata y tendrá efectos generales, y por tanto derogarán la norma inconstitucional’ (art. 316). Con esta previsión incorporada en la Constitución en la reforma de 2000 se pasó así de un método de control concentrado de constitucionalidad de las leyes con efectos *inter partes*, a un método de control concentrado con efectos generales, *erga omnes*, permaneciendo previsto el método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes (art. 320), aún cuando sin operatividad, como potestad atribuida a todos los jueces para desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales al decidir los casos concretos que deben resolver.

Con base en estos poderes del juez contencioso administrativo de actuar como juez constitucional, controlando la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo, fue que se desarrolló en Honduras el proceso judicial contencioso administrativo contra los decretos presidenciales de marzo-mayo de 2009 para la convocatoria de una consulta popular o encuesta de opinión que encubrían una propuesta de referendo “decisorio” sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y que condujeron finalmente a la orden de detención y a la orden de enjuiciamiento del Presidente de la República, José Manuel Zelaya, entre otros hechos y actos, por desacato a las decisiones del Poder Judicial.

El control judicial desarrollado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en todo caso, puede decirse que fue un proceso de defensa de la democracia; sin embargo, llama la atención que al ejercerse el control de los actos del Presidente de la República dictados en violación de la Constitución y sobre las vías de hecho en que incurrió contrarias al Poder Judicial y al ordenamiento jurídico de Honduras, en ninguna de las actas procesales fundamentales del proceso se haya usado la palabra “democracia.” Sin embargo, en un Estado Constitucional, la defensa de la Constitución es siempre defensa de la democracia entendida como el régimen político que busca asegurar que el ejercicio del poder público por el pueblo, como titular que es de la soberanía, se haga en la forma

prescrita en la Constitución, tanto en forma indirecta a través de representantes electos (democracia representativa), como en forma directa manifestando su voluntad para la toma de decisiones mediante referendo (democracia directa).

Para asegurar que el ejercicio de ese poder no sea ni abusivo ni arbitrario, el propio pueblo lo somete a límites establecidos tanto en la Constitución del Estado que él mismo ha adoptado como norma suprema, como en la legislación que deben sancionar sus representantes en los órganos del Estado. La Constitución y las leyes contienen, así, los límites que el propio pueblo se impone a sí mismo y a sus representantes para ejercer el poder público, por lo que todo control respecto de la sumisión de los órganos del Estado a la Constitución, es un control de defensa a la propia democracia. Por ello, el Estado que se organiza en una Constitución adoptada en una sociedad democrática, es esencialmente un Estado sometido a controles.

Para garantizar ese Estado y la propia democracia es que se establece un sistema que permita la posibilidad de controlar el ejercicio del poder, de manera que los propios órganos que ejercen el poder en el Estado puedan, mediante su división y distribución, frenar el ejercicio mismo del poder, y así los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente. Por ello la existencia de sistemas de justicia constitucional y justicia contencioso administrativa desarrollado en todos los países democráticos.

La democracia como régimen político, por tanto, es mucho más que la sola elección de representantes mediante votación popular, o de la convocatoria a referendos, siendo la democracia representativa, por supuesto, de su esencia, sin la cual como régimen político, no podría existir. Tal como lo precisó la *Carta Democrática Interamericana* adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001: además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo, la democracia representativa contiene acumulativamente una serie de otros *elementos esenciales*, sin los cuales no puede existir como régimen político, entre los cuales está, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; el régimen plural

de partidos y organizaciones políticas; y la necesaria existencia de la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3). Además, la misma Carta definió que el ejercicio de la democracia, acumulativamente contiene estos otros componentes fundamentales, que son: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (artículo 4). La democracia, por tanto, como se dijo, es mucho más que las solas elecciones y votaciones, y entre sus elementos quizás el más esencial es el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos, ya que el mismo es el que asegura que los otros factores de la propia democracia puedan ser una realidad política²⁷. En otros términos, sin control del poder no sólo no hay ni puede haber real democracia ni efectivo Estado de derecho, sino que no se puede lograr la efectiva vigencia de todos los mencionados factores esenciales de la democracia. Es decir, sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, y representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al Poder es que puede asegurarse una efectiva transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia y esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

Al contrario demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta

27 Véase sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002. pp. 137 y ss.

o a la larga a la tiranía. Y esa fue la historia de la humanidad durante la primera mitad del Siglo pasado, que nos mostró precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos; y es la historia reciente en América Latina que nos muestra la emergencia de regímenes autoritarios usando y manipulando fraudulentamente las previsiones constitucionales y los medios electorales, como ha sido el caso de Venezuela, para violar la Constitución y destruir la democracia .²⁸

En Honduras, sin duda, funcionaron los controles, y las actividades del Presidente Zelaya violatorias de la Constitución, fueron controladas por los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual demostró tener una autonomía e independencia que muchas jurisdicciones de otros países podrían envidiar. En este caso, fue dicha Jurisdicción la que defendió la Constitución y la democracia; y el desacato a sus decisiones, ajustadas a derecho, fueron las que condujeron a la Corte Suprema de Justicia a ordenar el procesamiento del Presidente.

28 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009),” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 6, Editorial Iustel, Madrid 2009, pp. 52-61; “El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en “Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)” en el libro *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74; “Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience”, en *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, Germa Institute of Global and Area Studies, Institute of Latin American Studies, Hamburg 2008, pp. 119-142.

Justificación y límites de la aplicación del Derecho administrativo a la Administración pública Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela

Karina Anzola Spadaro*

I. INTRODUCCIÓN

Con el hecho histórico trascendental que constituyó la Revolución Francesa y la proclamación de la República, como nuevo Estado Francés en 1789, se derrotó el absolutismo reinante hasta entonces y nace la Administración Pública de aquella época, una Administración Pública que debía estar fundada sobre principios fundamentales: la igualdad, la libertad y la legalidad, que fueron los principios esenciales que alumbraron aquella Revolución como proceso social y político.

* La autora es Abogado “*cumlaude*” egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, es Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello y diplomado en Gestión Ambiental Responsable por la Universidad Metropolitana. La versión original de esta investigación se presentó como trabajo especial de grado para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo, en el Centro de Estudios de Postgrado, Facultad Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, siendo aprobada por el jurado calificador integrado por los profesores Antonio Canova González (tutor), y Luis Ortiz-Álvarez, con la mayor calificación.

Esa Administración Pública estaría conformada por los liberales, victoriosos luego de la Revolución Francesa, quienes destronaron al Rey y acabaron con el “Antiguo Régimen” (término con el que los revolucionarios denominaban a la Monarquía absoluta que reinaba en Francia) e instituyeron un nuevo Estado, el Estado Liberal. Pero además, a ella se sumarían todos los sectores que, para la época, ostentaban en Francia alguna cuota de poder, y que anteriormente se enfrentaban al Rey.

Así, la nobleza, representada en los Parlamentos Judiciales, y el Clero (la Iglesia), dejaron de tener el poder que hasta entonces habían tenido, en virtud de la aplicación del principio de igualdad revolucionario. Estas cuotas de poder pasaron directamente a manos de la Administración Pública que se levantaba, y que, paradójicamente, llegó a convertirse en un poder aún más grande y fuerte que el del antiguo Rey.

Frente a ello, como derivación de uno de los principios revolucionarios, quizá el más importante o relevante de todos, el principio de legalidad, surge el Derecho Administrativo, entendido como un régimen especial que regularía la actividad de esa Administración Pública y que venía justamente a equilibrar el gran poder que aquélla poseía, frente a los derechos de los ciudadanos, otorgándole a la Administración Pública lo que Rivero (1984, 37) denominó: “derogaciones en más y derogaciones en menos” del Derecho Privado.

Los liberales, luego de haber obtenido el poder no lo sacrificarían sin más, de manera que la idea de crear un Derecho especial que le diera sustento jurídico a la actuación de la Administración Pública venía como anillo al dedo, pues, servía para hacer honor al principio de legalidad que postulaban y, a la vez, sería la consagración definitiva de las prerrogativas y privilegios, aquellos que existían a favor del Rey, incluso más, pero ahora a favor de la Administración Pública y por voluntad del pueblo, representada en la Ley.

El Derecho Administrativo fue caracterizado, con base en lo anterior, contraponiéndolo a las reglas del Derecho Privado que existía de la siguiente manera:

Las reglas de derecho administrativo se caracterizan en relación con las de derecho privado, sea porque ellas confieren a la administración prerrogativas sin equivalente en las relaciones privadas, sea porque

ellas imponen a su libertad de acción, sujeciones más estrictas que aquellas a las que están sometidos los particulares entre ellos. (Rivero, 1984,38)

Este régimen especial nace, por consiguiente, como el conjunto de normas exorbitantes del Derecho Privado, que regulan la actividad de la Administración Pública y le otorga privilegios (prerrogativas en más) a la vez que le impone, deberes u obligaciones especiales (prerrogativas en menos).

Con ese antecedente histórico el Derecho Administrativo en Venezuela, indudablemente, tiene una notable influencia francesa. Ha sido construido sobre la base de lo que, entonces, se desarrolló en Francia. Ello ha traído consigo innumerables efectos y consecuencias, positivas y negativas, que explican, en muchos casos, el origen y los antecedentes de las instituciones del Derecho Administrativo patrio, sus características, sus efectos actuales y, por qué no, sus desencuentros con el resto del ordenamiento jurídico en ciertas ocasiones, como será señalado en su oportunidad.

También en Venezuela el Derecho Administrativo está marcado por esa característica de su especialidad que no es más que lograr el equilibrio entre poder y libertades, entre regla y discreción. Es, a la vez, reconocimiento de prerrogativas a favor de la Administración y garantía de respeto a los derechos de los particulares. Como consecuencia de ello, cuando este Derecho especial tenga aplicación se estará en presencia de prerrogativas o privilegios para la Administración.

Las prerrogativas pueden resumirse en lo que se ha denominado la potestad de autotutela administrativa, que es lo que define la especial situación de la Administración Pública frente al resto de los actores dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el ejercicio y reconocimiento de esta potestad de autotutela administrativa debe estar en consonancia con el Derecho Administrativo, pero, muy especialmente, con el Texto Constitucional.

En la actualidad, nos encontramos a diario con situaciones, creadas por el propio Derecho Administrativo positivo venezolano, derivadas de las prácticas reiteradas de la Administración Pública, o bien, de la interpretación jurídica que los tribunales de justicia, competentes en la materia, hacen del Derecho Administrativo, en los casos concretos, que involucran

la aplicación de este derecho, y que crean precedentes jurisprudenciales que, en pocos casos, se adaptan a la realidad jurídica que consagra el Texto Constitucional. A pesar de ello, estos se aplican, reiterativamente, sin fundamento lógico o jurídico alguno que los avale, lo que da lugar al problema del abuso en la aplicación del Derecho Administrativo, es decir, del abuso de la condición privilegiada de la Administración Pública.

En la mayoría de los casos que involucran la actuación de la Administración Pública se reconocen privilegios a la misma por su carácter subjetivo, en simples palabras, se le otorgan prerrogativas por ser quien es, sin tomar en cuenta que, acaso, no todo su actuar debe estar protegido por ese régimen especial que comporta el Derecho Administrativo y que le otorga privilegios, acaso, a algunas o a muchas actuaciones de la Administración le son aplicables reglas distintas a las del Derecho Administrativo. Esos privilegios, en principio, habrían de responder a ciertas situaciones específicas y no a la condición de sujeto público, como parece entenderse en la mayoría de los casos en el Derecho Administrativo venezolano.

A consecuencia de ello, la Administración Pública suele hacer uso abusivo e indiscriminado de su condición privilegiada, muchas veces con la anuencia del legislador y el beneplácito de los jueces, con lo que se menoscaban los derechos de los particulares, en casos en los que no es lógico reconocerle una actuación privilegiada a la Administración Pública.

Habrán casos donde, valga decir, ésta debe acomodarse al Derecho Privado, pues el Derecho Administrativo no le va aparejado indefectiblemente en todas sus actuaciones, ni será siempre el régimen especial que regule sus relaciones jurídicas.

Ello impone evaluar cuáles han sido las razones, o la razón, que justifica que el Derecho Administrativo otorgue o reconozca un poder tan especial a la Administración Pública, un poder que la distinga y diferencie de todos los demás poderes públicos y de los particulares. Las conclusiones de esta investigación llevan a determinar, por una parte, que, en ciertos casos, vale decir, no pocos, la Administración Pública debe batirse en un juego en el cual las reglas las impone el Derecho Privado, el Derecho Común, sin privilegios, fuera del régimen especial del Derecho Administrativo, en situación equivalente y paritaria a la de los particulares; y por otra parte, resultan en una propuesta para redefinir las

nociones e instituciones básicas del Derecho Administrativo como son la de acto administrativo y la de contrato administrativo, antes mencionadas, como principales formas de manifestación del actuar, unilateral y bilateral, respectivamente, de la Administración Pública.

La investigación, luego de lo anterior, se concreta en evaluar la especialidad del Derecho Administrativo, las condiciones que suponen su aplicación a la actuación de la Administración Pública, y con ello, definir los límites de la autotutela administrativa, que es el privilegio que coloca a la Administración Pública en una situación especial frente al resto de los poderes públicos que conforman el Estado y frente a los particulares. En una interrogante sería: ¿Cuándo y por qué es aplicable el Derecho Administrativo a la actuación unilateral y bilateral de la Administración Pública?

Con ello se busca determinar cuál es la justificación y cuáles los límites de la aplicación del Derecho Administrativo al actuar unilateral y bilateral (acto y contrato administrativo) de la Administración Pública en Venezuela.

Las nociones de acto y contrato administrativo en Venezuela han llegado a un punto en el cual se desdibujan por amplias y excesivas, hasta ser inútiles, a los efectos de delimitar la aplicación del Derecho Administrativo perdiendo, éste, su razón de ser. Es por ello que se plantea cómo las definiciones que se manejan en la actualidad responden a una mezcla de criterios, a una sumatoria impensada de elementos que dan como resultado dos definiciones tan ilimitadas que redundan en lo absurdas.

Los criterios empleados para definirlos, han permitido que cualquier actuación unilateral de la Administración sea calificada como acto administrativo sin reparar en analizar si en esa actuación la Administración Pública está en ejercicio de verdadera función administrativa. Lo propio ocurre con la figura del contrato administrativo, los criterios empleados para definirlos han llevado a que, prácticamente, cualquier contrato en el que sea parte la Administración Pública sea calificado como contrato administrativo, de nuevo, sin reparar en la verdadero papel que desarrolla la Administración a través de ese contrato.

La consecuencia indefectible es la arbitrariedad, el abuso de una situación privilegiada que no siempre está atada al actuar de la Administración Pública con la consiguiente violación de los derechos ciudadanos.

Con todo ello lo que se plantea es la necesidad de volver sobre las bases sobre las cuales se ha estado construyendo el Derecho Administrativo que conocemos y aplicamos en Venezuela y repensar, entonces, los criterios empleados para concretar estas nociones de acto y contrato administrativo cuya incidencia práctica es indiscutible.

Justifica esta investigación la constante evidencia de que se ha desvirtuado y distorsionado lo que, jurídica y lógicamente, debe ser el actuar, unilateral y bilateral, de la Administración Pública. Tan es así que, de cualquier análisis que se haga del Derecho Administrativo, como régimen especial aplicable a la actuación de la Administración Pública, y de una comparación con el Derecho Constitucional, se llega, al menos, a cuestionar que en muchos casos, aquél, o los lastres que arrastra, se aparta notablemente del Texto Constitucional, con lo cual se plantea un problema de interpretación y aplicación del Derecho Administrativo conforme con los principios constitucionales.

Lo que se propone es deslastrar al Derecho Administrativo venezolano y, por ende, a la Administración Pública de los “dogmas” sobre los cuales, por distintas razones, no del todo lógicas, por decir lo menos, se ha levantado este régimen especial como lo conocemos en la actualidad.

Es importante observar que el ordenamiento jurídico ha evolucionado y avanzado y el Derecho Administrativo, por malas interpretaciones, muchas veces acomodaticias, aparentemente avanza, pero arrastra circunstancias inaceptables, si se contraponen estrictamente al Texto Constitucional, y a la propia evolución jurisprudencial de la materia, en algunos casos.

Para ello, luego de analizar en un primer capítulo los antecedentes de la aplicación del Derecho Administrativo al actuar de la Administración Pública se plantea, en un segundo capítulo precisar en qué consiste la especialidad del Derecho Administrativo (autotutela administrativa y límites a su aplicación). Seguidamente, en un tercer capítulo se determina la justificación de la aplicación del Derecho Administrativo al actuar de la Administración Pública y, luego, en el cuarto capítulo se analizan las definiciones venezolanas de acto y contrato administrativo, como formas típicas de actuación de la Administración Pública. Finalmente, un quinto capítulo, en el que entramos a formular las críticas a las definiciones de acto y contrato administrativo vigentes en Venezuela desde la perspectiva

del Derecho Administrativo y las propuestas de nuevas definiciones con base en las premisas derivadas del análisis descrito.

II. ANTECEDENTES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Siguiendo la concepción clásica del origen del Derecho Administrativo, sostenida por la mayoría de los autores extranjeros que han abordado el tema, entre los que se encuentran, como señala Chinchila Marín (1992, 22) los franceses representados por Hariou, Duguit, Weil; los alemanes por Meyer y Merkl; los italianos por Santi Romano, Zanobini y Giannini; y García de Enterría en España, el hecho histórico que marca el nacimiento del Derecho Administrativo, como conjunto normativo especial, distinto del Derecho Privado, es la Revolución Francesa que se inicia en 1789. Otros autores, partiendo de las palabras de Alexis de Tocqueville, se han apartado de esta afirmación al explicar que ya en el Absolutismo Francés existieron privilegios como los que reconoce el Derecho Administrativo y que conocemos en la actualidad¹.

Esta Revolución tiene lugar en un momento histórico de grandes transformaciones políticas y económicas que marcaron el tránsito de la edad media a la edad contemporánea, junto con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Industrial, como hechos históricos de significativa trascendencia.

Sin embargo, la Revolución Francesa, que se extendió por un período de 10 años, desde 1789 hasta 1799, amerita una aproximación histórica puntual, de cara al interés de la investigación, para una mejor comprensión del surgimiento de la Administración Pública y luego, consecuentemente, del Derecho Administrativo como rama especial del Derecho.

El apoyo fundamental lo encontramos en García de Enterría (1994, 20), quien explica con gran claridad las razones que impulsaron la Revolución Francesa, las situaciones sociales y políticas que se suscitaron con la abolición de la monarquía reinante hasta entonces, y la configuración de la Administración Pública como un fenómeno súbito, no pensado, que hizo que finalmente surgiera, por distintas circunstancias que se analizarán luego, una disciplina especial, distinta del Derecho Privado, destinada a

1 Para mayor desarrollo de este punto ver Chinchila Marín (1992, 22).

regular de forma especial el actuar de esa Administración. Esa disciplina es el Derecho Administrativo.

Como todo régimen jurídico, el Derecho Administrativo nace para dar respuesta a una realidad que se impuso. Esa realidad fue el crecimiento vertiginoso e inusitado de la Administración Pública Contemporánea que contaba con una organización burocrática que le permitió hacerse cada vez más poderosa.

El análisis histórico es el punto de partida obligado, no solo por razones prácticas y metodológicas, sino porque en él se encuentran los orígenes de la Administración Pública contemporánea y, como se verá, allí encontramos los inicios y, en muchos casos, la explicación de varios de los rasgos característicos del Derecho Administrativo que se aplica a aquélla en sus relaciones jurídicas.

Pasemos, entonces, a referir esas razones que hicieron surgir un movimiento transformador tan importante como fue la Revolución Francesa.

El régimen imperante en el Estado Francés era la Monarquía, denominada por muchos como el “Antiguo Régimen” para hacer referencia al conjunto de costumbres e instituciones políticas y económicas que existieron en Francia para la época. La Monarquía francesa, caracterizada como todo régimen absoluto por una arbitrariedad institucionalizada, llegó a su punto más crítico con el Rey Luis XVI.

La arbitrariedad del sistema hizo mella en los ciudadanos y en las instituciones, como los Parlamentos judiciales y el Clero, que aumentaban su cuota de poder frente al Rey, con apoyo en las teorías que los académicos Rousseau, Montesquieu y Locke hacían del Estado y la sociedad en aquella época.

En virtud de ello y de la crisis financiera que atravesaba Francia, en buena medida por financiar la Revolución Americana, el Rey se vio obligado a ceder cada vez más poder a otros actores como los nobles que conformaban los parlamentos judiciales y el clero.

Los Parlamentos, es decir los jueces de la época, cada vez ejercían mayor poder sobre el Monarca a través de sus facultades de registro y de veto devolutivo de las Ordenanzas reales, como lo explica García de Enterría (1994, 35).

El citado autor expresa que los Parlamentos judiciales utilizaron para tales fines la tesis de la división de poderes de Montesquieu para lograr imponerse frente al Rey. La razón de ese enfrentamiento no fue sino la necesidad de mantener los privilegios propios de la nobleza y la aristocracia a la que pertenecían.

El clero, por su parte, se presentaba como otro poder importante, que gozaba de privilegios también frente a la Corona. Estos privilegios se concretaban en exoneraciones o exenciones del pago de impuestos reales, fundamentalmente.

Lo cierto es que el Rey encontraba límites frente a estos grupos poderosos de la época a la hora de gobernar. Así, ante la crisis que atravesaba la Monarquía con el Rey Luis XVI, estos límites y otras circunstancias políticas fueron la antesala a la Revolución Francesa.

Una vez sometida y derrotada la Monarquía, las fuerzas que existían para entonces estaban conformadas por los liberales revolucionarios triunfantes, que en virtud de los principios que propugnaban, principalmente el de igualdad, rompen con los privilegios de las clases poderosas representadas en los parlamentos y en el clero, pero con una particularidad, se mantienen esos privilegios para sí, pues son ellos ahora los que se encargarían de la transformación fundamental del Estado de garantizar la paz social y los derechos de los ciudadanos.

Sin el poder del Rey la labor de los Parlamentos judiciales se entendió agotada, en su condición de limitación del poder. Muerto el absolutismo ya los límites que aquéllos ejercían perdían justificación y, por esta razón, la actuación de la Administración Pública contemporánea se propugnó excluida de todo control judicial.

Como bien lo explica García de Enterría y Fernández (1995, 483) era evidente la intención de los revolucionarios franceses de desligarse de lo que hasta ahora habían conocido como los Parlamentos judiciales, conformados por la nobleza. Lo vemos en la siguiente cita de forma clara:

... Los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado 'gobierno de los jueces' y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba de hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo

y no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de conformación revolucionaria que con su ejercicio se les abría. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de separación (...) se declara: ‘La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía... Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria’...

Los revolucionarios franceses, a través de una especial y particular interpretación del principio de separación de poderes de Montesquieu, que inicialmente sirvió de base política para la Revolución, sancionaron la Ley 16-24-1790, mediante la cual separaron a la Administración de la Jurisdicción, y prohibieron la interferencia de los jueces en la actuación de los órganos administrativos.

Es así como, en este cometido, los revolucionarios franceses echaron mano del principio desarrollado por Montesquieu, interpretado a conveniencia, para que la Administración Pública se viera “separada” totalmente del control de los jueces y de cualquier otro control. Ello suponía que la Administración Pública no podía ser juzgada por el Poder Judicial, y que nadie, más que ella misma podría, a lo sumo, revisar sus propios actos².

Así fue concebida la tesis de Montesquieu, como “separación”, más que “división” del poder, con la consecuencia inmediata y poco feliz del surgimiento de una Administración incontrolable, más poderosa y absoluta que la del propio Monarca derrotado.

En virtud del principio de igualdad, también revolucionario, las cuotas de poder distribuidas, hasta entonces, en los Parlamentos judiciales, así como en el Clero, desaparecieron pues en un Estado liberal no se justificaban. Así, se fueron concentrando todas las fuerzas existentes hasta el punto de que, parafraseando a García de Enterría (1994, 41) no se conoció poder igual en el Antiguo Régimen, pues todos los que sostenían una cuota de poder la entregaron a la Administración, o les fue despojada,

2 Esta es la etapa denominada justicia retenida, pues la Administración era juzgada dentro de su propio seno, no por jueces sino por administradores, hasta finales del siglo XIX cuando se pasa a la etapa de la justicia delegada en la que son los órganos de justicia los que juzgarán a la Administración, órganos con una competencia especial. Nace, entonces, la jurisdicción contencioso-administrativa.

con lo cual, todo el poder conocido pasó a manos de esa Administración nueva, liberal, magnánima, que derrotó al Rey.

Es intempestivo el fortalecimiento que alcanza la Administración contemporánea, a unos niveles inimaginables siquiera por los propios revolucionarios, lo que los lleva a concebir, honrando sus propios principios de legalidad, igualdad y libertad, un régimen especial, para una Administración muy especial que le reconociera sus inmensos privilegios y poderes pero que, a su vez, protegiera y garantizara los derechos de los ciudadanos. Es decir, que fungiera como balanza para lograr el equilibrio entre ambos requisitos: poder y derechos.

El Derecho Administrativo es, pues, el fruto de un acuerdo político que se impuso luego de la Revolución. Consistió en adaptar la situación de la forma más conveniente a los nuevos detentadores del poder. Por ello, el precio del sometimiento a la Ley, que era lo coherente con el principio de legalidad revolucionario, fue el reconocimiento de una condición privilegiada que supuso la exclusión del control judicial, y el consecuente fuero especial, en manos de la propia Administración.

Ejemplo de ello lo trae Vélez García (1994, 2) al señalar que en la Constitución Francesa de 1791, “los constituyentes franceses adoptaron la fórmula de que los tribunales no podían emprender funciones administrativas o citar a los administradores por razón de sus funciones”.

En palabras de García de Enterría (1990, citado por Chinchilla Marín, 1992, 26) “el Derecho Administrativo se nos presenta como el precio de una disidencia, como un arbitrio con que la Revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su doctrina efectuaron los mismos revolucionarios.”

Así nace ese régimen especial, distinto al Derecho Civil, que regulaba la vida de los ciudadanos y que se ha denominado Derecho Administrativo, definido, según García de Enterría (1994, 36), como un derecho exorbitante del derecho de los individuos y, por ende, privilegiado, no susceptible de generalización.

La finalidad principal de este Derecho especial, que nació de la necesidad de los revolucionarios de mantener la coherencia en su discurso liberal era, en teoría, limitar de alguna forma el poder exorbitante y privilegiado de la Administración Pública naciente en Francia y reconocer, garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO RÉGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública contemporánea, aquélla que surgió como efecto del triunfo de la Revolución Francesa, marca, también, el nacimiento del Derecho Administrativo que se conoce en la actualidad.

Su surgimiento viene impregnado de un carácter especial. Distinto al Derecho Común que se conocía, distinto al típico conjunto de normas jurídicas que regulaban la vida en sociedad, porque a este nuevo Derecho, además de regular relaciones jurídicas, como cualquier otra rama del Derecho, le toca equilibrar una situación de hecho que se impone con la existencia de la Administración Pública post-revolucionaria: le toca conjugar el ejercicio del poder con el respeto y aseguramiento de las garantías ciudadanas. Buscar ese equilibrio es lo que le imprime un carácter especial.

Si bien es cierto que en sus inicios fue el fruto de un pacto político que le garantizaba privilegios especiales a la Administración, no es menos cierto que su objetivo real era regularizar el ejercicio del poder de modo que no sea contrario a las libertades de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo le reconoce y consagra privilegios y prerrogativas a la Administración Pública, pero a la vez le impone límites a esos privilegios y a la actuación de aquélla, en función de garantizar los derechos ciudadanos conquistados desde la Revolución, como eran la igualdad, libertad y legalidad.

De otra forma no habrían podido ser coherentes aquéllos revolucionarios. Esa tarea se le asignó al Derecho Administrativo. Por ello puede decirse que es más un efecto que un fin en sí mismo, porque la Administración Pública no lo sucede sino que lo antecede, éste no vino a crearla sino que surgió de ella.

Pero aparte ya las circunstancias y detalles históricos, muy relevantes en esta materia, lo cierto es que el Derecho Administrativo es especialísimo por esa característica de servir de balanza de poder: coloca prerrogativas y privilegios públicos frente a garantías y derechos ciudadanos. Ello se mantiene en vigencia actualmente en el Derecho Administrativo de influencia francesa, como es el venezolano y es lo que le estampa, justamente, su especialidad.

A) *Autotutela administrativa*

Cuando se hace referencia a que el Derecho Administrativo le reconoce privilegios y prerrogativas a la Administración Pública se está aludiendo a la situación favorecida de ésta que constituye la llamada autotutela administrativa.

Ella resume lo que son las “prerrogativas en más” que el Derecho Administrativo reconoce a la Administración Pública y que se materializan en distintas ventajas que hacen más efectiva la actuación administrativa.

Ahora bien, la autotutela administrativa ha sido explicada, errónea e insuficientemente, por la mayoría de los autores venezolanos, así como por la jurisprudencia patria, como la potestad que tiene la Administración Pública de ir contra sus propios actos, de proceder a revisar, de oficio o a instancia de los interesados, los actos dictados por ella, después de que éstos han producido efectos³.

Sin embargo, si bien es innegable que tal potestad de revisión de oficio de los actos de la Administración es un reflejo de esa potestad de autotutela, no es exactamente lo que mejor define tal privilegio de autotutela. Es quizá tan solo una consecuencia incidental y secundaria de la misma. Una mínima parte o manifestación de ella, que en forma alguna constituye el núcleo esencial de lo que realmente supone la situación privilegiada de la Administración Pública.

3 Sobre este particular puede revisarse la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, del 31 de enero de 1990, caso Farmacia Unicentro, que señala: “la autotutela es la gestión administrativa que permite revocar...” Asimismo, más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 4 de julio de 2003, caso Edilio E. Villegas Díaz se pronuncia señalando que: “La potestad de autotutela administrativa efectivamente involucra, en lo que se refiere a la revisión de actos administrativos tres elementos adicionales como son la potestad confirmatoria, cuando la Administración reitera el contenido del acto previo; la potestad convalidatoria, que comprende aquellos supuestos en el que el ente u órgano subsana vicios de nulidad relativa; la potestad revocatoria, la cual obedece a que la Administración puede extinguir el acto administrativo cuando constate vicios que lo revistan de nulidad absoluta...” De manera que, la noción de autotutela ha sido, en la mayor de las oportunidades, vinculada únicamente con la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos con la que cuenta, de acuerdo con la ley, la Administración Pública y la posibilidad de revocar y anular sus propios actos, cuando fuere procedente, por su puesto con las limitaciones que la misma ley le impone. Así lo prevén los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,

La autotutela administrativa, como aquí se entiende, es el privilegio de fondo, verdaderamente importante, significativo, que la ley, más específicamente, el Derecho Administrativo, le ha otorgado y reconocido a la Administración Pública, aplicable a aquellos casos en los que interactúa con los particulares investida de su poder de imperio.

Es, nada más y nada menos, la herramienta que le permite cambiar el estado jurídico de una situación preexistente, sin que haga falta que tal declaración, y luego, su puesta en práctica, sea reconocida y ordenada, previamente, por la autoridad judicial competente, es decir, por los tribunales.

Como es sabido, en todo Estado de Derecho lo propio y fundamental es el apego al principio de legalidad, la división de poderes y la sumisión a los tribunales de justicia para la solución de cualquier tipo de conflicto. Ahora bien, esa sumisión en el caso de la Administración Pública, gracias a la autotutela administrativa, podemos decir que es posterior. Ella está habilitada para actuar efectivamente sobre los particulares sin la habilitación previa de un tribunal, que solo "*a posteriori*" podrá revisar la legalidad de su actuación, si así ha sido reclamado por algún interesado afectado.

García de Enterría (1995, 487) explica la autotutela administrativa como un conjunto de prerrogativas, de poderes de actuación de la Administración, contrastándola con la situación de los particulares y los jueces. En ese análisis comparativo entre la Administración Pública, los tribunales y los particulares, textualmente, refiriéndose a la primera, señala:

... Para producir esos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez. Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone como hemos dicho de medios propios de ejecución. Puede en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales (privilegio de autotutela).

Siguiendo con ese estudio de la condición privilegiada de la Administración Pública frente a los Tribunales de Justicia, señala el mismo autor:

...la Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad... (omissis) ...de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad... (omissis) ...tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento... (omissis) ...la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción. (García de Enterría y Fernández, 1995, p. 471).

De allí que, resumiendo, concluye:

... La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial... (García de Enterría y Fernández, 1995, p. 487).

Queda con todo a la vista que “autotutela” supone o es la potestad que la Administración Pública tiene para “hacerse justicia por sus propios medios”.

Una condición de tal carácter, una potestad de actuación como la descrita, no es concebible a favor de los particulares, quienes, en virtud del principio de “paz jurídica”, necesariamente tienen que acudir a la autoridad judicial a solicitar sus derechos o pretensiones para entonces poder gozar de la situación jurídica a la que tienen derecho según la ley.

Desde esta perspectiva integral, es dable afirmar que la autotutela administrativa es, definitivamente, el privilegio de la Administración Pública. Es lo que representa y caracteriza la actuación especial de la Administración. Es lo que la distingue del resto de sujetos públicos y privados.

En ella se resumen, y tienen punto de partida, todos y cada uno de los privilegios de la Administración Pública e, incluso, vale decir, que de ella se han levantado, creado y consuetudinariamente aceptado algunos dogmas que en torno a la Administración Pública se han erigido en el tiempo y que tenemos, todavía, hoy día en vigencia.

Esa autotutela administrativa la vemos representada en los actos administrativos por su especial carácter ejecutivo y ejecutorio, así como en los contratos administrativos por la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes del Derecho Común.

Entendida así, como la potestad que tiene la Administración de hacerse justicia por sus propios medios, la autotutela administrativa es la primera cara que nos enseña el Derecho Administrativo.

B) Protección de las garantías ciudadanas

Pues bien, frente a tanto privilegio, de tanta envergadura, se impuso entonces la necesidad de equilibrar la balanza, de ser coherentes con el discurso, de lograr la verdadera igualdad que se propugnaba. Por consiguiente, el Derecho Administrativo muestra su otro cariz, su segunda lectura, perfectamente entrelazada con la anterior y que justamente le sirve de límite, le marca el camino, le impone las formas.

Sin duda, esta otra cara del Derecho Administrativo se encuentra íntimamente ligada al reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos que supone todo Estado de Derecho.

Como señala el autor alemán Schmidt-Assmann (2003, 71), si bien en un sistema distinto, perfectamente aplicable a nuestro caso:

...Los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho Administrativo de post-guerra. Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados

de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación...⁴

Esa otra cara del Derecho Administrativo es el reconocimiento, respeto y protección a las garantías ciudadanas.

En aquel momento de la Revolución Francesa las garantías ciudadanas estaban consagradas en textos legales, no existía la Constitución como norma jurídica, por ello se habla de principio de legalidad, más en nuestros días ese principio debe entenderse comprensivo de todo el ordenamiento jurídico, fundamentalmente desde la Constitución.

El Derecho Administrativo protege las garantías constitucionales y legales de los administrados, de los ciudadanos, es decir, de los mandantes de la Administración Pública.

De esta manera el Derecho Administrativo logra el equilibrio que estaba llamado a propiciar. Ese equilibrio está representado en las exigencias que el mismo hace a la Administración Pública a la hora de actuar, como contrapeso a las prerrogativas y privilegios que le reconoce, o sea, como contrapeso a la autotutela que le otorga a la Administración Pública.

Como la autotutela representa las “prerrogativas en más”, el respeto y reconocimiento de las garantías a los derechos ciudadanos representan las “prerrogativas en menos” que el Derecho Administrativo coloca en cabeza de la Administración Pública.

Ciertamente, los derechos y garantías ciudadanas están consagradas en el Texto Constitucional, más, sin embargo, a nivel legislativo, es el Derecho Administrativo el que al desarrollar la forma de actuación de la Administración Pública hace el llamado al respeto de tales derechos, en cualquier forma de actuación administrativa.

Son diversas las manifestaciones de tales garantías que se encuentran consagradas por el Derecho Administrativo y que tienen plena vigencia y aplicación en nuestros días.

Partiendo de lo general a lo particular, desde la forma de los actos administrativos, regulada en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que describe la forma obligatoria y los elementos

4 Para más abundamiento sobre el tema ver: Schmidt-Assmann Eberhard (2003, 71 y ss).

que debe contener un acto administrativo, hasta la consagración de diversos procedimientos administrativos que deben preceder a la emisión de cualquier acto administrativo de que se trate.

Dentro del procedimiento administrativo, cualquiera que éste sea, debe respetarse el derecho a la defensa de los ciudadanos, el derecho a su participación activa dentro del procedimiento y el establecimiento de los recursos que puede ejercer contra los actos administrativos dictados por la Administración Pública.

Como garantía a los particulares existe la obligación de que la voluntad administrativa deba ser manifestada formalmente por escrito, cumpliendo con extremos especificados en la ley, debe estar suficientemente motivada; y ser debidamente notificada a su destinatario según los mecanismos de publicidad que imponga la ley. Cosculluela Montaner (2002, 43) añade la sumisión al principio de igualdad en las técnicas de selección de contratistas, y al de mérito y capacidad en la selección de sus funcionarios; las técnicas de control del gasto público y el sistema de responsabilidad administrativa.

Fundamentalmente estas prerrogativas en menos, o garantías a favor de los ciudadanos están allí para garantizar el libre ejercicio del derecho fundamental a la defensa, la seguridad jurídica y finalmente, el restablecimiento judicial del derecho infringido si lo hubiera.

Las enumeradas son algunas de ellas, las que se presentan como las más importantes y evidentes, sin menoscabo de que existan muchas más.

Estos ejemplos dan fe de esa otra cara que nos enseña el Derecho Administrativo y que sumada a la anterior resulta o pone de manifiesto esa labor de equilibrio propia de esa rama del Derecho que le hace merecedora del carácter especial que se ha enunciado.

El Derecho Administrativo no es solo el derecho que privilegia a la Administración Pública, es también el derecho que protege los derechos y garantías ciudadanas. Es prerrogativa y regla. Es derecho y deber, al mismo tiempo.

Como elocuentemente lo enseña Escola (1989,25) la necesidad de que el Estado intervenga en la satisfacción de los intereses generales, del

bienestar general que propugnan las constituciones, como la venezolana, supone un riesgo:

... el riesgo tremendo de que ese intervencionismo termine por aherrar al individuo, restándole toda iniciativa y responsabilidad, concluyendo por cercenarle sus libertades y derechos, sin siquiera brindarle aquel bienestar general al que todos justamente aspiramos.

Continúa entonces el citado autor señalando que:

...En la medida en que la autoridad se fortalece, indefectiblemente más se limitan y restringen las libertades, correspondiéndole al derecho administrativo la grave responsabilidad de estabilizar el péndulo entre aquellos dos polos a un mismo tiempo opuestos y complementarios...

Una pregunta surge para el autor citado al plantear la importancia y gravedad del problema:

...¿Cómo podrán garantizarse los particulares de que el Estado habrá de cumplir con su finalidad de contribuir y posibilitar que cada uno de nosotros, y en su conjunto nuestra comunidad, alcance el bienestar general, por cuyo logro efectivo consentimos en desprendernos de alguna porción de nuestras libertades y derechos originarios?...

Buena parte de la respuesta se encuentra en el Derecho Administrativo, que así como otorga privilegios que se traducen en poder para la Administración Pública, le impone deberes en la consecución del fin que la justifica: garantizar a los ciudadanos, a todos, ese bienestar general en el que, sin duda, se protegen sus libertades y derechos. De allí la especialidad del Derecho Administrativo y su tarea de equilibrar ambos extremos.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luego de entender los alcances de la especialidad del Derecho Administrativo, es necesario estar claros, puntualmente, en que cada vez que éste sea aplicado a un caso determinado estamos en presencia de las dos caras de la moneda, la autotutela administrativa (condición

privilegiada) y del respeto intenso a las garantías y derechos ciudadanos, (obligación especial).

Ahora, llegado a este punto, se hace necesario saber, de cara a ese privilegio tan particular que supone la autotutela administrativa, lo que se presenta como uno de los puntos de quiebre en la materia: cuál ha sido o es la causa de tal reconocimiento: Cuál es su justificación final. Por qué, doscientos años después de la Revolución Francesa, se le ha otorgado a la Administración Pública semejante poder de hacerse justicia por sus propios medios. El poder de crear, modificar o extinguir el “status quo”, las situaciones jurídicas y de hecho preexistentes, sin requerir de una declaración judicial previa que la habilite a actuar.

Y luego, entendiendo su justificación, cabe preguntarse en qué circunstancias dicho privilegio acompaña a la Administración Pública en sus relaciones con los administrados, es decir: ¿Cuándo es aplicable el Derecho Administrativo? ¿Acaso siempre, o solo en determinadas circunstancias?

Para ello, comenzaremos por enumerar las distintas razones que se han apuntado en el tiempo como justificación de la autotutela administrativa, describiéndolas brevemente, a modo de propuestas, seguidas de un análisis crítico que pone a prueba el peso real de tales justificaciones, para acogerlas o desecharlas, razonadamente. Posteriormente, se podrá determinar cuándo la Administración Pública actúa acompañada legítimamente de dicho privilegio, es decir, cuándo el Derecho Administrativo debe regular su actuación y cuándo, por el contrario, no.

1. Razones que han justificado la aplicación del Derecho Administrativo a la Administración Pública

Partiendo de la noción de autotutela administrativa, entendida como aquella que resume la condición privilegiada de la Administración Pública frente a los particulares y frente al resto del Estado, resulta necesario comenzar a analizar qué cosa especial ha dado paso al reconocimiento jurídico de tal privilegio a través del Derecho Administrativo, a fin de indagar y determinar, si es posible, cuál es la justificación final que lo mantiene vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se han ensayado y propuesto diversas teorías. Se concretan las siguientes.

a) Razones Históricas

En el Antiguo Régimen, como se le suele denominar al absolutismo francés, el Rey concentraba el Poder que le venía otorgado directamente de Dios. Era quien dictaba las leyes, reglamentos y actos para imponer su voluntad, en forma general o particular, así como las sentencias que resolvían las controversias entre partes que pudieran suscitarse.

Para entonces, tanto los actos dictados por el Rey, en ejercicio de funciones administrativas (actos administrativos), como aquellos dictados en ejercicio de función judicial (sentencias), tenían el mismo valor, jerarquía y efectos. Ambos eran actos reales, con igual carácter ejecutivo y ejecutorio, pues, a fin de cuentas, en el caso de los actos administrativos, no habría tenido sentido un control posterior. Ese sería efectuado por el mismo sujeto que dictó el acto, o sea, el Rey.

Ese carácter ejecutivo y ejecutorio totalmente subjetivo que imperó en el absolutismo francés obtuvo continuidad luego de la Revolución Francesa.

En primer lugar, habría que decir que esa continuidad respondió simplemente a la falta de fundamentos para objetarlo. No eran necesarias más explicaciones. Así lo mantuvieron los revolucionarios franceses. Pero yendo más allá, ciertamente otras razones pueden justificar tal continuidad.

Como se ha venido señalando, cercano el final de la monarquía, el Rey enfrentaba a los antiguos Parlamentos, es decir, a los Jueces, que, si bien reales, formaban parte de la nobleza. Los Tribunales estaban conformados por una clase privilegiada y los cargos judiciales, como explica Vélez García (1994, 2) se compraban, vendían y heredaban entre ellos. Era, así, un Poder real, al que, no obstante, no tenía acceso el Rey.

Los jueces en el Antiguo Régimen y durante muchos años, pero especialmente durante el siglo precedente a la Revolución Francesa, se transformaron en la principal piedra de tranca para el Rey, no solo a través del registro de las leyes y reglamentos reales, sino que su capacidad llegaba, incluso, a paralizar obras públicas a través de su autoridad sobre los administradores.

Ese distanciamiento entre Rey y Parlamentos se acentuó con el paso del tiempo y éstos lograron un poder sobre el Rey nada desdeñable. Eran

ellos quienes le daban eficacia a las leyes y reglamentos reales, a través de su registro. Ese registro no era la simple y automática transcripción de dichas leyes y reglamentos reales, sino que los jueces, en ejercicio de esa potestad, podían objetarlos y, a través de esa vía, lograban obstaculizar y controlar la actividad del Rey, especialmente en lo que les afectaba como grupo social, como era el tema de los impuestos y tasas.

En cuenta de ello, los revolucionarios, que vivieron y conocieron esta relación entre el Monarca y los Parlamentos, así como el enfrentamiento que entre ellos permanecía, apenas triunfa la Revolución y asumen el Poder, adoptan en el seno de su gobierno el postulado, que ya se ha referido, sobre el cual “los tribunales no pueden emprender funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

Allí encontramos la consagración de ese principio que ha llegado a ser un dogma en el Derecho Administrativo, del cual no escapan nuestros jueces y autores: “juzgar a la Administración es Administrar” y “el Juez no puede sustituirse en la actividad de la Administración”, así como muchos más que se repiten en infinidad de oportunidades.

En atención a ese principio de no-control que propulsaron los liberales, los actos administrativos continuaron teniendo el carácter ejecutivo y ejecutorio propio de las sentencias judiciales, ahora con más fundamento: la separación de poderes. Se trataba, de este modo, de la voluntad de una Administración que acabó con los abusos del Rey y que actuaba sobre la base de los principios de libertad, igualdad y legalidad, lo que supone que su actuación era legítima, vale decir, sus actos eran legítimos.

De allí, que las decisiones de la Administración no requieran la previa declaración judicial para ser llevadas a cabo en toda su extensión, incluso coercitivamente, por sus propios medios. Encontramos aquí la cuna del privilegio, que luego se ha mantenido jurídicamente, gracias al Derecho Administrativo. La Administración puede hacerse justicia por sus propios medios. Sus actos son, por ende, “ejecutivos y ejecutorios”.

Así fue empleada, en la época, la tesis de la separación de poderes de Montesquieu, interpretada de forma muy distinta a la que él originalmente atribuyó, por la cual les estaba vedado a los jueces enjuiciar a la Administración, interpretación que solo venía a favorecer a esa Administración poderosa que nace con la Revolución Francesa y al no-control

que se pregonaba sobre ella y vino a justificar también la continuidad del privilegio en el actuar de la Administración.

García de Enterría (1994, 31) refiriéndose a la interpretación que hacía Montesquieu sobre el Poder Ejecutivo señala: “Resulta claro que a este poder se atribuye únicamente una función de relación y defensa externa o internacional, con la única excepción de establecer la seguridad, que en su impresión puede tener también una aplicación interior”.

Ahora bien, ciertamente, las razones históricas que caracterizan el nacimiento de la Administración Pública son trascendentales, incluso necesarias, para entender con claridad muchos aspectos importantes del Derecho Administrativo. Se invocan, por muchos, como causa o justificación de la existencia del privilegio de autotutela administrativa que se mantiene en nuestro sistema actual.

Sin embargo, resulta preciso señalar que, éstas, tienen una enorme utilidad, pero, más que para dar una justificación, en sí, a título informativo. Nos permiten conocer cuál es el origen de la Administración Pública, del Derecho Administrativo que conocemos y, en fin, de ese privilegio de autotutela que analizamos.

Pero el origen nada tiene que ver con la justificación actual de una institución. Lo explicado sobre la Administración Pública y su nacimiento en Francia, después de la Revolución Francesa, resulta insuficiente para concretar las razones que justifican la existencia del privilegio.

No es satisfactorio el análisis si se colocan esas razones históricas como fundamento, porque bien podríamos decir que, hoy en día, en nuestro sistema, tenemos una concepción del Estado totalmente distinta a la que se tuvo en Francia antes y luego de la Revolución. El principio de separación de poderes, por una parte, tiene una connotación diferente de la que privó en Francia para justificar aquel Estado. El Poder Judicial, por su lado, ahora cuenta con la competencia expresa para revisar los actos de la Administración y, a la vez, hay una total distinción entre sentencia y acto administrativo.

Esta circunstancia bien podría ser suficiente para cambiar el principio de autotutela de la Administración, empero, mantenemos en plena vigencia el privilegio de autotutela de la Administración Pública, a lo que solo queda continuar indagando para hallar una respuesta. En similares términos lo explican García de Enterría y Fernández (1995, 486).

b) El carácter democrático de las autoridades públicas

En un sistema democrático, las autoridades encargadas de las Administraciones Públicas son elegidas popularmente, de modo directo o indirecto.

A través del ejercicio constitucional del voto, la colectividad ejerce su soberanía en la elección de las autoridades públicas. Sea directamente, como el caso venezolano, o indirectamente como ocurre en sistemas parlamentarios, la mayoría del colectivo elige a las personas o grupos de personas para que ejerzan y administren el Poder Público que les es conferido mediante el voto.

De ese carácter democrático surge, efectivamente, la legitimidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y a esta característica ha sido atado el “principio representativo”, por el cual las autoridades elegidas por el pueblo, a través del voto, ejercen la representación política de ese pueblo a través de sus actos.

Lo anterior, sucintamente, lo explica García de Enterría (1997, 50) al señalar: “Cuando se enfatiza la legitimidad democrática de los administradores se está apuntando, aunque más intuitiva que técnicamente, a la aplicación a sus actos del mecanismo de representación política: tales actos vendrían a valer como propios del pueblo a quien los administradores representan”

Eso lleva a proponer esta circunstancia, propia de regímenes democráticos, como una posible justificación del privilegio de autotutela con que cuenta la Administración Pública⁵. Lo que supondría es que si las autoridades democráticamente electas han sido encargadas justamente por el colectivo para ejercer el poder público, entonces todos sus actos serán legítimos en virtud de esa elección.

Este argumento deriva, igualmente, de la Revolución Francesa y del Estado francés que la sucedió, y como es de observar ha sido empleado hasta nuestros días. Básicamente refiere que la Administración democrática se legitima en el pueblo. Con la consecuencia inmediata de que sus actos, todos ellos, son también legitimados por el pueblo que los eligió.

5 En el sistema de derecho norteamericano rige, con fundamento en esto, una deferencia judicial hacia el Ejecutivo, por la cual, en caso de dudas se presume que la Administración tiene la razón y obró correctamente. Al efecto, revisar García de Enterría (1997, p.169 y ss).

Esta construcción fue utilizado así por los revolucionarios franceses para justificar la separación de poderes como prohibición para los jueces de enjuiciar a la Administración Pública, que ahora representaban, de manera que surgió, entonces, la etapa conocida como de justicia retenida en la propia Administración Pública, en razón de que, como recogen García de Enterría y Fernández (1995, 484) “juzgar a la Administración, sigue siendo administrar.” Por ello, solo la Administración podía juzgarse a sí misma, en el entendido que con tal función sigue administrado.

En este orden de consideraciones, habría que señalar que, como esas autoridades han sido elegidas por el pueblo democráticamente, cuentan, en el ejercicio de sus cargos, con una legitimidad política derivada de ese proceso electoral al que se sometieron, y que esa legitimidad podría irradiar sus actuaciones y, en tal sentido, hacerlas presumir legítimas, emanadas del pueblo que los eligió, y, en ese sentido, otorgarles el privilegio de autotutela, haciéndolas ejecutivas y ejecutorias.

Sin embargo, frente a tales razonamientos salta a la vista que la elección popular de las autoridades democráticas que conforman la Administración Pública, efectivamente, legítima “políticamente”, a aquéllos que han sido electos, y a ésta, frente a la sociedad en general. No hay duda.

Más, no acompaña a tal circunstancia una libertad de actuación más allá, o al margen del Derecho. Es decir, que las autoridades públicas sean electas popularmente no implica, en absoluto, que tales autoridades, en su actuación, respeten siempre, al pueblo que las elige democráticamente.

Ellos, al igual que cualquier otro funcionario público, deben ceñirse estrictamente al principio de legalidad y sus actos solo responderán al texto de la Ley, por lo que no podrá extenderseles legitimidad a sus actos derivada del pueblo que elige a sus autoridades. La única legitimidad que les da el pueblo, mediante la elección, es la de ocupar el cargo del que se trate, por el período correspondiente, nada más.

Y es que la concepción del Estado de Derecho, se opone absolutamente a esta concepción, toda autoridad pública, independientemente de la forma en la que ha sido designado en el cargo, debe atarse al cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico en todas y cada unas de sus actuaciones.

Como lo explica García de Enterría (1997, 50), haciendo referencia a la legitimidad democrática de los administradores:

... El mecanismo de la representación política tiene su aplicación característica en las Cámaras legislativas; no resulta propiamente de aplicación como consecuencia de la elección democrática de los titulares del Ejecutivo o de las entidades territoriales- mucho menos a toda la miriada de funcionarios a quienes con la fórmula directa o indirectamente democráticos parece aun pretender extenderse el mismo principio representativo...

Con ello, quedaría sin fundamento el argumento según el cual el carácter democrático de los funcionarios públicos, democráticamente electos, que conforman la Administración, le imprime a sus actos legitimidad en tanto son expresión de la voluntad del pueblo. Nada más alejado de la realidad, los actos de tales autoridades deben cumplir, como todos los demás actos administrativos, estrictamente la letra de la Ley, so pena de ser declarados nulos, y las autoridades, en todo caso, están al servicio del colectivo, para ello fueron electas.

Esta condición de los funcionarios públicos democráticamente electos, poco tiene que ver con el privilegio de autotutela administrativa, pues en nada deriva de este carácter democrático la justificación para que los actos administrativos gocen de ejecutividad y ejecutoriedad.

c) El principio de legalidad y la presunción de legalidad de los actos administrativos

En franca relación con lo anterior, se presenta el pilar fundamental de todo Estado de Derecho: el principio de legalidad. En palabras de Vélez García (1994, 19), supone el sometimiento de todos los órganos y sujetos públicos y privados a la normatividad del Estado.

Como sabemos, por aplicación de ese principio, todos los órganos del Poder Público están sometidos al Derecho, al ordenamiento jurídico íntegro. Es el imperio de la Ley el que rige en un Estado de Derecho. De ello deriva, en principio, que la actuación de la Administración Pública debe siempre estar enmarcada en el texto de la Ley, pues, como parte del Poder Ejecutivo, su función natural es la de ejecutar las leyes.

Lo explica particularmente García de Enterría (1995, 484), al señalar que la Administración: “es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa necesariamente sometida a la legalidad, la cual a su vez es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma...”

Por eso, es necesario concluir, si queremos ser coherentes, que toda actuación de la Administración habrá de presumirse legal, ya que ésta, y no otra, es la forma como se le ha encomendado actuar.

Consecuentemente, se ha dicho, sus actos, gracias a esa presunción de legalidad, tienen carácter ejecutivo y ejecutorio. Se presumen legales y, en tal sentido, son capaces de producir sus efectos inmediatamente. Son un título ejecutivo los actos administrativos, cualquiera que ellos sean, y al tratarse de la Administración, ésta los ejecuta. Para muchos aquí reside la razón de tal privilegio de autotutela.

Como se explicó antes, los actos administrativos se presumen legales y, en tal sentido, hasta tanto sea desvirtuada esa legalidad en un proceso impugnatorio, surtirán efectos y serán ejecutados por la propia Administración desde que se dictan.

Sin embargo, y aunque ello es cierto, no es menos cierto también que el principio de legalidad arropa a todos dentro de un Estado de Derecho.

El Poder Judicial, por ejemplo, es parte del Poder Público, al igual que el Ejecutivo, está sometido a la Ley en su actuar; es más, debe realizar su función propia de administrar justicia, dándole a cada quien lo que le corresponde conforme a la Ley.

Su actividad de subsunción de los hechos en la norma jurídica, para, finalmente, aplicar la consecuencia jurídica derivada de ella, lo sujeta al principio de legalidad.

Empero, las sentencias, si bien ejecutivas, no son ejecutorias desde que se dictan, y cualquier recurso, ordinario o extraordinario, contra ellas suspende como regla general su ejecución, a diferencia de lo que ocurre con el acto administrativo. La sentencia solo adquiere esa fuerza cuando queda definitivamente firme, es decir, cuando contra ella se han ejercido

todos los recursos previstos en la Ley. El Poder Judicial, sujeto también al principio de legalidad como parte del Poder Público, no cuenta, como la Administración, con un poder de autotutela, que haga a sus sentencias ejecutivas y ejecutoras apenas se emiten.

Por otra parte, los particulares, al actuar, deben igualmente cumplir con la Ley. La pueden transgredir, igual que la Administración, pero a ella le está dado que sus actos se presuman legales, pues sólo conforme a la ley está llamada a actuar.

A lo que se quiere llegar es a señalar que todos, dentro del Estado, estamos sometidos al imperio de la Ley y no por ello contamos con tal prerrogativa. Ésta es exclusividad de la Administración Pública.

Ciertamente el principio de legalidad abona y comienza a hacer pensar en que nos acercamos a la razón; al fundamento que respalda la consagración jurídica del privilegio de autotutela administrativa; a su justificación; aún así, no parece ser lo determinante para conocer el por qué de la autotutela administrativa.

d) El principio de eficacia

La necesidad de que la Administración Pública sea eficaz en su actuación podría proponerse, sin duda, como la justificación del privilegio de autotutela que ostenta. Es a ella a quien se le ha encargado la función de ejecutar las leyes en procura del colectivo, al servicio del cual está. Al actuar, lo hace en beneficio de todos. De manera que a todos, en principio, interesa que la Administración sea eficaz.

Esa eficacia, por sí misma, supondría la continuidad que debe garantizarse de los servicios públicos que están a su cargo; la calidad en la prestación de los mismos; la respuesta oportuna a las solicitudes de los administrados y, en fin, la satisfacción de los intereses colectivos.

Para ello, preciso resulta, sin mucha discusión, comprender que será necesario que se le otorgue a la Administración la potestad de actuar, directamente, en cumplimiento del principio de legalidad, y especialmente sin que necesite, para llevar a cabo sus fines, de una declaración previa dictada por un órgano distinto a ella, por un Tribunal de la República.

Habrán quienes propugnen que el sistema para ser eficaz debe concebirse así. Si no pasarían a un segundo plano las necesidades que

impone el colectivo en la prestación de los servicios y en todo lo que constituye la actividad de la Administración Pública.

Adicionalmente, es fácil sostener que quien cuenta con los criterios técnicos necesarios y con la infraestructura técnica y humana que le permite efectuar las actividades que le competen, en la forma más eficiente y más eficaz, es la propia Administración Pública, de manera que quién mejor que ella para declarar sus derechos e intereses y para ejecutar sus propios actos.

Queda así planteada, muy sencillamente, una razón, la eficacia, que justifica la necesidad de otorgarle a la Administración Pública el privilegio de autotutela. Ello permita que la Administración Pública actúe de forma eficaz, ya que no tendría tiempo que perder en someter su voluntad a la aprobación previa de un juez.

La eficacia en el actuar de la Administración es un valor que, sin duda, todos reconocemos necesario por los cometidos que están a su cargo.

Sin perjuicio de ello, sostener que la razón de ser de la autotutela administrativa es, simplemente, la eficacia de la Administración, sería aceptar el fracaso de la misma como mecanismo para lograr obtener una Administración Pública verdaderamente eficaz.

Para apoyar esta afirmación es útil citar lo que al efecto explica Sánchez Morón (1982)

...durante mucho tiempo el mito de la eficacia indiferente, tan frecuentemente utilizado como justificación jurídica de la libertad de acción administrativa, ha convivido con una Administración evidentemente ineficaz; incluso podría decirse, exagerando un poco la nota, con una Administración indiferente a la eficacia...

Continúa el citado autor:

...el principio de eficacia de la Administración debe tener su concreción jurídica en otros aspectos de la organización y de la acción administrativa, que podrán afectar a situaciones de privilegio y descontrol dentro y fuera de la Administración, a pretendidos derechos adquiridos y aún al ejercicio de derechos e intereses legítimos en ocasiones. En otros términos, dicho principio legitima la adopción

de decisiones racionalizadoras de la organización administrativa e incluso podría invocarse contra actuaciones discrecionales de la Administración junto a la infracción de otros principios generales, como los de igualdad, proporcionalidad, imparcialidad, etc. (por ejemplo, en el ámbito de la contratación y las concesiones administrativas o del Derecho funcional o en las relaciones entre varias Administraciones públicas). Pero, de esta doctrina jurisprudencial expuesta, difícilmente podrá servir de justificación para limitar la efectividad de las garantías judiciales...

Lo anterior pone en duda que la eficacia pueda servir de fundamento al privilegio de la Administración, además de que, valga decir, en otros sistemas de Derecho, como el anglosajón, en los que no existe el privilegio de autotutela a favor de la Administración, se cuenta con Administraciones mucho más eficaces que la nuestra.

Como explica García de Enterría y Fernández (1995, 478), el sistema anglosajón es un sistema diametralmente opuesto al de los sistemas continentales como el nuestro; así señala que:

... su coherencia no precisa para nada acudir a la noción de un poder autónomo interpuesto, dotado de subjetividad y de unos especiales privilegios, poder que es la Administración en los sistemas continentales. Los actos administrativos, como actos aplicativos de la ley, tienen la autoridad vicaria de la ley que aplican. No cumplir lo que ordena un acto administrativo se equipara, por ello, a incumplir la Ley, en que el mismo se funda, lo cual constituye una infracción penal, según el más antiguo common law. El acto administrativo como tal no se beneficia de ninguna ejecutoriedad, en el sentido que hemos expuesto, simplemente quien no lo cumplimenta puede ser inculcado ante el juez penal... en ese proceso penal el inculcado podrá excepcionar, sin limitaciones, sobre la validez, formal y de fondo, del acto administrativo, de modo que si justifica ser un acto ilegal será absuelto y su resistencia, así, legitimada...

Con todo, queda en evidencia que, a pesar de que la eficacia en el actuar de la Administración Pública es más que deseable por todos, está lejos de ser la razón que justifique el privilegio. Es si se quiere, un indicio más de que debe haber algo superior que todos deseamos que se logre sin dilaciones y, por qué no, de forma eficaz.

e) El interés general

Para entrar en la noción de interés general se hace necesario partir de la noción primaria del servicio público.

La noción de servicio público está plenamente relacionada con la actividad desplegada por la Administración Pública.

La actividad prestacional estuvo siempre en manos de la Administración Pública, que era quien, en principio, tenía la capacidad necesaria para asumir una tarea de tal envergadura, como es la de prestar servicios públicos. Nada más unido a la colectividad a la que, precisamente, se debe esa Administración.

Así, en sus inicios, la Administración Pública estaba totalmente identificada con esta noción, hasta el punto que se señalaba que la Administración Pública era tal, en la medida en que prestaba servicios públicos, y daba satisfacción con ellos al interés general. La Escuela de Burdeos, que tuvo gran influencia en Francia, reduce, como explica Lares Martínez (1988, 223) todo el Derecho Administrativo a la teoría del servicio público.

Para Dugüit, (citado por Escola, 1989, 8), “la noción de servicio público, contiene y agota toda la estructura del derecho administrativo, que es así considerado como un conjunto de reglas que se aplican a los efectos de los actos administrativos y al funcionamiento de los servicios públicos.”

El mismo autor, (1928, citado por Lares Martínez, 1988, 223), representante de la Escuela de Burdeos, señala que: “el servicio público es el fundamento y el límite a la vez, del poder gubernamental”.

Según lo relatado por Escola, (1989, 7), cuando se refiere a la necesidad de buscar ideas unitarias que dieran fundamento al Derecho Administrativo señala: “La primera de las posiciones importantes en este sentido es la de quienes, en Francia, entendieron que la idea liminar del derecho administrativo, aquella que le servía de verdadero fundamento y sostén, era la noción de ‘servicio público’”.

El estudio de esta noción ha pasado por innumerables criterios, cambios de sistemas y adaptaciones que, en todo caso, no pretendemos abarcar. Sería ambicioso, incluso, intentar plantear siquiera una definición

de servicio público. Basta, a nuestros fines, con señalar, con Rodríguez Laverde (1999, 43), que “el surgimiento de la noción de servicio público se ha entendido como una consecuencia del proceso evolutivo que a través de las distintas épocas han experimentado los conceptos de dominio público y uso público”

Continúa la citada autora explicando que la actividad de servicio público logró llegar, en su desarrollo evolutivo, a ser entendida como una actividad de prestación distinta a las actividades de policía administrativa y de fomento, que existían, y ello nos basta, a nuestros efectos. El servicio público es una de las actividades de la Administración Pública, quizá, la más trascendente e importante de todas, pero no la única.

Ciertamente, la Administración Pública ha crecido en estructura y actividades y hoy la vemos involucrada en mucho más que la prestación de servicios públicos tradicionales, que marcaron su origen. Ahora bien, lo determinante es que esa noción de servicio público, que alude a una de las actividades propias de la Administración Pública, se hizo insuficiente para explicar, íntegramente, la actividad administrativa, ya que parafraseando a Escola (1989, 9), la noción era exagerada pues si bien la Administración Pública actúa con el propósito esencial de lograr la satisfacción de las necesidades públicas, no todo lo que hace para alcanzar ese objetivo primordial puede ser calificado, definido, como servicio público, al contrario se diferencia de éste.

Todo ello da paso, entonces, a un concepto más amplio, capaz de abarcar las diversas situaciones en las cuales la Administración Pública actúa en procura de una satisfacción directa e inmediata de las necesidades públicas, una noción omnicomprendensiva de la actuación administrativa, esa noción es: el interés general.

Resulta útil acudir a Jiménez Blanco (1993) quién señala que: “Lo delicuescente del concepto de servicio público es, en parte, lo que llevó a que emergiese la noción de interés general como gran criterio delimitador de la actividad de la Administración. Es la tesis de Rivero. En España, el artículo 103.1 es apodíctico: la tarea de la Administración es el servicio a los intereses generales –en plural–; por ellos se justifica”.

Ahora bien, si resulta complejo y borroso definir el servicio público, el concepto que de él se extrae y que le supera en amplitud, es aún más intrincado.

Sobre esa noción de interés general, señala Nieto (1991, citado por Jiménez Blanco, 1993):

... Ni la ciencia ni la práctica política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado. Todo el mundo está de acuerdo en que (tal como declara la Constitución española) la Administración está al servicio de los intereses generales de la comunidad; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza: ni en qué consisten estos intereses generales, ni quién ha de determinarlos, ni, en fin, si cabe un control judicial posterior a las definiciones que quien quiera que sea haya hecho previamente. Los intereses generales han entrado así en el mundo de los ‘conceptos inaprensibles’ a los que no tiene acceso la capacidad definitoria de la mente humana. Y es que se trata de una de esas palabras cuya fuerza radica más en lo que evocan que en lo que significan...

De manera que definir el interés general será una tarea que precisará un mayor esfuerzo, por lo variable que éste puede resultar de acuerdo a épocas, estados, culturas, políticas, etc., y que, en todo caso, no se persigue lograr en estas líneas.

Una aproximación que permite, si se quiere, confeccionar ese recipiente, aún sin llenar, que contiene aquello que hoy abarca y que deja espacio a lo que pueda llegar a abarcar el concepto de interés general, lo trae Escola, (1989, 31), pero utilizando como denominación la de “interés público” como el correlato jurídico de la noción de bienestar general:

...El interés público así entendido, es no solo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo...

Gran importancia cobra en este momento llamar la atención sobre lo que supone la función propia de la Administración Pública, la función administrativa, porque ella guarda estrecha relación con lo que se discute en este punto que es la satisfacción directa e inmediata del interés general que le da razón de ser.

La función administrativa ha sido entendida, a través de un criterio residual, como se ha definido en oportunidades, como todo aquello que no encuadra en las definiciones de función legislativa o función judicial.

Desde nuestra perspectiva esa es una forma errada de definir lo que debe entenderse como función administrativa, al menos estrictamente hablando. Así y a los efectos de la presente investigación es función administrativa aquella en la cual la Administración Pública actúa para brindar una satisfacción directa e inmediata del interés general.

Por ello lo que se propone, más bien, es lo siguiente: En tanto la Administración Pública se presente actuando en ejercicio de su función propia, la función administrativa, que supone la realización en forma concreta de los cometidos estatales que requieren una ejecución material, es decir, satisfaciendo de forma directa e inmediata los intereses generales, estará actuando investida de autoridad y contará, por consiguiente, con el privilegio de autotutela.

Lo colectivo, lo general, lo que a todos interesa, sí justifica que la Administración actúe sin dilaciones, sin previos pasos, en fin, sin habilitación judicial. No es, por tanto, por el simple deseo de que sea eficaz que se le otorga el privilegio a la Administración pública, es porque está satisfaciendo directamente el interés general por lo que se le otorga el privilegio y por lo que interesa que sea eficaz. Su actuación interesa y beneficia a todos, eso justifica el privilegio.

De lo contrario, cuando no hay satisfacción directa e inmediata del interés general, que, entiéndase, es su razón de ser, la Administración estará actuando de cualquier otra forma, incluso como un particular más, por lo que le sería aplicable un régimen de Derecho Privado, sin privilegios.

De acuerdo con esta postura podría afirmarse, tomando la idea de Dugüit, que *la satisfacción directa e inmediata del interés general es el fundamento y el límite, a la vez, del poder gubernamental.*

2. El interés general como justificación y límite a la aplicación del Derecho Administrativo

La noción de servicio público, como ha sido asumido, ha resultado insuficiente para explicar y definir la actividad de la Administración

Pública. Por ello se hace referencia al concepto más amplio de “interés general”, que envuelve a aquél.

La nota que distingue a la Administración Pública del resto de los órganos que ejercen el Poder Público, y de los particulares, es que está llamada a velar y satisfacer los intereses generales de una manera directa e inmediata. A ella se le ha encomendado, nada más y nada menos, que la consecución de esos intereses de todos.

Su actividad, la función administrativa, como explica Escola (1989, 18) se caracteriza por:

...la realización de forma concreta de los cometidos estatales que requieren una ejecución material; o aquella realización que se cumple de manera inmediata y directa mediante una acción que es concreta, continuada y espontánea y por ello mismo permanente y práctica, o más ajustadamente, el cumplimiento de una actividad que procura la satisfacción inmediata de las necesidades de la comunidad y la de los individuos que la integran...

Como bien señala Nieto (1991, citado por Jiménez Blanco, 1993): los intereses generales no están objetivamente definidos y son de difícil determinación, al variar en infinidad de circunstancias. Su determinación será siempre casuística, y dependerá, en gran medida, de la labor del legislador y, en todo caso, del juez como intérprete de la Ley.

Pero no se pretende definir el interés general como concepto en estas líneas, sabemos que existe y que en su determinación influyen una serie de circunstancias, sociales, económicas, de tiempo, culturales, religiosas, que ameritan ser valoradas para calificar algo como interés general. Ello sería tarea, principalmente, del legislador que cuenta con suficientes elementos para definirlo, y del juez en última instancia.

Lo capital, a nuestros efectos, es señalar que ese interés general, una vez circunscrito, definido y determinado, es el fundamento, la razón de ser de la Administración Pública.

Pues, si la Administración tiene a su cargo la satisfacción directa e inmediata de ese interés general, que a fin de cuentas nos incumbe a todos, es dable pensar que requiere entonces de una herramienta que le permita, sin dilaciones, cumplir con su cometido. Ella, entonces, velará por

el interés de todos y, en esa medida, cuenta con el privilegio de autotutela administrativa; de ejecución inmediata de sus decisiones.

Es decir, como explica con claridad Escola, (1989, 27), al justificar el intervencionismo del Estado en las vidas de los ciudadanos, y que perfectamente sirve para justificar el privilegio de autotutela que nos interesa. El autor reconoce como axioma que:

...si aceptamos y aún reclamamos el intervencionismo del Estado y la consiguiente merma siquiera parcial de nuestras libertades y derechos individuales, ya no absolutos sino relativos y condicionados, es solo sobre la base única de que aquel intervencionismo sirva, en definitiva, para asegurarnos o facilitarnos un bienestar general que nos permita gozar verdaderamente de la porción restante de nuestras libertades y derechos, alcanzando la plenitud de nuestro desarrollo individual...

Es éste y no otro, el fundamento del privilegio de autotutela administrativa que se le ha otorgado a la Administración Pública. Es de tal importancia para el Estado el cumplimiento y la satisfacción directa e inmediata de los intereses generales, que se justifica, finalmente, que ella pueda actuar con libertad, sin necesidad de que obtenga, para ello, la habilitación previa declarada por un Juez.

El interés general es la justificación final del privilegio de autotutela es lo que viene a determinar cuándo la Administración actúa investida de su poder de imperio, cuándo se justifica que ella haga uso de sus prerrogativas, y cuándo por el contrario no.

Es algo verdaderamente importante a los efectos de lo que se quiere significar en esta investigación, porque habrá situaciones en las que el régimen aplicable a la Administración Pública no es el Derecho Administrativo sino, el Derecho Privado.

Esta perspectiva lleva consigo un replanteamiento del Derecho Administrativo, tal y como se conoce actualmente, pues, la idea de la satisfacción directa e inmediata del "interés general" es la que verdaderamente fundamenta todo el Derecho Administrativo, desde su propia definición y principios, como sus instituciones, las de acto y contrato administrativo, por su puesto las más relevantes, hasta lo que debe entenderse por función o actividad administrativa.

V. DEFINICIÓN DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO, COMO FORMAS TÍPICAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Con claridad en la premisa de la cual partimos, la Administración Pública actúa investida de poder de imperio exclusivamente cuando su actuación tiene por finalidad la satisfacción, directa e inmediata, del interés general. En otras palabras, cuando actúa en función administrativa, como la hemos definido.

Ahora, es necesario entrar a revisar los conceptos de acto y contrato administrativo, que son las formas de actuación administrativa típicas, a través de las cuales se concreta la relación jurídico-administrativa, que se manejan en el Derecho Administrativo venezolano.

Estas formas de actuación administrativa se distinguen, fundamentalmente, porque uno, el acto administrativo, supone el actuar unilateral y el otro, el contrato administrativo, supone una actuación bilateral o multilateral de la Administración Pública.

En este punto nos pasaremos, muy laxamente, por lo que hasta ahora se ha entendido por acto y contrato administrativo en Venezuela, sirviéndonos de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, con las referencias al Derecho Comparado que resulten de utilidad.

1. Acto Administrativo

Comenzando por la noción de acto administrativo, cabe señalar que la definición legal de acto administrativo la encontramos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los siguientes términos: “Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública.”

Es una definición calificada por la doctrina y la jurisprudencia patria como insuficiente, que atiende únicamente a un criterio orgánico, que no da respuestas a las innumerables situaciones en las que se puede producir un acto administrativo. A nuestros ojos, una definición sumamente amplia que llevaría a que cualquier cosa que emane de la Administración Pública fuere un acto administrativo.

Luego, la jurisprudencia, al trabajar sobre esa definición, ha ido modelándola atendiendo, por ejemplo, a los efectos que produce el acto administrativo.

La Sala Político Administrativa de la anterior Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de junio de 1964, señaló que “son actos administrativos las manifestaciones de voluntad emanadas de las autoridades administrativas y que tienen por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales”.

Por su parte, la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 1 de febrero de 1983, señaló que:

... el acto administrativo per se produce efectos jurídicos relativos a la creación, modificación o eliminación de situaciones individuales o generales, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general”. Seguidamente la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 9 de noviembre de 1993, delimita la definición señalando que “el acto administrativo es una manifestación de voluntad unilateral de carácter sublegal que tiende a producir efectos jurídicos determinados...”

Más recientemente, en sentencia del 21 de mayo de 2002, caso: “Colegio de Ingenieros de Venezuela”, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia hace mención a lo que se entiende por acto administrativo y sus clasificaciones:

...Igualmente, tanto la doctrina más calificada en la materia, como la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, han definido a los “actos administrativos” –en términos generales– como: toda declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de los órganos que integran la Administración, en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria, los cuales producen efectos de derecho, generales o individuales en la esfera jurídica de los administrados. Asimismo, los “actos administrativos” han sido clasificados por la doctrina de manera general de la siguiente manera: a) desde el punto de vista del procedimiento en: actos de trámites, actos definitivos, actos firmes y actos de ejecución; b) por el alcance de sus efectos en: actos generales y actos particulares; c) por la amplitud de los poderes de la Administración en: actos reglados y actos discrecionales; d) desde el punto de vista del contenido en: admisiones, concesiones, autorizaciones y aprobaciones.

La doctrina ha complementado también la noción de acto administrativo. El interés de la doctrina en definir, o mejor, en delimitar el concepto de acto administrativo, figura central del Derecho Administrativo, ha llevado a distintos autores, de diversos países, a conceptualizarla y caracterizarla desde varias perspectivas.

Revisando el Derecho Comparado, Escola (1989, 136) los divide en dos grupos, uno, los que admiten que el acto administrativo es, en sí mismo, un acto jurídico que puede ser general o individual, unilateral o bilateral, sector representado por Marienhoff; otro, aquéllos que sostienen que el acto administrativo es exclusivamente unilateral, emanado de la sola voluntad de la Administración Pública, destinado únicamente a producir efectos subjetivos, dentro del cual figura Sayagués Laso.

Para Marienhoff, citado por Escola (1989, 136), “es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productoras de un efecto jurídico”.

Para Sayagués Laso, también citado por Escola (1989, 137), “es toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos subjetivos”

En Venezuela, frente a la escasa definición legal, Brewer-Carías (1991, 5) ha señalado la necesidad de combinar diversos criterios a fin de reconducir a la unidad la heterogeneidad del acto administrativo.

Una fusión entre el criterio orgánico y el criterio material o funcional, por ejemplo, ha permitido señalar que el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de los órganos de la Administración Pública, en ejercicio de cualquiera de las funciones en las que se divide el Poder Público Nacional; y, a su vez, la de aquellos órganos de las demás ramas del Poder Público cuando estén ejerciendo funciones administrativas.

Incluso yendo más allá, dictan actos administrativos los particulares con base en una autorización expresa de la Ley, y surge así la teoría de los actos de autoridad.

Pero, sin ánimos de hacer un estudio pormenorizado de las distintas nociones de acto administrativo propuestas, citaremos algunas de ellas:

Hernández Ron, (1943, citado por Pérez Luciani, 1998, 108), define el acto administrativo como “un acto individual, realizado en relación a un servicio público y del cual se deriva una situación jurídica individual o particular subjetiva.”

Para Brewer-Carías, (1995, citado por Lares Martínez, 1996, 140), es “toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero, por los órganos del Poder Judicial, actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa”.

Para Lares Martínez (1996, 140), en un sentido amplio son “todas las declaraciones emanadas de los órganos del Estado actuando en ejercicio de función administrativa, productoras de efectos jurídicos.”

Asimismo, distingue Lares Martínez (1996, 140), clasificaciones y criterios para definirlos que van desde lo orgánico a lo material, también en los términos señalados por Brewer-Carías.

Para Rondón de Sansó, (1982, citada por Pérez Luciani, 1998, 112) la definición de acto administrativo debe quedar limitada a “las manifestaciones formales de los órganos administrativos.”

Teniendo en cuenta las definiciones precedentes se puede concretar que las características o elementos, relevantes, empleados para definir al acto administrativo, que derivan de la ley, de la jurisprudencia, e incluso, de la doctrina en Venezuela, han sido a grandes rasgos las siguientes: i) Manifestación de voluntad unilateral; ii) emanada de la Administración Pública, o de otro órgano del Poder Público; iii) en ejercicio de la función administrativa, entendida en un criterio residual, como todo aquello que no es ni legislar ni juzgar; iv) de carácter o rango sublegal; v) capaz de producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir situaciones pre-existentes) inmediatamente (autotutela administrativa).

Básicamente, así ha sido construida o ensayada, hasta ahora, en Venezuela la noción de acto administrativo. Incluso teniendo en cuenta cualquiera de los elementos enunciados anteriormente, de forma alternativa, sin que concurren todos ellos, con lo cual hay que decir que entra casi cualquier actuación de la Administración Pública, manifestada en forma escrita, en ejercicio de cualquier actividad o función independientemente, de la finalidad real que se persigue con cada una de ellas.

Desde ese orden de consideraciones, caemos en la existencia, por ejemplo, de los llamados “actos cuasijurisdiccionales”, o “actos triangulares”, en los cuales la Administración cumple una labor como tercero imparcial que resuelve una controversia entre partes.

Ejemplo paradigmático se presenta en las Inspectorías del Trabajo, del Ministerio del Trabajo, que han sido objeto de estudio tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, y que, no en vano, han conllevado a muchísimas confusiones y cambios de criterios, pues la naturaleza de acto administrativo que se les atribuye, en la práctica, crea situaciones que escapan de lo que concretamente es la actividad de la Administración Pública y de la justificación de la misma.

Por otra parte, se encuentran también los actos sancionatorios (multas) dictados por la Administración Pública. Ejemplo son los que dicta el Servicio Autónomo de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que entran en esa definición vasta de acto administrativo que se encuentra vigente en la actualidad y que, de nuevo, crean situaciones confusas en la práctica, acaso, inconstitucionales.

En este tipo de actos es en los que cabe verificar la actividad que lleva a cabo la Administración Pública al momento de dictarlos y la finalidad que la misma persigue con ellos para, finalmente, encuadrarlos, si es el caso, en la categoría de actos administrativos con todo lo que ello implica.

Sobre estos actos, precisamente, se propone hacer el análisis a través del contraste con la premisa que se ensaya en esta investigación con la intención de llegar a la definición que se propone y en la que quedarán probablemente excluidos muchos de los actos que hasta ahora se reconocen como actos administrativos.

Hasta este punto se pone en evidencia, de forma somera, cual es el estado actual de la concepción y definición de acto administrativo, de acuerdo con los criterios más utilizados para definirlos. Como se observó el acto administrativo actualmente es una suerte de adición de elementos que, de acuerdo a la conveniencia, son empleados para calificar toda actuación unilateral de la Administración Pública como acto administrativo, con las consecuencias y efectos que ello supone.

2. Contrato Administrativo

En cuanto a la noción del contrato administrativo en Venezuela, el desarrollo ha correspondido también a la doctrina y a la jurisprudencia que han interpretado las referencias constitucionales y legales sobre la figura del contrato administrativo desde la Constitución de 1961 hasta la actual. A nivel legislativo no se ha ensayado ninguna definición concreta que sirva de marco legal para su desarrollo.

Muy seguramente, por ello, los vaivenes de la jurisprudencia y la doctrina en la concreción de las características o rasgos definidores del contrato administrativo se hacen presentes aún hoy en nuestros días.

Los antecedentes en esta materia los encontramos, de nuevo, en el Derecho Francés, en los conocidos *Arret Terrier*, dictada por el Consejo Francés del 6 de febrero de 1903, y *Arret Epoux Bertin*, del 20 de abril de 1956.

Desde entonces se distinguió en Francia dos tipos de contratos, los de Derecho Privado, en los cuales la Administración Pública actúa como un particular más, y aquellos en los que está envuelto un interés de servicio público, como lo llamaron en Francia, que estarían sujetos al Derecho Público, es decir al Derecho Administrativo. Estos últimos son los contratos administrativos.

En Venezuela heredamos, también de Francia, la figura del contrato administrativo. A los efectos de esta investigación, lo que corresponde es lograr un acercamiento a lo que ha sido la constante en las construcciones jurisprudenciales y doctrinales de la figura y cual es la definición que actualmente se maneja cotidianamente en el Derecho venezolano.

Siguiendo a Farías Mata (1981, 936), lo principal es partir de la comprensión del contrato administrativo como figura jurídica con rango propio, acogida por el ordenamiento jurídico venezolano e interpretada por la jurisprudencia de manera tal que se ha podido construir una teoría del contrato administrativo.

Señala, así, el autor citado lo siguiente:

...Que la Administración recurra a la técnica contractual es una cuestión, insistimos, teóricamente admitida por la doctrina, acogida sin reserva por la jurisprudencia, corroborada por la práctica administrativa

y, en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, consagrada por la Constitución y las leyes... (Farías Mata, 1981, 939)

La figura del contrato, tomada del Derecho Civil, sin duda, es uno de los ejemplos en los que el Derecho Público se ha servido del Derecho Privado, con ciertas variaciones. Es una herramienta, útil, de la que hace uso la Administración Pública para relacionarse con otros sujetos, bien como un particular más, o bien como Administración Pública dotada de autoridad, de privilegios.

En los primeros casos, aquéllos en los que la Administración se relaciona como un particular más, se ha utilizado la denominación de “contratos de la Administración”, quedando para los demás casos la acepción contratos administrativos, es decir, aquéllos en los que la Administración Pública actúa como autoridad, investida de poder de imperio.

Más, en ambos casos, aunque en distinta medida, el régimen se desvirtúa del típico y conocido Derecho Privado que regula las relaciones privadas propiamente tales. En los contratos de la Administración, aunque mayormente sometido al Derecho Privado, siempre habrá situaciones reguladas por el Derecho Público, como la competencia, presupuesto, etc.

A esta investigación interesa la noción de contrato administrativo, aquella que, como expresa Farías Mata (1981, 940), rompe con los principios básicos de la técnica contractual del Derecho Privado como son: la libertad contractual y el principio de igualdad entre las partes.

Será en estos contratos, calificados de administrativos, en los cuales la Administración Pública, o el ente público contratante, actúe investido de poder de imperio, en los cuales haga uso de su poder de autotutela, es decir, en los cuales existan prerrogativas a favor del ente público que no se aceptan, naturalmente, en los contratos de Derecho Privado.

En un contrato administrativo el ente público contratante puede, a través de actos administrativos unilaterales, ejercer poderes y prerrogativas independientemente de la letra del contrato que, de acuerdo con el Derecho Civil, es ley entre las partes.

Útil resulta lo explicado, en forma de crítica, por Melich Orsini (1999, 74) sobre las prerrogativas o ese régimen especial de Derecho Público que transforma al contrato civil en un contrato administrativo:

...de la calificación del contrato como “administrativo” se derivan todavía, según un laborioso proceso de marchas y contramarchas que no cabe resumir aquí, ciertas conclusiones que es necesario tener presente. La “función administrativa” asignada al contrato, mero reflejo de la irrenunciable posición de soberanía que el Estado ejercería a través del ente en quien haya delegado el ejercicio de tal función, lleva a que tal ente tenga la potestad de extinguir anticipadamente el contrato cuando considere haber cesado el interés público que lo motivó para celebrar el contrato; que pueda modificar las cláusulas del mismo (*ius variandi*) para adaptarlo a los vaivenes de ese “interés público”, que le correspondan como prerrogativas de ese mismo “interés público” la potestad de interpretación del contrato, el control y dirección la gestión de la que ha encargado a su co-contratante privado, etc. De hecho, todas estas prerrogativas son ejercidas mediante actos unilaterales que configuran en sí mismos actos administrativos que causan “estado”, o sea, una situación jurídica de aparente legalidad frente a la cual al co-contratante privado no le queda más remedio que esperar lo que decida la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando esté inconforme con ello y siempre que ejerza oportunamente el recurso por ilegalidad o exceso de poder...

Más allá de la crítica natural de un “*ius privatista*” a la figura complicada del contrato administrativo, nada más y nada menos que por esto resulta trascendental tener claro cuándo se está en presencia de un contrato administrativo y cuándo no. En qué casos, en fin, en una relación bilateral, la Administración Pública puede hacer uso de su potestad de autotutela administrativa, y cuándo no.

Pues bien, haciendo un breve recuento del tema, sus rasgos definitorios han variado en el tiempo, sin embargo, tanto en la doctrina y jurisprudencia patria, como en la extranjera, se han mantenido oscilando entre la noción de servicio público y la noción de cláusulas exorbitantes. Ha habido en el tiempo preponderancia de las cláusulas exorbitantes como elemento definidor del contrato administrativo aunque, en otros momentos, ha prevalecido la tesis del servicio público para su definición.

Las cláusulas exorbitantes, que por un momento fueron la nota que imprimía el carácter de administrativo a un contrato en el que era parte la Administración Pública, quedaron reducidas a su justo valor frente a la noción de servicio público, ya que las mismas no permitían explicar casos como el que se presentó en Francia con el famoso “*arret époux Bertin*”

del 20 de abril de 1956, en el cual, como explica Farías Mata (1981, 945), el Consejo de Estado francés encontró que existía un contrato verbal con los esposos Bertin, en donde no existían cláusulas exorbitantes del Derecho Privado y, no obstante, por estar encargada la ejecución de un servicio público le otorgó el carácter de contrato administrativo.

Toma así auge la noción de servicio público como elemento esencial para definir a un contrato como administrativo, y el Consejo de Estado francés señaló, en el fallo citado, que, *“si el contrato tiene por objeto la ejecución misma del servicio público, esta circunstancia es suficiente, por sí sola, para imprimir al contrato el carácter de un contrato administrativo”* (Farias Mata, 1981, 946).

Esta primera noción francesa de contrato administrativo se ha ampliado en ese país, tal y como lo expresa Jesús Caballero Ortiz (2004, 214), pasando de la ejecución misma del servicio público a *“la participación directa del cocontratante en el funcionamiento del servicio público, sin que tenga a su cargo la verdadera ejecución del referido servicio; también lo ha extendido al contrato que asocia al cocontratante a la ejecución del servicio público o el que constituye una de las modalidades de la ejecución del servicio público”*.

Obviamente, nuestro Derecho, influenciado siempre por el Derecho francés, también ha pasado si se quiere por ese tránsito, con lo cual la jurisprudencia ha definido al contrato administrativo a través de la sumatoria de elementos.

Inicialmente, la Corte Federal y de Casación, en sentencia del 5 de diciembre de 1944, distinguió como contrato administrativo aquél en el cual está interesado un servicio público.

Pero han sido muchos los criterios que ha empleado la jurisprudencia venezolana para definir al contrato administrativo, hablándose indistintamente de interés público, ejecución directa de un servicio público, prestación de un servicio público, utilidad pública, la presencia o no de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, entre muchos más.

Una sentencia reciente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 1º de noviembre de 2005, caso: Constructora Churruca contra el Municipio Arismendi del Estado Sucre, enumera elementos definidores del contrato administrativo en los siguientes términos:

...Igualmente se observa, que en cuanto a los elementos definidores del contrato administrativo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de este tipo de contratos, los siguientes: que una de las partes contratantes sea un ente público, que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público y, como consecuencia de lo anterior, la presencia de cláusulas exorbitantes de la Administración, aun cuando no estén expresamente establecidas en el texto de la convención... (Subrayado añadido).

Por su parte la doctrina en nuestro país, influenciada por la jurisprudencia, quizá, lejos de aclarar el panorama, de apuntar a un criterio claro y concreto del contrato administrativo, ha llegado a afirmar, producto de las amplísimas interpretaciones, que un contrato administrativo es cualquier contrato suscrito por la Administración Pública, independientemente de todo lo demás.

Ejemplo de tal postura la encontramos sostenida por Brewer-Carías (1996, 55) quien aduce a la *“inexistencia de actos o contratos de las administraciones públicas exclusivamente sometidos al Derecho Privado y la expansión de los conceptos de acto y de contratos administrativos”*. Es decir, hay una tendencia en la doctrina a simplificar el tema de los contratos administrativos hasta el punto en que cualquier contrato en el que la Administración es parte, se le atribuye el carácter administrativo.

No se puede dejar pasar lo que explica y cómo explica el autor citado la situación de los contratos administrativos, (1996, 59):

...un contrato de la administración aun con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un ‘contrato administrativo’ y por tanto, con “régimen preeminentemente de derecho público”, si la Administración, por razones de interés general decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón por la cual la categoría de ‘contrato administrativo, en definitiva, es una categoría ex post facto, cuya existencia depende de la voluntad de la Administración...

Pareciera, entonces, que para el autor citado, es la propia Administración la que decide el régimen jurídico aplicable a los contratos que tenga a bien celebrar, y puede cambiar las reglas del juego, como y cuantas veces quiera.

Con ello, simplemente, se evidencia que en la actualidad, por una parte, definir al contrato administrativo es una tarea que cumple el juez contencioso-administrativo y que ha quedado resumida a la sumatoria de elementos definidores, muchos de ellos disímiles entre sí, sin más explicaciones, y, por otra, que parece haber una tendencia simplista y hasta ligera de calificar cualquier contrato de la Administración, como contrato administrativo.

Con todo, podemos afirmar que en el estado actual del Derecho Administrativo venezolano, contrato administrativo es o podría ser: i) aquel celebrado por un ente Público con el objeto de que se preste un servicio público; ii) aquel en el que hay existencia de cláusulas “exorbitantes de la Administración” expresas o implícitas, iii) aquel en el que se evidencie una noción de servicio público o; iv) aquel en el que exista una finalidad pública o finalidad pública inminente.⁶

Estos elementos son tenidos en cuenta aisladamente para definir al contrato administrativo, es decir no deben concurrir, ni siquiera, para que se configure tal, basta con que uno de ellos se configure para que se califique como contrato administrativo. Con todo, desde tal perspectiva, es contrato administrativo todo contrato en que sea parte la Administración Pública, sin más, pues de ella depende, además subjetivamente, la existencia de tales contratos.

VI. CRÍTICAS A LAS DEFINICIONES DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO VIGENTES EN VENEZUELA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las definiciones anteriores, que como se ha referido, no intentan sino poner de relieve el estadio jurídico de las mismas en Venezuela de forma, si se quiere, somera y referencial, evidencia que existe una omisión, en ambos casos, a un elemento que, en nuestro criterio, debe ser incluido, para redefinir los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela.

6 Entre algunas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que contemplan estos criterios están: Sentencia del 5 de agosto de 1999, sentencia del 28 de noviembre de 2000, sentencia del 22 de enero de 2002, citadas por Jesús Caballero Ortiz (2004, 220).

1. Noción de Acto Administrativo

Como se observó, las definiciones de acto administrativo, empezando por la que aporta la Ley de Procedimientos Administrativos resultan insuficientes. Han sido trabajadas y complementadas pero siempre desde una perspectiva, digamos, formal. Son útiles, por su puesto, pero siguen siendo limitadas, porque todas ellas se hacen en ausencia del elemento teleológico, del fin que persigue la Administración Pública cuando dicta ese acto.

La consecuencia inmediata de ello es que la figura del acto administrativo se transforma en un concepto tan amplio que termina siendo vacío, ilimitado, sin trascendencia, porque cualquier manifestación de voluntad escrita que haga la Administración entra en esta categoría de actos, perdiéndose por completo la razón de ser del Derecho Administrativo, que está justamente para delimitar, para equilibrar situaciones. Si toda actuación de la Administración Pública, en definitiva, es calificada como acto administrativo, es decir en todo su actuar tiene autotutela, para qué distinguirlo.

¿Qué utilidad práctica tendría definir un concepto si en él cabe todo? Si basta con que la Administración se exprese para estar en presencia de un acto administrativo sin atender a ningún otro elemento, ¿qué importancia tiene definirlo? Bastaría con decir que toda actuación administrativa es un acto administrativo.

Se constata así la situación indeseable del criterio subjetivo, de atribuir prerrogativas a la Administración Pública simplemente por ser quien es, sin atender a la finalidad que persigue con su existencia y su actuar. La definición de acto administrativo que se maneja es un ejemplo real y cierto de que así ha sido concebido, ligeramente, el Derecho Administrativo. Ligereza que beneficia a la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y la corrupción en los órganos de la Administración Pública. Desde esa visión, cualquier cosa que exprese la Administración Pública es acto administrativo, por lo tanto cualquier cosa tiene fuerza ejecutiva y ejecutoria; está impregnada de autotutela administrativa y no requiere pronunciamiento judicial.

Creemos que no es ni debe ser así. No todo lo que la Administración Pública hace o dice encuadra en la noción de acto administrativo, si bien es una de las formas de actuación por excelencia de la Administración

Pública no es la única, por el contrario, es tan especial, que no puede ser simplificada de tal forma, pues con ello lleva a su desnaturalización e inutilización.

Por ello, redefinir las nociones de acto y contrato administrativo, desde nuestra perspectiva, pasa por el replanteamiento de los conceptos y definiciones que se han manejado hasta ahora. Así se sincera la realidad, se le otorga verdadero valor y la auténtica importancia al tema. Utilizando las palabras de Moles (citado por Farías Mata, 1981, 947) se despojan ambas figuras de exageraciones innecesarias que aún le son asociadas, y finalmente, concretan las situaciones, se garantiza el debido apego al ordenamiento jurídico y mayor seguridad jurídica a los administrados.

Así, para que esté presente en el actuar de la Administración Pública el privilegio de autotutela administrativa, y que sus actos sean ejecutivos y ejecutorios, es necesario que ella esté actuando para satisfacer, *directa e inmediatamente*, el interés general que le ha sido encomendado.

No se olvide que cualquier actuación de la Administración puede, finalmente, reconducirse a la satisfacción indirecta del interés general, pero a los efectos de la definición de acto administrativo, lo que lo caracteriza es la satisfacción *directa e inmediata* de ese interés general. Ésa es la nota característica, no es cualquier actuación sino aquélla en la que especialmente se satisface directa e inmediatamente el interés general.

Desde esta óptica, se propone como un ensayo de la definición del acto administrativo la siguiente: *El acto administrativo es aquella manifestación de voluntad unilateral de los órganos del Poder Público, de carácter sub-legal, dictada en estricto ejercicio de la función administrativa, es decir, dictado para satisfacer directa e inmediatamente el interés general.*

Con ello, entendido así, es forzoso señalar que no toda manifestación unilateral de la voluntad de la Administración Pública será, indefectiblemente, un acto administrativo. El acto administrativo no es la única forma de actuación de la Administración, por ello no las congrega a todas, sino a aquéllas que efectivamente pretenden, de forma unilateral, satisfacer directa e inmediatamente ese interés colectivo.

Si esa satisfacción directa e inmediata del interés general no subyace en la actuación de la Administración Pública, ésta podrá calificarse

como cualquier otro tipo de acto, pero no tendrá las notas características típicas de los actos administrativos y, por ende, no podrán ser ejecutados forzosamente a los destinatarios, sin pronunciamiento judicial previo.

A esta altura cabe preguntarse si cuándo la Administración Pública resuelve una controversia entre partes, como en el caso de las Inspectorías del Trabajo, está verdaderamente dando satisfacción directa e inmediata al interés general para luego reparar en si los actos dictados por estas Inspectorías pueden calificarse como actos administrativos.

Bajo este análisis forzoso es concluir que no. No interesa directamente al colectivo, al interés general, una controversia planteada entre dos particulares. Puede indirectamente estar de por medio el interés de todos de que se resuelvan los conflictos, pero, sin duda, no hay satisfacción directa e inmediata del interés del colectivo y en consecuencia, estos actos no pueden ser calificados como actos administrativos, ni tener en consecuencia, fuerza ejecutiva y ejecutoria.

En esos procedimientos administrativos, calificados como procedimientos triangulares, en donde la Administración Pública (Inspectorías del Trabajo) juega un papel de árbitro imparcial, cual “juez”, frente a dos partes en conflicto existe exactamente el mismo interés que tenemos todos en que se resuelvan las controversias que se presentan ante los tribunales de justicia.

A todos, sin duda, interesa que haya una eficiente administración de justicia, en manos de jueces probos y que se establezca en cada proceso judicial la verdad y el derecho de cada quién, pero ello no supone que al colectivo le interesa directamente la controversia que se ventila entre las partes y que queda resuelta en la sentencia de fondo. La sentencia que resuelve controversias entre partes no satisface, directa e inmediatamente, el interés de la colectividad sino el de las partes involucradas en ella. Lo mismo ocurre con los actos que dictan las Inspectorías del Trabajo para resolver las controversias que se presentan entre trabajadores y patronos, satisfacen directamente el interés de las partes en conflicto pero no satisfacen directa e inmediatamente el interés general.

Por ello, en definitiva, en este tipo de procedimientos administrativos triangulares, la Administración Pública no está en ejercicio de función administrativa, que es la única función estatal a la que le viene aparejado

el privilegio de autotutela administrativa. En todo caso la Administración Pública está ejerciendo una función de tipo jurisdiccional, resolviendo un conflicto entre partes, pero no ejerciendo función administrativa.

Por lo anterior, siguiendo el hilo de lo propuesto, se considera que los actos llamados “cuasijurisdiccionales” o “cuasijudiciales”, aquellos en los que la Administración Pública, actuando en una función arbitral, resuelve un conflicto entre partes, no son verdaderos actos administrativos, pues no persiguen, ni logran por sí solos la satisfacción directa e inmediata del interés general.

Iguales razones frente a los actos de naturaleza sancionatoria, que lo que buscan ya no es la reparación de una situación jurídica infringida, ni restablecer el orden público, sino, por el contrario, como todo acto sancionatorio, su finalidad es reprimir conductas antijurídicas a través del castigo que supone la sanción, pero en absoluto persiguen una satisfacción directa e inmediata del interés general.

Pero, vale preguntarse, ¿Por qué estos actos han sido calificados como actos administrativos? Hasta ahora se han encuadrado tales actos en la noción de acto administrativo, sin ningún análisis, simplemente porque son dictados por la Administración Pública, nada más. Aparte de ese elemento subjetivo no existe otro que permita evidenciar el ejercicio de una actividad administrativa, que justifique, calificarlos como tales.

Por la ligereza ya denunciada, al calificarlos como actos administrativos se cae necesariamente en la necesidad de justificar que sean ejecutivos y ejecutorios, porque, ciertamente, todo acto administrativo lo es. Por eso encontramos al Tribunal Supremo de Justicia haciendo esfuerzos para explicar cómo es que esta ejecutoriedad de los actos sancionatorios dictados por la Administración pública no afecta el principio de paz jurídica, el derecho a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia constitucional, entre otros, cuando lo cierto es que sí los afecta directamente.

Expresamente, en sentencia del 13 de noviembre de 2001, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló que:

...los actos administrativos, específicamente en el caso de los de carácter sancionatorio, no resulta necesariamente contrario a la garantía de la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a la

presunción de inocencia, la cual se vería en todo caso satisfecha cuando el sistema jurídico permite que la ejecución coercitiva de decisiones administrativas pueda ser sometida a la apreciación de un juez...

Esa apreciación del juez de la que habla la Sala Político Administrativa para justificar que no se violenta el derecho a la tutela judicial efectiva, ni a la presunción de inocencia, es a posteriori, cuando el acto ya ha surtido efectos a diferencia de lo que ocurre, normalmente, entre particulares.

Nada de esto ocurriría si contáramos con una doctrina sobre el acto administrativo, con unos conceptos bien definidos y delimitados, que permitiera ver que ni los actos “cuasijudiciales”, ni los actos sancionatorios, son actos administrativos. Quizá muchos otros tampoco lo sean, es preciso analizarlos de acuerdo con las premisas manejadas en estas páginas.

No se quiere con ello negar la posibilidad de que la Administración Pública resuelva, si se quiere como un tercero que sirve de instancia conciliadora, una disputa entre partes, o que efectivamente tenga competencias para imponer sanciones, en absoluto. Lo que se discute es la naturaleza jurídica de los actos que emanan de esas actividades, a los cuales se les ha adjudicado, sin suficiente análisis la condición y calificación de actos administrativos. Calificar un acto como administrativo no atiende solo a que sea dictado por una Administración en ejercicio de sus competencias, sino, como vimos, atiende a una finalidad específica que es la que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad de los mismos, y esa finalidad es la satisfacción directa e inmediata del interés general.

¿Acaso tiene alguna justificación que una decisión de la Administración en un procedimiento administrativo triangular tenga fuerza ejecutiva y ejecutoria cuando ésta solo tiene interés para las partes en conflicto? Sin duda, las decisiones de las Inspectorías del Trabajo, como fue referido, no tienen el carácter o la naturaleza jurídica de una sentencia, ni un laudo, pero tampoco tienen la de un acto administrativo. No es residual la definición de acto administrativo. La Administración Pública se manifiesta a través de otras formas que no necesariamente encuadran es la de acto administrativo, y éste es uno de esos casos.

La labor que cumplen las Inspectorías del Trabajo podrá ser una instancia conciliadora en la que se pueden resolver de forma más rápida las controversias que las partes tengan a bien someter a esta instancia y,

el acto será una constancia de haber agotado tal instancia conciliadora pero no un acto administrativo con fuerza ejecutiva y ejecutoria. No hay interés general, directamente involucrado, que justifique esta cualidad.

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso: Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, del 10 de enero de 1980, se refirió a estos actos y en el voto salvado del Magistrado René de Sola deja ver las confusiones lógicas a las que dan lugar tales actos:

... Acertadamente reconoce la sentencia que corresponde privativamente a los Tribunales “el ejercicio de la función jurisdiccional de una forma determinada: sólo los Tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto con fuerza de verdad legal...”

...igualmente declara la sentencia que “cuando la Administración pública emite actos de sustancia jurisdiccional, estos actos, no obstante su expresada sustancia, son actos administrativos...”

...Es indispensable que, al realizar tal examen, debe necesariamente llegar a la conclusión de que las desiciones dictadas por las Comisiones Tripartitas resuelven conflictos de derecho privado, como son los relativos a la calificación del despido de un trabajador...

...La naturaleza de la materia limita el alcance de la decisión que pueda dictar un juez de lo contencioso-administrativo, impedido como está de invadir la jurisdicción que le corresponde a los Tribunales ordinarios o especiales para conocer de cuestiones de naturaleza civil, mercantil o del trabajo y que – en el caso de las Comisiones Tripartitas – lo convertirían en una tercera instancia sobre materia extraña a la de su competencia... (Subrayado añadido)

Calificar estos actos “cuasijudiciales” o “cuasijurisdiccionales” como actos administrativos ha dado lugar a muchos desencuentros, como se puede ver en la sentencia citada. Quizá esta calificación sea el problema, porque es forzada. No son actos administrativos. No deben contar con los efectos de tales que es lo que trata de asomar la sentencia citada, al señalar que no deben ir a un fuero especial, sino al ordinario.

En el caso de las sanciones, como vimos, ocurre lo mismo. Qué satisfacción directa del interés general provee la Administración al imponer una sanción, una multa, por ejemplo; qué interesa al colectivo que determinada persona pague una multa. Cuestión distinta es un acto que suponga el restablecimiento de una situación jurídica infringida. Por ejemplo, una orden de demolición, luego de un procedimiento ad-

ministrativo, persigue sin duda satisfacer el interés general a través del reestablecimiento del orden público urbanístico. Es un verdadero acto administrativo, pero la multa complementaria, que es un acto sancionatorio en sí, lo que persigue únicamente es, si se quiere, castigar la conducta antijurídica, cuestión relacionada también con la prevención. Allí no hay interés general a satisfacer en forma directa e inmediata, por ello no se justifica su calificación como acto administrativo.

No siendo tal, estos actos sancionatorios no tendrían el carácter ejecutivo y ejecutorio propio de los actos administrativos, sino que para que la Administración logre el cumplimiento de los mismos deberá acudir a un tribunal, en un proceso breve de cobro de bolívares según el Código de Procedimiento Civil, pues en estos casos no hay autotutela y la Administración no puede, entonces, hacerse justicia por sí sola, requiere de la declaratoria y orden de ejecución de un tribunal.

Por todo lo anterior, las críticas fundamentales y los efectos negativos que se derivan de la definición actual de acto administrativo son las siguientes:

1) La amplitud en el concepto hasta el punto de que cualquier manifestación de voluntad unilateral escrita, de los órganos públicos puede encuadrar en esta definición de acto administrativo. Unido a ello, la ligereza en cuanto a la trascendencia de tal definición y de los efectos que supone un acto administrativo sobre los particulares.

2) La omisión al elemento teleológico en la definición, a la finalidad con la cual se dicta el acto como elemento fundamental para definirlo como administrativo.

3) La indeseable inclinación al elemento subjetivo para definir un acto como administrativo, lo que supone una extensión del privilegio de autotutela, injustificado, arbitrario y nocivo para el propio Derecho Administrativo.

4) La contradictoria labor de la jurisprudencia que, embarcada en estos conceptos amplios e inservibles, incurre en análisis e interpretaciones confusas, erróneas. Se ve en muchos casos en la necesidad de dar respuesta a lo que no tiene respuesta y, ello, por el solo empeño de mantener unas definiciones intangibles que no dan respuesta a la mayoría de las situaciones y que, peor aún, contradicen el texto constitucional.

5) La confusión frente a los ciudadanos de las circunstancias en las que están sujetos a las prerrogativas de la Administración y la consecuente cesión de los derechos ciudadanos frente a la Administración en cualquier actuación de la misma, con lo cual se desdibuja el derecho y se pierde la esencia del Derecho Administrativo que viene justamente a equilibrar situaciones.

6) La promoción e incentivo de situaciones de inseguridad jurídica, de abuso y arbitrariedad por cuanto, no siempre, y esto hay que entenderlo, no siempre la Administración actúa con potestad de autotutela. Solo tiene, razonablemente, ese privilegio cuando lo amerita y eso es, cuando satisface directa e inmediatamente el interés general.

2. Noción de Contrato Administrativo

En lo que respecta a la noción de contrato administrativo que se maneja en Venezuela, desde la óptica de la jurisprudencia, que repite los conceptos franceses tradicionales de manera ilógica, y contribuye así con una inseguridad jurídica que ya no tiene justificación y que solo conduce a una serie de contradicciones que, cada vez más, se hacen patente y afectan directamente los derechos ciudadanos, también cabe hacer referencia.

En la actualidad, la noción de contrato administrativo ha sido objeto de ampliaciones paulatinas, al punto de que como señala Jesús Caballero Ortiz (2004, 218), hoy son pocos los contratos que escapan al calificativo de administrativo.

Criterios tan distintos como el de interés de servicio público, utilidad pública, prestación de un servicio público, finalidad pública, entre otros, han sido empleados para definir al contrato administrativo, con lo cual, cabe decir, ocurre exactamente lo mismo que con la noción de acto administrativo, aunque en este caso con mayor incertidumbre si se quiere, pues cualquier contrato en el que sea parte un ente público podría, bajo estos criterios, ser calificado como contrato administrativo.

La consecuencia de esto, que es lo importante, a lo que debería atender tanto la doctrina como la jurisprudencia, es que la Administración Pública siempre tendrá el privilegio de autotutela administrativa aparejado a su actuación, independientemente de la finalidad que persiga con ella. Ya hemos visto que no es así, el privilegio de autotutela se otorga a la

Administración Pública en algunos casos, en los que se justifica: aquéllos en los que está de por medio la satisfacción directa e inmediata del interés general.

Pero peor aún, como se advierte en el capítulo anterior, hasta la doctrina venezolana, reconocida y calificada, ha llegado a señalar que la distinción entre los contratos de la administración y contratos administrativos es tan débil que depende de la voluntad de la propia Administración Pública. O sea, el límite entre una y otra noción está en la voluntad de la Administración Pública y no en el Derecho Administrativo.

Con esto se da un traspie a la distinción que, desde siempre, ha contemplado la jurisprudencia y la doctrina en Derecho Comparado, y en nuestro propio Derecho, entre contratos de la Administración, a los que se les aplica un régimen de Derecho Privado, y contratos administrativos, en los cuales está presente la satisfacción directa e inmediata de un interés general, la prestación de un servicio público, etc., y que por ende se le aplica un régimen de Derecho Público, con prerrogativas a favor del ente público contratante.

Acaba también con la teoría de los actos separables, ya que ésta solo tiene sentido frente a la necesidad de distinguir los contratos de la Administración de aquella parte eminentemente de Derecho Público, que efectivamente está endosada a la actividad pública, pero que no forma parte del contrato, que puede ser perfectamente de Derecho Privado.

Rotundamente en contra. La diferencia existe y se debe mantener. Es más, se debe propender a hacerla cada vez más clara y esa distinción se deriva de nuestro propio ordenamiento jurídico, de la Constitución que es la norma jurídica suprema, como del resto del ordenamiento jurídico que la desarrolla.

Útil es la explicación que hace Antonio Canova (1998, 77) sobre la distinción que existe entre estos tipos de contratos y la importancia de hacer tal distinción, que no viene dada por capricho sino que responde a una realidad jurídica que se debe tener en cuenta. El Derecho Administrativo reconoce prerrogativas cuando hay una satisfacción directa e inmediata del interés general. Lo explica así:

... La Administración sólo al estar dentro del ámbito jurídico público, celebrando contratos para la prestación de servicios públicos, por ejemplo, o cualquier otro que tenga por fin directo proveer algún

interés general –como de suministros, obras públicas–, podría contar con las prerrogativas que se le reconocen como parte de su poder de autotutela. En esos casos, en los contratos administrativos, entonces, hay que admitir su poder para poder modificar o resolver el contrato unilateralmente, para extender su contenido a terceros, incluso para, en afán de la continuidad de los servicios públicos, establecer la regla de la reversión. En los otros tipos de contratos, por el contrario, no contaría la Administración con esos poderes, propios –se insiste– de la potestad de tutelar por sí misma sus intereses, sino que tendría que actuar como cualquier particular con base en las disposiciones comunes.

Lo anterior no significa que en esos últimos contratos privados de la Administración Pública, por las características propias de su organización y control de su patrimonio, existan reglas de Derecho Público que entren en juego, como sucede en materia de selección de contratistas o de control de ingresos y gastos; esos son reductos de Derecho Público que siempre estarán presentes, que incluso dan lugar a su cuestionamiento por ante los tribunales contencioso-administrativos, pero independientemente del contrato en sí, gracias a la técnica de los actos separables, pero que no varían el grueso de la relación contractual, que es preponderantemente de Derecho Privado y, por tanto, por razones de especialización de la jurisdicción, las controversias que en ese ambiente se susciten se situarían en los tribunales ordinarios, y con arreglo a la normativa civil.

Resulta conveniente mantener, por tanto, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, más que bregar por una unificación de jurisdicción, quizás, como concluyen GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, a razón de ‘...temer que tal unificación arrastrase –según la historia del contrato administrativo viene a demostrar– a todos los contratos celebrados por la Administración el formidable privilegio administrativo de la autotutela decisoria y ejecutiva, hoy limitada a los contratos administrativos estrictamente tales. Por ello, resulta más razonable defender aún la persistencia de un sector contractual de la Administración en que ésta no disponga de tal privilegio y las partes hayan de someterse a las reglas comunes de la tutela judicial, con su importante correlativo del sistema de prescripción material y no de preclusión procedimental de derechos, que es lo que aplican con normalidad los tribunales ordinarios’...

Por eso, insistimos en la diferencia. No cualquier contrato en el que sea parte la Administración Pública u otro ente del Estado tiene la aptitud para ser un contrato administrativo a la espera del veredicto del juez contencioso administrativo que lo bautice como tal. Las cláusulas

exorbitantes no son un elemento definidor en sí mismo del contrato administrativo. Estas son, justamente, la huella impresa en dichos contratos de la potestad de autotutela administrativa, es decir, son el régimen especial de Derecho Administrativo aplicable a esa relación de la Administración Pública plasmada en un contrato administrativo.

Un contrato administrativo, siguiendo a Melich Orsini (1999, 66), ante todo, es un contrato, figura propia del Derecho Privado, con características propias del mismo, que ha sido desdibujado en su esencia para crear esa complicada y confusa noción de contrato administrativo, en la cual la igualdad entre las partes es sometida por la existencia de cláusulas exorbitantes que favorecen al ente público contratante que vela por la satisfacción directa e inmediata del interés general.

Suscribo íntegramente a Caballero Ortiz (2004, 223) cuando expresa la necesidad de limitar el concepto de contrato administrativo por considerar que es ostensiblemente amplio. Señala:

...de las normas que en nuestro ordenamiento jurídico prevén expresamente prerrogativas a la Administración en determinadas categorías de contratos, la noción debe restringirse al máximo debiendo reputarse como contratos administrativos sólo aquellos que se encuentren destinados a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad; de un servicio de gran importancia que, debiendo ser prestado por el Estado, éste lo encomienda por un contrato a un particular y, de esa manera, excluir las actividades turísticas, de esparcimiento, bares y restaurantes, venta de conejos y estacionamiento de vehículos encomendado por un contrato a un particular, a título de ejemplo. Sería entonces, con toda precisión, la ejecución misma de un servicio público lo que justificaría el ejercicio de potestades públicas en la celebración del contrato...

...Lo antes expuesto reviste una importancia fundamental en virtud del régimen jurídico al cual se encuentra sometido. En efecto, ese régimen especial –el Derecho Administrativo– requiere ineludiblemente reducir al máximo la figura del contrato administrativo, pues de otro modo, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia, es muy factible que cualquier contrato celebrado por la Administración pueda ser calificado como administrativo, con las consecuencias que (...) ello implica en el plano de las prerrogativas...

Y es que, ciertamente, lo irresponsable de ignorar la diferencia está en las consecuencias que ello implica de cara a las prerrogativas que se le reconocen a la Administración dentro de la noción de contrato administrativo, como son las enumeradas por el autor citado: i) potestad de dirección y control; ii) potestad de sancionar administrativamente el incumplimiento del contrato; iii) potestad de interpretar el contrato; iv) potestad de modificar unilateralmente el contrato (*“ius variandi”*); y v) potestad de resolver unilateralmente el contrato.

Qué ocurre cuando no hay diferencia: que la Administración Pública podrá ejercer todas estas potestades frente a un particular con el que contrata incluso la compra de papel, lápices, una tienda de dulces en el aeropuerto, y cualquier cosa que tenga a bien contratar el Estado.

Desde esta óptica, se propone como un ensayo de definición del contrato administrativo: aquellos que se encuentran destinados a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad, o de una obra que implique satisfacer directa e inmediatamente el interés general, y que en principio deba ser ejecutado por el Estado.

Luego de todo lo anterior, las críticas a la noción de contrato administrativo que se maneja actualmente en Venezuela se concretan en las siguientes:

1) La amplitud exagerada en el concepto de contrato administrativo, hasta el punto de que cualquier contrato en el que sea parte un ente público puede encuadrar en esta definición de contrato administrativo. Unido a ello, la ligereza con la que se prescinde de la importancia de la diferencia entre contratos de la Administración y contratos administrativos, ligereza que lleva a permitir que la propia voluntad de la Administración Pública sea la que decida el régimen jurídico aplicable, es decir que sea ella quien decida si el contrato es o no un contrato administrativo. Obvio, la nefasta irresponsabilidad de quienes no atienden a los efectos y consecuencias de sus afirmaciones para desdeñar la diferencia entre contratos privados de la administración y contratos administrativos.

2) La omisión al elemento teleológico en la definición, es decir, a la finalidad con la cual se celebra el contrato como elemento fundamental para definirlo. Al igual que ocurre con la definición de acto administrativo, se prescinde del elemento teleológico, que es fundamental para definir

al contrato administrativo porque la satisfacción directa e inmediata del interés general o la prestación de un servicio público son fundamentales para que un contrato sea reputado como administrativo.

3) La indeseable inclinación al elemento subjetivo para definir un contrato como administrativo, lo que supone una extensión del privilegio de autotutela, injustificado, arbitrario y nocivo para el propio Derecho Administrativo. Ello quiere significar, que el solo hecho de que los contratos sean celebrados por un ente público no es suficiente para calificarlos como administrativos.

4) Las contradicciones de la jurisprudencia que, con base en estos conceptos amplios e inútiles, termina por proponer situaciones confusas y erróneas. Las disímiles definiciones y los constantes vaivenes que atentan contra la uniformidad en los criterios jurisprudenciales y causan más confusiones que aciertos.

5) La distorsión que se produce en los ciudadanos sobre las circunstancias en las que están sujetos a las prerrogativas de la Administración y la consecuente cesión de los derechos ciudadanos frente a la Administración, en cualquier contrato celebrado con la misma, con lo cual, al igual que ocurre con el acto administrativo, se desdibuja el derecho y se pierde la esencia del Derecho Administrativo que viene, justamente, a equilibrar situaciones de poder y libertades pública. Al mantener esta definición se sacrifican las libertades públicas frente al poder sin ninguna justificación.

6) Igualmente, se fomentan situaciones de inseguridad jurídica, de abuso y arbitrariedad pues no siempre, y esto hay que entenderlo, no siempre la Administración actúa con potestad de autotutela. No cualquier contrato en el que es parte la Administración pública es un contrato administrativo, no en cualquiera actúa investida de poderes y prerrogativas. Solo tiene, razonablemente, ese privilegio cuando lo amerita y eso es, cuando el contrato de que se trate busque la satisfacción directa e inmediatamente del interés general, bien a través de la prestación de un servicio público o de cualquier otra forma de satisfacción directa del interés general. De lo contrario su actuación no está sujeta a reglas de Derecho Público, sino que se debe atener al Derecho Privado.

VII. CONCLUSIONES

1. Francia, antes y después de la Revolución, fue el escenario en el que tuvieron origen la Administración Pública y el Derecho Administrativo y en donde, necesariamente, se encuentran las explicaciones a muchas de las situaciones, que sin mayores fundamentos jurídicos, siquiera lógicos, enfrentamos los administrativistas en la actualidad.

Es la cuna del Derecho Administrativo como régimen especial. Su origen, que respondió a razones, si se quiere, políticas de la época, modeló su contenido, por lo que se presenta como un derecho "*sui generis*", de allí la especialidad del mismo, al ser un Derecho que vino a racionalizar y equilibrar el ejercicio del poder.

2. Esto es lo que le imprime su especialidad. Es prerrogativa y obligación a la vez para la Administración Pública. Es el que consagra su condición privilegiada y, al tiempo, le impone el respeto y brinda protección a las garantías y derechos ciudadanos. El Derecho Administrativo es una moneda con dos caras, la autotutela administrativa es una; la protección a los derechos y las garantías ciudadanas para lograr el equilibrio deseado, la otra.

3. En cuanto a la prerrogativa de autotutela las razones analizadas han servido para explicar el fenómeno que representa la autotutela administrativa a través del tiempo y, de alguna manera, son el paso necesario para llegar a la verdadera razón, la que no encuentra objeción: el "interés general".

El análisis se ha hecho sobre la base de comparaciones con otras instituciones y con otros órganos del Poder Público, así como con los particulares y, definitivamente, lo que distingue a esa figura que encarna la Administración Pública en nuestro sistema, no es más que esa noción interesante y complicada, dinámica y variable, del interés general, a cuya satisfacción está abocada, directa e inmediatamente.

Esta conclusión tiene la trascendencia de producir consecuencias directas sobre la esencia del Derecho Administrativo. Tradicionalmente, y se ve en Venezuela, especialmente ahora, se ha revestido a la Administración Pública de muchos privilegios, simplemente, por su condición subjetiva. Considerada como el Rey, aunque sin Corona, no se ha reparado en que las prerrogativas de la Administración no le son dadas por

razones subjetivas, sino porque su labor fundamental es la de velar por el cumplimiento y satisfacción del interés de todos.

Ello supone, en primer lugar, entender que no siempre la Administración está investida de autoridad. No siempre, entonces, cuenta con privilegios. El límite a esos privilegios es también el interés general.

4. La Administración en muchos casos actúa como un particular más, realizando actos particulares, y en esos casos se debe despojar de su ropaje privilegiado y debe someterse, como cualquier otro, al régimen de Derecho Privado.

De lo contrario, lo que se produce es un uso abusivo de esa condición privilegiada que ha llevado a provocar confusión entre estas circunstancias a favor de la Administración Pública, pues, cuando actúa como uno más, sin velar directamente por intereses generales, también le reconocemos sus privilegios, solo por tratarse de ella. Es allí justamente en donde los límites son necesarios. Es allí donde falla el Derecho Administrativo, porque estas circunstancias deben estar claramente delimitadas.

5. Es preciso, por tanto, repensar, partiendo de esta conclusión, las distintas situaciones en las que se involucra la Administración Pública, para distinguir aquéllas en las que actúe en procura de los intereses generales, de modo directo e inmediato, y aquéllas en las que actúe como un ciudadano más. Solo en esos casos la Administración cuenta con el privilegio de autotutela que le ha reconocido el Derecho Administrativo. Emplearlo en otros ámbitos sería ilegal, abusivo, arbitrario, incluso, inconstitucional.

Tan pronto desaparece la noción de satisfacción directa del interés general del actuar de la Administración Pública, efectivamente, llegamos al límite del privilegio de autotutela, en tanto la única razón para otorgársela ha sido esa tutela directa e inmediata.

Esto es lo único que distingue a la Administración de los demás, dentro del Estado, entiéndase órganos públicos, personas naturales y jurídicas, de todos. Es lo que la hace especial. A ella se le encomendó la protección y la satisfacción de los intereses generales de modo directo e inmediato. Por eso, allí radica la justificación final del privilegio de autotutela administrativa. En otras palabras, el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo.

De lo contrario la Administración no tendría que manifestarse a través de actos administrativos, ni tendría que celebrar contratos administrativos, sino que se desenvolvería como cualquier particular, con aplicación de las normas de Derecho Privado, sin privilegios. Podrá celebrar contratos privados, más no administrativos.

6. Luego de esa conclusión, que se ha denominado la premisa inicial de la investigación, lo que ocupa inmediatamente la atención es justamente identificar, poder distinguir y definir a través de la fórmula que resuelve la ecuación, que es la satisfacción, directa e inmediata, del interés general, las nociones de acto y contrato administrativo.

7. Ambas suponen potestad de autotutela, de eso no hay dudas. Las dudas surgen cuando nos encontramos con el contenido de tales nociones, con las definiciones que hasta ahora se han manejado y se manejan en nuestro Derecho Administrativo, con lo que se consiguen no pocas situaciones confusas que, injustificadamente, se incluyen en estas dos nociones y que hacen un flaco servicio al desarrollo del Derecho Administrativo.

Las laxas, vagas y amplísimas definiciones que hasta ahora se han manejado, en las cuales puede entrar cualquier tipo de actuación, unilateral o bilateral, de la Administración Pública solo han logrado promover situaciones totalmente indeseables. Propician abusos de parte de quienes ostentan el poder en desmedro de las garantías constitucionales de los ciudadanos.

8. El acto administrativo, desde la perspectiva de esta investigación es toda manifestación de voluntad, unilateral, de los órganos del Poder Público, de carácter sub-legal, dictada en ejercicio de la función administrativa, es decir, para satisfacer directa e inmediatamente el interés general.

9. Los llamados actos cuasijurisdiccionales, de acuerdo con el análisis realizado, no encuadran en la noción que se propone de acto administrativo, porque la finalidad que persigue nada tiene que ver con la satisfacción directa e inmediata de un interés general. Esos procedimientos solo interesan a las partes involucradas. Por qué, entonces, calificarlos como actos administrativos otorgándoles con ello ejecutividad y ejecutoriedad. Más son los desencuentros, las confusiones y problemas que ha traído esa calificación forzosa, que sus virtudes.

Desde esta perspectiva, este tipo de actos, al igual que las multas u otros actos sancionatorios, quedan fuera de la noción de acto administrativo propuesta. En ninguno de ellos está de por medio la satisfacción directa e inmediata del interés general, razón por la cual no se justifica que la Administración ostente el privilegio de autotutela administrativa. Reconocérselo es violentar los derechos y garantías constitucionales de los administrados.

10. Ya de cara a los contratos administrativos ocurre lo propio. Las definiciones hasta ahora manejadas solo ayudan a que cada vez más se imponga la arbitrariedad. Porque es arbitrario e inconstitucional que la Administración Pública actúe con potestades exorbitantes cuando no está en ejercicio de función administrativa, cuando no está dando satisfacción, directa e inmediatamente, a intereses generales.

No es concebible, ni aceptable, que se desdeñe la necesidad de establecer una doctrina del contrato administrativo que distinga claramente las diferencias que existen entre éstos contratos y aquéllos, también celebrados por entes públicos, pero que no involucran la prestación directa de un servicio público, ni la satisfacción directa de un interés general y que, por ende, solo pueden estar sometidos a las reglas del Derecho Privado.

11. El contrato administrativo desde la perspectiva de esta investigación es aquel que se encuentran destinado a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad, o de una obra que implique satisfacer directa e inmediatamente el interés general, y que en principio deba ser ejecutado por el Estado.

12. Dos cosas se plantean. Volver sobre los conceptos de acto y contrato administrativo, desde una óptica crítica, aquí se propone una, para la construcción de una teoría del acto y del contrato administrativo que atienda a las delimitaciones de los conceptos, esa es la primera; brindar certeza y seguridad jurídica a los administrados, a los ciudadanos al servicio de quienes está, por mandato constitucional la Administración Pública, es la segunda. Ello supone, acabar con situaciones injustas e inciertas.

13. Un mensaje claro para todos los actores. Al legislador sobre la necesidad de que se prevean las situaciones generales que permitan a la doctrina tener un punto de partida para la construcción de una teoría del

acto y del contrato administrativo que atienda a la verdadera razón de ser de los mismos, que imponga, necesariamente, límites a las nociones. Al juez, intérprete máximo del Derecho, a que atiendan a las realidades prácticas, a las consecuencias y efectos de las contradicciones en las que se incurre por manejar conceptos tan amplios y no atender al fin que debe perseguir la actuación administrativa para distinguir las situaciones de cara al caso concreto.

14. Finalmente, sincerar la situación es lo que se desea. Que haya claridad en el Derecho Administrativo, que valga decir, ha alcanzado una madurez que, perfectamente, permite que el legislador haga su parte mediante la concreción en los textos legales de las situaciones y determine, con la generalidad propia de la ley, cuándo se está en presencia de un acto o contrato administrativo y cuando no.

15. Tanto el acto como el contrato administrativo son manifestaciones de voluntad en las que está impresa la potestad de autotutela administrativa, y que ésta solo se reconoce cuando hay una satisfacción directa e inmediata del interés general, es el punto de partida para limitar las definiciones amplísimas, hasta la obsolescencia, que se manejan en nuestro Derecho Administrativo en pleno Siglo XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragón, M. (1998) *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Araujo, J. (1999) *Servicio Público Balance y Perspectiva*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Brewer-Carías, A. (1984) *Fundamentos de la Administración Pública*. (2da. Ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (1991) “La universalidad del control contencioso administrativo” *Revista de Derecho Público* Número 46. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (1996) “La Interaplicación del Derecho Público y el Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo” *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* “Allan

- Randolph Brewer-Carías*”. Las Formas de la Actividad Administrativa. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).
- Caballero Ortiz, Jesús. (2004) “Una Concepción Amplia del Contrato Administrativo es Contradictoria con las prerrogativas de la Administración” En: *Ensayos de Derecho Administrativo - Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Canova Gonzalez, Antonio (1998) “*Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano*” Caracas: Sherwood.
- Chinchilla, C; Lozano B. y Del Saz, S. (1992) “Reflexiones en torno a la Polémica sobre el Origen del Derecho Administrativo”. En: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Tres Estudios. Madrid: Civitas.
- Coscolluela Montaner, Luis, *Manual de Derecho Administrativo I*. Madrid: CIVITAS, 2002.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Escola, H. (1989) *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Farías Mata, L. (1981) “La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas”. En: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*. Tomo III, Caracas: Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- García de Enterría, E. (1994) *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. (4ta. ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernandez, T. (1995) *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial CIVITAS.
- García De Enterría, E. (1997) *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Tercera Edición (ampliada), Madrid: Editorial CIVITAS.

- Jiménez-Blanco Carrillo De Albornoz, A. (1994) “Servicio Publico, Interés General, Monopolio: Recientes Aportes Del Tribunal De Justicia De La Comunidad Europea” En: *Revista Española de Derecho Administrativo, digitalizada*, No. 084. Octubre - Diciembre. (jurisprudencia).
- Kelsen, H. (1950) *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitaria.
- Lares Martínez, E. (1996) *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas: 10ma Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela.
- Malareti García, Elisenda (1999) “El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; La Relevancia de los Principios Constitucionales”. En: *Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. pp. 9-31.
- Martín-Retortillo, S. (1996) “El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones” (2da. ed.) Madrid: Civitas.
- Mélich Orsini, José. (1999). “El Contrato Administrativo en el Marco General de la Doctrina del Contrato” En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Número 116, Caracas: Universidad Central de Venezuela, pp. 65-78.
- Ortiz-Alvarez, L. (2003) *Revolución francesa y Justicia Administrativa*. Caracas: Editorial Sherwood.
- Peña Solis, José (2003) “*Manual de Derecho Administrativo*” *La Actividad de la Administración Pública: de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*”. Volumen Tercero. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia.
- Pérez Luciani, G (1998) “La noción del Acto Administrativo” Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

- Rivero, Jean (1984) *Derecho Administrativo*. Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Traducción de la 9^o Edición.
- Rodríguez-Arana, J (2005) “La vuelta al Derecho Administrativo (A vueltas con lo privado y lo público)” En: *Revista de Derecho Administrativo* Número 20, Enero-Diciembre. Caracas: Sherwood.
- Rodríguez Laverde, Ninoska (1999). “Servicio Público y Potestad Administrativa. Fines y Medios del Derecho Administrativo” En: *AA.VV. “Servicio Público Balance y Perspectiva”*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Sánchez Morón, M. (1982) “El Derecho a la Tutela Efectiva como Límite a la Ejecutividad de los Actos Administrativos” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 5^a, de 17 de junio de 1982. Ponente, García Manzano). En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, digitalizada. No. 035 octubre – diciembre. Jurisprudencia.
- Santamaría Pastor, L. (1994) *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Sayagués Laso, E. (1972) *Tratado de Derecho Administrativo*. (2da. Ed.). Montevideo.
- Schmidt-Assmann Eberhard, (2003) *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Vélez García, Jorge, (1994) *Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo Ensayo de Derecho Público y Comparado*. Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Normas establecidas por el Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, publicadas en la publicación semestral arbitrada *POLITEIA* Número 26, Enero/Junio 2001.
- Vallenilla, F. (1995) *Métodos de Investigación*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

- Velez García, J. (1994) *Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*. Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Witker, J. (1991) *Cómo Elaborar una Tesis en Derecho*. Madrid: Civitas
- Politeia*. Constitución y Constitucionalismo Hoy. “Normas establecidas por el Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela”, publicadas en la publicación semestral arbitrada POLITEIA Número 26, Enero/Junio 2001.

Las nuevas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública y sus implicaciones organizativas y de funcionamiento en la Administración pública descentralizada (Análisis Comparativo)

María Conchita Mulino Ríos*

INTRODUCCIÓN

El título IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela está referido al “Poder Público”, señalándose expresamente en la exposición de motivos a la Constitución que este “título adquiere una especial significación dado que se propone rescatar la legitimidad del Estado y de sus instituciones, recuperando la moral pública y la eficiencia y eficacia de la función administrativa del Estado, características complementarias e indispensables para superar la crisis de *credibilidad y de gobernabilidad* que se ha instaurado en el país en los últimos tiempos”. Se establece textualmente en la Constitución que la función ejercida por la Administración Pública *está sujeta al servicio público o interés general* por ende, debe estar al servicio del *Estado y en consecuencia de la ciudadanía* sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones.

* Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Carabobo y Universidad Arturo Michelena (Valencia, Venezuela).

Estableciéndose un imperativo constitucional como lo dispone el numeral 5 de la disposición transitoria cuarta “de dictar dentro del primer año de vigencia del nuevo texto constitucional la legislación que regule la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional”.

Se evidencia de la exposición de motivos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, determinados parámetros o lineamientos para el desarrollo de la ley que regule la organización y funcionamiento de la Administración Pública, como es el que, bajo el principio de legalidad debe:

1. Estar sujeta al servicio público o interés general,
2. Estar sujeta al servicio del Estado,
3. Estar sujeta al servicio de la ciudadanía.

Observamos que nueve años mas tarde se encuentra aún vigente lo referido en la exposición de motivos a la Constitución, en cuanto a la crisis de credibilidad y gobernabilidad, ya que habiéndose dictado en fecha 17 de octubre de 2001, la Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en Gaceta Oficial N° 37.305, se hace necesaria una reforma a la ley, la cual es dictada dentro del ámbito de la ley habilitante otorgada al Presidente de la República.

En la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008, según lo expresado en su exposición de motivos, se persigue el objeto de *actualizar y transformar* el ordenamiento que regula la administración pública estableciéndose que está al *servicio de las personas* y su actuación dirigida a la atención *de los requerimientos y satisfacción de sus necesidades*, brindando especial atención a las de *carácter social*, incorporándose los consejos comunales y demás formas de organización comunitaria que utilicen recursos públicos como sujetos obligados en el cumplimiento del principio de eficacia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Observamos así en la Ley Orgánica de la Administración Pública vigente un cambio de los vocablos utilizados sustituyéndose el “estar sujeta al servicio público o interés general, del estado y de la ciudadanía” por “estar al servicio de las personas, sus necesidades y especialmente las necesidades de carácter social”.

Analizaremos a continuación cómo se concreta en la Ley Orgánica de la Administración Pública vigente esta nueva realidad, efectuándose un análisis comparativo entre la derogada ley y la vigente, para detectar los cambios en la organización y funcionamiento de la administración y su incidencia en la administración pública descentralizada.

Capítulo primero
MODIFICACIONES EN LOS PRINCIPIOS Y BASES
DEL FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA POTESTAD ORGANIZATIVA

El artículo 15 de la vigente Ley Orgánica de la Administración Pública contempla una diferencia con la derogada ley, al establecer textualmente:

Ejercicio de la potestad organizativa

Artículo 15. Los órganos, entes y misiones de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley. En el ejercicio de sus funciones, los mismos deberán sujetarse a los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada.

Se entiende como órganos, las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio.

Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Central de Planificación.

Las misiones son aquellas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población.

Se observa que la modificación efectuada implica que dentro del ámbito del ejercicio de la potestad organizativa que posee la administración pública tanto municipal, estatal como nacional para crear, modificar

o suprimir los órganos, entes o misiones, en el ejercicio de sus funciones deberá:

1. Sujetarse a los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada y,
2. Los entes funcionalmente descentralizados estarán sometidos al control, evaluación y seguimiento no solo de los órganos rectores de adscripción sino de la Comisión Central de Planificación.

Esto implica un cambio considerable que afecta la independencia y autonomía de los órganos y entes de la administración pública ya que si bien las gobernaciones y las alcaldías tienen la potestad de organizar su estructura, lo cual efectúan a través de las leyes estatales de organización de la administración pública o a través de las ordenanzas respectivas usualmente denominadas ordenanzas de la rama ejecutiva, y de crear sus entes funcionalmente descentralizados como son: los institutos autónomos, fundaciones, empresas del estado o servicios autónomos; sin embargo tanto los órganos centrales como los entes funcionalmente descentralizados estarán sometidos al control, evaluación y seguimiento de la Comisión Central de Planificación.

De conformidad a lo previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al igual que la derogada, el control de tutela lo ejerce el órgano de adscripción que pertenece a la organización central de la respectiva administración, refiriéndose la ley expresamente a las atribuciones que ejercen estos órganos dentro del ámbito de la adscripción, con las diferencias que acoto a continuación:

Atribuciones de los órganos de adscripción

Artículo 119. Los ministros u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen las siguientes atribuciones:

1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias.
2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control conforme a los lineamientos de la planificación centralizada.
3. Nombrar los presidentes de institutos públicos, institutos autónomos y demás entes descentralizados.
4. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su

gestión e informar oportunamente a la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda.

5. Ser informado permanentemente acerca de la ejecución de los planes, y requerir dicha información cuando lo considere oportuno.

6. Proponer a la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de modificar o eliminar entes descentralizados funcionalmente que le estuvieren adscritos, de conformidad con la normativa aplicable.

7. Velar por la conformidad de las actuaciones de sus órganos desconcentrados dependientes y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, a los lineamientos, políticas y planes dictados conforme a la planificación centralizada.

8. Las demás que determinen las leyes nacionales, estadales, las ordenanzas y los reglamentos.

Igualmente se incluyen otras modificaciones en la ley para reforzar las atribuciones de la Comisión Central de Planificación como se observa en los siguientes artículos:

Principio de control de gestión

Artículo 18. El funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública se sujetará a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos, compromisos de gestión y los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada. Igualmente, comprenderá el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados.

Principio de coordinación

Artículo 23. Las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deberán efectuarse de manera coordinada, y estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, con base en los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada.

Esto implica un cambio radical en el principio de coordinación que estaba previsto en la Ley Orgánica derogada, al preverse en el anterior artículo 23 que:

Artículo 23. Las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública estarán orientadas al logro de los fines y

objetivos del Estado, para lo cual coordinarán su actuación bajo el principio de unidad orgánica.

La organización de la Administración Pública comprenderá la asignación de competencias, relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

En cuanto a la delegación prevista en los artículos 32 y 33 se establece:

Artículo 32. La descentralización funcional o territorial transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en las funcionarias o funcionarios del ente descentralizado. (...).

La ministra o ministro respectivo, previa delegación de la ley o del instrumento de creación de los respectivos entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, podrá atribuir o delegar competencias y atribuciones a los referidos entes, regulando su organización y funcionamiento en coordinación con los lineamientos de la planificación centralizada.

Artículo 33. La Administración Pública, podrá delegar las competencias que le estén otorgadas por ley a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con los lineamientos de la planificación centralizada, y de acuerdo con las formalidades del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y su Reglamento.

Se observa, que el órgano de adscripción quien ejercía el control de tutela, sobre los entes funcionalmente descentralizados debe compartir ahora ese control de tutela con un organismo que está en una jerarquía superior denominada Comisión Central de Planificación, con la agravante que no hay señalamiento precisos de las atribuciones específicamente que pueden ejecutar esta comisión dentro del ámbito de ese control, evaluación y seguimiento como sí se establece en el artículo antes transcrito con referencia al órgano de adscripción.

Además se observa una diferencia importante en las atribuciones de adscripción descritas, ya que ahora compete al órgano de adscripción el nombrar los presidentes de institutos públicos, institutos autónomos y demás entes descentralizados, evaluar en forma continua el desempeño

y los resultados y velar por la conformidad de las actuaciones de sus órganos desconcentrados dependientes y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, a los lineamientos, políticas y planes dictados conforme a la planificación centralizada.

Al estar sometidos los órganos y entes funcionalmente descentralizados de la Administración Pública a la Comisión Central de Planificación así como a los lineamientos, políticas y planes dictados conforme a la planificación centralizada, debemos referirnos a dicha comisión para establecer su ámbito y alcance.

Capítulo segundo

LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN

La Comisión Central de Planificación fue creada conforme a decreto número 5.384 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación publicado en la Gaceta Oficial del 22 de junio de 2007, con el objeto de elaborar, coordinar, hacer seguimiento y evaluar los lineamientos estratégicos, las políticas y planes a ser implementados conforme al Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

La exposición de motivos del decreto ley in comento establece textualmente, cito:

(...) De allí que, a través de esta nueva Ley Orgánica, se crea la Comisión Central de Planificación, como órgano permanente del gobierno nacional, que fortalece la función rectora y estratégica de éste en materia de planificación y coordinación de la gestión pública con la finalidad de colocar punto final a la existente “atomización” o “independencia” mal ejercida por los órganos y entes de la administración pública, (...) Por ello, esta Comisión Central de Planificación fortalecerá las figuras existentes de planificación y control de tutela, sometiéndolas a los lineamientos estratégicos, políticas y planes aprobados en función de los intereses de la nación, en desarrollo de su Plan de Desarrollo Económico y Social. Se persigue alcanzar no solo a los Ministerios, sino sobre todo a los institutos y servicios autónomos, a las empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del estado y demás entes centralizados y descentralizados. Más aún, para potenciar la coherencia en las actuaciones del sector

público en las ramas de actividad productiva, se dispone que la Comisión Central de Planificación cuente con comisiones sectoriales o macro sectoriales, las cuales estarán imperativamente supeditadas a la planificación centralizada. (...) De igual modo, los lineamientos estratégicos, políticos y planes y su naturaleza nacional, orientarán las actuaciones de los estados y municipios, así como a los actores del sector privado.

Concluye la exposición de motivos de la ley indicando textualmente:

Con ello, se busca transitar hacia un modelo de sociedad socialista, que asegure la satisfacción de las necesidades del ser humano, donde las instituciones y el sistema económico en su conjunto, sean instrumentos dirigidos a ese fin, con garantía de la justa distribución de la riqueza y de la lucha contra la pobreza y la exclusión, la injusticia y la opresión.”

Se observa que la exposición de motivos está orientada a que los órganos y entes de la Administración Pública municipal, estatal o nacional (ministerios, fundaciones, institutos públicos, servicios autónomos, empresas del Estado, etc.) carezcan de autonomía organizacional y de independencia en la planificación administrativa y financiera, y sean sujetos a los lineamientos, políticas y planes de la Comisión Central de Planificación, debidamente aprobados por el Presidente de la República, independientemente de su naturaleza y organización establecidas en las leyes o instrumentos de creación.

De conformidad a lo previsto en la Ley Orgánica de Administración Pública vigente la:

Artículo 57. La Comisión Central de Planificación es el órgano superior de coordinación y control de la planificación centralizada de la Administración Pública Nacional, de carácter permanente, encargado de garantizar la armonización y adecuación de las actuaciones de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. La Ley que acuerde su creación fijará su objeto, atribuciones, organización y funcionamiento.

Pareciera que está orientada sólo a la Administración Pública (órganos y entes funcionalmente descentralizados) a nivel nacional, lo que

implica una contradicción con lo expuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y lo previsto en la exposición de motivos de la Ley que crea la Comisión Central de Planificación.

Entre los objetivos principales de la Comisión Central de Planificación se encuentra el:

- Impulsar la transición hacia un modelo integrado de planificación centralizada;
- Promover el establecimiento de un estado socialista;
- Preservar la soberanía nacional; y
- Promover alianzas internacionales.

La finalidad de la Comisión Central de Planificación, según lo previsto en el artículo 2° de la ley, son:

- Impulsar la transición hacia un modelo integrado de planificación centralizada para asegurar la gestión social planificada de la función pública administrativa.
- Orientar el establecimiento de un modelo capaz de garantizar la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de la sociedad, logrando la suprema felicidad social, esto es, el modelo socialista.

Se establece además el ámbito competencial de la Comisión Central de Planificación referido a dictar lineamientos estratégicos, políticos y planes que abarca los ámbitos político, social, económico, político territorial, seguridad y defensa, científico-tecnológico, cultural, educativo, internacional y las demás que fije el presidente de la República mediante decreto.

La Comisión Central de Planificación tendrá entre sus atribuciones el “controlar y coordinar que los ministerios, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados, actúen de conformidad con los lineamientos, políticas y planes emanados de la Comisión Central de Planificación, debidamente aprobados por el Presidente o Presidenta de la República. En ese sentido, los referidos entes no gozarán de autonomía organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera”. (artículo 4°, numeral 3° cita textual)

En consecuencia, todos los órganos y entes de la Administración Pública independientemente del nivel territorial al cual pertenezca, su naturaleza o forma organizativa previstas en los instrumentos de creación, deberán actuar conforme a lo establecido en este numeral y las potestades atribuidas a la Comisión Central de Planificación se realizarán sin menoscabo de los controles de tutela, accionarial y estatutaria a los cuales aquellos están sometidos, ya que “la personalidad jurídica y el patrimonio propio no debe ser obstáculo para el cumplimiento de lo ordenado en el presente numeral”. (Cita Textual).

La Comisión Central de Planificación estará integrada por:

- El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, quien la presidirá y coordinará;
- El Ministro o Ministra del Poder Popular de Planificación y Desarrollo, quien fungirá de secretario Ejecutivo;
- Los ministros o ministras del Poder Popular designados o designadas por el Presidente o Presidenta de la República; y
- Los demás ciudadanos o ciudadanas que sean designados o designadas por el Presidente o Presidenta de la República.

Es decir, no cuenta con representación ni participación alguna por parte de las administraciones públicas estatales o municipales, y además, podrá crear las comisiones sectoriales necesarias para desarrollar las materias de su competencia, así como las comisiones regionales en función de la nueva geometría del poder.

Aquí también debemos observar la creación de dos nuevas figuras a nivel nacional que afectan a la descentralización, como son:

1. La Autoridad Regional, prevista en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en los siguientes términos:

Autoridades Regionales

Artículo 70. La Presidenta o Presidente de la República podrá designar autoridades regionales, las cuales tendrán por función la planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobados conforme a la planificación centralizada, así como, las demás atribuciones que le sean fijadas de conformidad con la ley, asignándoles los recursos necesarios para el eficaz cumplimiento de su objeto.

2. La Autoridad Única del Área, prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en los siguientes términos:

Autoridades Únicas de Área

Artículo 73. La Presidenta o Presidente de la República podrá designar Autoridades Únicas de Área para el desarrollo del territorio o programas regionales, con las atribuciones que determinen las disposiciones legales sobre la materia y los decretos que las crearen.

En el ejercicio de sus funciones, la Comisión Central de Planificación tendrá las más amplias facultades de auditoría e inspección, las cuales ejercerá de conformidad con las previsiones legales, pudiendo apoyarse en los organismos especializados competentes, quienes deberán prestar la colaboración requerida. El ejercicio de estas funciones de auditoría e inspección se realizará sin perjuicio de las normas que rigen la actividad de los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Por último, señala el artículo 19 de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación que, “las normas y principios relativos a la planificación, organización, control y supervisión de la Administración Pública contenidas en el presente Decreto Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación Pública, son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos y entes de la Administración Pública y serán aplicadas de manera prevalente en el ordenamiento jurídico vigente. Todo acto de rango legal o sublegal deberá ser dictado con observancia de los principios aquí establecidos, por lo que también se subordina la potestad legislativa.

Capítulo tercero

EL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO

La creación de la Comisión Central de Planificación, pareciera estar sustituyendo lo que Constitucionalmente compete al Consejo Federal de Gobierno, el cual de conformidad a lo previsto en el artículo 185 es el:

“(…) órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del poder nacional a los estados y municipios.

Esta creación responde a la exigencia prevista en la Carta Magna de una República consagrada en términos de un “estado federal descentralizado” que apunta hacia una distribución territorial del poder, que por más que pretenda ser precisa, armónica y coherente, es siempre genérica y deja un amplio campo propicio para la contradicción y dispersión de las actuaciones públicas, por lo que es pertinente –e incluso un corolario lógico de esa configuración del Estado asumido en la configuración constitucional– la existencia de órganos que atiendan a la necesidad de la integración de la distintas partes o subsistemas en el conjunto, y a reducir contraposiciones, disfunciones y conflictos de las distintas potestades públicas que, de subsistir, dificultarían e incluso impedirían la concreción de las actuaciones públicas en términos de efectividad, eficacia y eficiencia. (Exposición de Motivos al proyecto de ley de Creación del Consejo Federal de Gobierno)

El constituyente de mil novecientos noventa y nueve (1999), al prever el Consejo Federal de Gobierno lo concibe como el “órgano encargado de la planificación y coordinación de las políticas y acciones para llevar a cabo el proceso de descentralización y transferencia de competencias del poder nacional a los estados y municipios”, así como el encargado del Fondo de Compensación Interterritorial destinado al financiamiento de inversiones públicas con el fin de promover el desarrollo equilibrado de los estados y municipios de menor desarrollo relativo, el cual estará adscrito al mismo.

Así la Constitución señala expresamente:

“Del Consejo Federal de Gobierno dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales y el apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”.

El Consejo Federal de Gobierno es el órgano llamado a cumplir, como vocación esencial, el papel de escenario y dispositivo institucional para la promoción activa de entendimientos interadministrativos entre los distintos niveles territoriales el Nacional, Estatal, Municipal y Comunidades, predispuesto a cumplir un papel mediador, creativo en situaciones

concretas y distinguibles de desencuentros y desentendimientos, con criterio de respeto a los ámbitos autonómicos, justicia administrativa, equilibrio redistributivo y optimización de recursos.



Las relaciones entre los distintos niveles territoriales con la descentralización enfrenta un profundo cambio, ya que no hay lugar a un sistema de tutela sino de colaboración, cooperación y coordinación, entre los distintos niveles territoriales en razón a que existe plena autonomía en la ejecución de las competencias que le son propias y establecidas por la misma Constitución.

Lo esencial en ese marco multipolar, es la colaboración, la cooperación y la coordinación, que no pueden ser impuestas por lo cual tienen que resultar, como regla, de procesos voluntarios en orden a la consecución del bienestar colectivo, en términos de calidad de vida o de cualquier índice de objetivación de esa finalidad indeclinable.

El Consejo Federal de Gobierno se convierte así en un órgano fundamental de planificación pública dentro de este orden descentralizador, en la columna vertebral de comunicación entre los distintos niveles territoriales que están ubicados en un mismo nivel de igualdad y de autonomía sin subordinación ni jerarquía, para contribuir a la efectiva descentralización hacia los distintos niveles territoriales, a fin de que estén en condiciones de concurrir eficientemente, al compromiso de construir un Estado democrático y social de derecho y de justicia.

El Consejo Federal de Gobierno, además de la función primaria y principalísima de planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados, Municipios y comunidades organizadas, tiene señalado en la constitución un cometido específico: corresponde al Consejo Federal de Gobierno la tutela superior del Fondo de Compensación Interterritorial, que se expresa en la potestad de

aprobación de sus recursos y la determinación de las áreas de inversión prioritaria del referido Fondo, que es un instrumento financiero de perfil propio con rango constitucional.

Necesariamente al Consejo Federal de Gobierno debe atarse a lo previsto en el Decreto con Fuerza, Rango y Valor de Ley Orgánica de Planificación, que tiene por objeto establecer las bases y lineamientos para la construcción, la viabilidad, el perfeccionamiento y la organización de la planificación en los diferentes niveles territoriales de gobierno, así como el fortalecimiento de los mecanismos de consulta y participación democrática en la misma.

El Decreto de Ley Orgánica de Planificación, desarrolla la planificación como una tecnología del Estado y de la sociedad, para lograr su cambio estructural. Se establece como práctica para transformar y construir nuevas realidades con la capacidad de alcanzar propósitos, interpretar intereses de la sociedad e incorporar, en las deliberaciones presentes, las necesidades de las generaciones futuras.

Este Decreto Ley, establece los mecanismos institucionales del Estado para lograr que los recursos y acciones públicas asociados con el progreso del país, se asignen y realicen de manera planificada y se encausen hacia los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos, sustentados en nuestra Carta Magna. De la misma forma, establece el marco normativo que será desarrollado en las leyes que instauran la organización y funcionamiento de los Consejos de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, los Consejos Locales de Planificación Pública y el Consejo Federal de Gobierno, instituidos en los artículos 166, 182 y 185 de la Constitución de la República.

En el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Planificación se establecen las distintas instancias para la planificación, previéndose:

Artículo 24. Corresponde al Gobernador de cada estado elaborar el Plan Estatal de Desarrollo, los programas y acciones correspondientes, de conformidad con los Planes Nacionales y en coordinación con el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, con los organismos regionales y con los Consejos Locales de Planificación Pública correspondientes.

Coordinación

Artículo 25. Corresponde a cada Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, asegurar la coordinación y participación social en

la elaboración y seguimiento del Plan Estatal de Desarrollo, así como de los programas y acciones que se ejecuten en el estado, y garantizar que los planes estatales de desarrollo estén debidamente articulados con los planes nacionales y regionales correspondientes.

Artículo 26. Corresponde al Alcalde de cada municipio elaborar el Plan Municipal de Desarrollo en concordancia con los planes nacionales, regionales y estatales, y en coordinación con el Consejo Local de Planificación Pública.

Artículo 27. Corresponde a cada Consejo Local de Planificación Pública asegurar la coordinación y participación social en la elaboración y seguimiento del Plan Municipal de Desarrollo, de los programas y acciones que se ejecuten en el municipio, y garantizar que los Planes Municipales de Desarrollo estén debidamente articulados con los Planes Estadales de Desarrollo.

Artículo 45. La formulación del Plan Nacional de Desarrollo Regional debe hacerse en coordinación con los órganos y entes competentes de los distintos niveles territoriales de gobierno y el apoyo del Consejo Federal de Gobierno.

En el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Planificación se establecen las distintas instancias para la planificación:

- Consejos Comunales
- Consejos Locales
- Consejos Estadales
- Consejo Federal de Gobierno

De allí la necesidad de las distintas leyes promulgadas para orientar la planificación entre los distintos niveles territoriales, independientes y autónomos pero con una sola visión de integralidad territorial y de desarrollo de conjunto, así observamos como la Ley de los Consejos Comunales tiene como objeto el crear, desarrollar y regular la conformación, integración, organización y funcionamiento de los consejos comunales; y su relación con los órganos del Estado, para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas así el:

El Objeto de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, es establecer las disposiciones y bases para la organización y funcionamiento de los Consejos Locales de Planificación Pública, para hacer eficaz su intervención en la planificación que conjuntamente efectuará con el gobierno municipal respectivo, y el concurso de las comunidades organizadas.

El Objeto de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación es la creación, organización y establecimiento de competencias del Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas que funcionará, en cada estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable.

Se observa que el Consejo Federal de Gobierno tiene por objeto el impulsar y garantizar la participación ciudadana de manera integral y sostenida expresada desde los Consejos Comunales, los Consejos Locales de Planificación Pública, el Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas con el objeto de que la participación protagónica sea factor real y efectiva en la planificación y coordinación del proceso de transferencia de competencias nacionales, servicios y recursos a los estados, municipios y comunidades organizadas.

ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO

A diferencia de la Comisión Central de Planificación, el Consejo Federal de Gobierno debe estar integrado por:

- 1.- El Vicepresidente Ejecutivo, quien lo presidirá.
- 2.- Los Ministros.
- 3.- Los Gobernadores.
- 4.- Un Alcalde por cada estado.
- 5.- Los representantes de la sociedad organizada, de los cuales uno representará a los pueblos y comunidades indígenas

CONCLUSIONES

1. Todos los órganos y entes de la administración pública, independientemente del nivel territorial al cual pertenezca, su naturaleza o forma organizativa previstas en los instrumentos de creación, deberán ajustarse a las potestades atribuidas a la Comisión Central de Planificación, sin menoscabo del control de tutela del órgano de adscripción.

2. Existe una contradicción entre las potestades del órgano de adscripción y las facultades de control y seguimiento de la Comisión Central de Planificación, ya que se sobreponen ambas atribuciones.
3. A través de la Comisión Central de Planificación se centraliza y controla la autonomía e independencia de los órganos y entes funcionalmente descentralizados, sustituyéndose el principio de cooperación entre los poderes públicos por la subordinación.
4. El Consejo Federal de Gobierno sería el órgano idóneo para reunir a los distintos actores, pertenecientes a distintos niveles políticos territoriales, que sin desmedro de su autonomía y en respeto a sus propias competencias, coadyuvaría a la ejecución armónica e integral de esas mismas competencias en una visión única de desarrollo país, al menos así está concebida constitucionalmente, con fundamento a los principios de cooperación, coordinación y subsidiariedad que debe regir entre iguales.
5. Espero que pronto la Asamblea Nacional retome tan importante proyecto que fue vetado por el Presidente de la República por incorporar normas que atentaban contra la autonomía propia de estados y municipios, así que permitiría a dirigentes comunales, locales, estatales y nacionales sentarse en una sola mesa de trabajo y planificar en común acuerdo, como fue previsto por el constituyente, un verdadero desarrollo de país.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.
- Decreto con Fuerza, Rango y Valor de Ley Orgánica de Planificación, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001.
- Decreto número 5.384 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación publicado en la Gaceta Oficial del 22 de junio de 2007.
- Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008.

Ley de los Consejos Comunales publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.806 de fecha 10 de abril de 2006.

Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.463 de fecha 12 de junio de 2002.

Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.509 de fecha 20 de agosto de 2002.

Proyecto de Ley Orgánica de Creación del Consejo Federal de Gobierno, aprobado por la Comisión de Participación Ciudadana, Descentralización y Desarrollo Regional de la Asamblea Nacional, junio de 2005.

¿Publicización del Derecho Privado? Notas para una reivindicación del Derecho Privado ante el desbordamiento actual Derecho Público en Venezuela*

Andrea Rondón García**

1. “La publicización progresiva del Derecho Privado”, fue la frase acuñada por Allan Brewer-Carías en las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” para dar respuesta a la supuesta huida del derecho administrativo de sus áreas naturales de aplicación. En esa oportunidad Brewer-Carías señalaba la vigencia de este tema ante “los procesos de desregulación, desburocratización y privatización que constituyen el signo de nuestro tiempo, una vez que el Estado Social ha entrado en crisis...”¹.

* El presente trabajo establece las premisas de un trabajo de mayor extensión presentado la materia La Filosofía del Derecho en Kant impartida en el Doctorado de la Universidad Central de Venezuela por los profesores Ezra Heymman y Francisco Delgado en el período I de 2009.

** **Universidad Central de Venezuela:** Abogada Magna Cum Laude (2002). Especialista en Derecho Procesal (2003-2006). Cursante del cuarto semestre del Doctorado Mención Derecho. **Universidad Católica Andrés Bello:** Profesora de Argumentación Jurídica (2006-hasta la presente fecha).

1 Brewer-Carías, Allan: “La Actividad Administrativa y su Régimen Jurídico. Sentido de la Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado”. *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1996, pp. 19-73, especialmente p. 27.

2. Brewer-Carías sostuvo en esa oportunidad que lejos de una huida del derecho administrativo lo que ocurrió fue una penetración del Derecho administrativo en áreas que sólo eran reguladas por el derecho privado.

3. La situación descrita por Brewer-Carías en el año 1996, y que se ha agudizado en los últimos diez años, nos lleva a preguntarnos sobre los efectos de esta expansión del Derecho administrativo en los derechos y libertades del individuo, en la posición de éste frente al Estado y la situación del Derecho Privado frente a esta situación.

4. Para aproximarnos a este tema, hemos considerado oportuno partir del concepto de Derecho formulado por Kant en la *Metafísica de las Costumbres*. En este sentido, el filósofo alemán estableció que el Derecho es un conjunto de condiciones y reglas por las cuales la voluntad de arbitrio de uno puede conciliarse con la libertad de arbitrio de otros según una ley universal de la libertad².

5. Kant señalaba que si el uso de la libertad era un obstáculo para la libertad según una ley universal era necesaria la coacción, término íntimamente vinculado con la noción de derecho porque es el que remueve el obstáculo del ejercicio de la libertad.

6. Ciertamente, siguiendo la formulación de Kant, que tiene plena vigencia hoy en día, el Derecho está para garantizar el ejercicio de la libertad de los individuos, rol que también asume el Estado al aplicar de forma racional e imparcial la coacción ante el de abuso de la libertad.

7. Esto último también lo encontramos en la *Metafísica de las Costumbres* cuando se afirma que la división del derecho natural debe ser derecho natural y derecho civil, siendo el primero derecho privado y el segundo derecho público “porque al estado de naturaleza no se contraponen el estado social sino el civil: ya que en aquel puede muy bien haber sociedad, sólo que no civil (que asegura lo mío y lo tuyo mediante leyes públicas), de ahí que en el primer caso se llame derecho privado”³.

8. Tanto el derecho privado como derecho público, dentro del cual está incluido el Derecho administrativo, están destinados a garantizar la

2 Kant, Immanuel: *Metafísica de las Costumbres*. 2da edición. Traducción de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho. Madrid. Editorial Tecnos .S.A., 1994, p. 39.

3 Op. cit, p. 54.

libertad del individuo. Esta afirmación ha sido una constante en los pensadores liberales del siglo XVIII y del actual. En este sentido, debemos señalar que en el pensamiento liberal, desde sus fundadores como Locke, Hume, Smith, hasta sus seguidores actuales, todos los hombre son libres, pero para que en su actuar no se estorben o entorpezcan debe quedar claro que existen límites a las autonomías individuales, siendo la ley la que traza tales líneas para garantizar la autonomía de cada individuo⁴.

9. Ahora bien, ante estas afirmaciones cabe preguntarse si tanto el Derecho privado como el derecho público, específicamente el derecho administrativo en Venezuela cumplen este cometido (si es un derecho que equilibra los poderes de la Administración con las libertades de los particulares para garantizar estas últimas), o si por el contrario el derecho administrativo ha extendido su ámbito de aplicación a áreas tradicionalmente de derecho privado, pero sin tener por efecto el garantizar la libertad del individuo, sino más bien para lograr el efecto contrario.

10. Un sector de la doctrina señala que en el Derecho Privado encontramos normas que son abstractas porque no establecen un destinatario determinado, igual para todos que se encuentran en la misma categoría y generalmente de carácter negativo, es decir, que prohíben⁵. En tanto que en el Derecho Público encontramos mayormente normas revestidas con la apariencia de leyes dirigidas a un logro específico, y que en consecuencia, es concreto, desigual y de naturaleza positiva, es decir, afirma, permite.

11. El Derecho Privado regula las relaciones entre los particulares y establece límites a lo que estos pueden hacer en uso de su autonomía, es así como, a título ilustrativo, vemos que en materia de sociedades, civiles o mercantiles, se establecen reglas principalmente para proteger a sus miembros y a los terceros que contraten con estas sociedades (por ejemplo artículo 1.664 del Código Civil), pero en cuanto a la forma y pautas que regirán estos entes societarios el legislador deja un amplio margen para la autonomía de la voluntad (por ejemplo: artículo 1668 del Código Civil).

4 Hayek, Friedrich: *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. 2da edición. Traducción de Jesús Huerta de Soto. Madrid. Unión Editorial, 1997.

5 De La Torre, Armando: *El marco jurídico del libre mercado. –Algunas reflexiones–*. Caracas. CEDICE, 1995, p. 15.

12. Siendo el Derecho Privado el que regula las relaciones que los particulares han decidido libremente establecer, según sus escogencias y preferencias, es la rama del Derecho que mejor garantiza el desarrollo de la personalidad, se trata de un régimen de libertad.

13. En cuanto al derecho administrativo, como una de las disciplinas del derecho público, bajo esta perspectiva liberal, debe estar dirigido a equilibrar los poderes que la Administración tiene para cumplir con sus fines e intereses públicos frente a las libertades ciudadanas.

14. Sin embargo, en la actualidad el derecho administrativo no parece lograr este equilibrio ni garantizar la libertad del individuo. Sobre este particular, Armando de la Torre señala que la legislación del Derecho Público, que en realidad en su mayoría son mandatos para un logro específico, es el resultado de las prioridades del moderno Estado benefactor.

15. Algunos podrían decir que la libertad del individuo también está garantizada por ese Estado Benefactor, Estado de Bienestar o Estado Social, porque en este caso se trata de una expansión de la democracia hacia esferas que habían estado al margen de la voluntad estatal, como es el caso de la economía, la educación, etc⁶.

16. No obstante lo anterior, no habría que ser tan categóricos. Siguiendo nuevamente a Kant, recordemos que al realizar una división general de los deberes jurídicos comienza con esta primera categoría “Sé un hombre honesto (*boneste vive*). La honestidad jurídica (*honestas iuridica*) consiste en esto: en afirmar el propio valor como hombre en la relación con otro, deber que se expresa en la proposición: ‘No te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin’”.

17. Para Kant, afirmarse como un fin y no como un medio es reconocer en todo individuo (no sólo en sí mismo, sino también en los otros, mis semejantes) la capacidad de establecerse sus propios fines y metas, con independencia de otros⁷, y en esto debemos agregar, esos

6 García Pelayo, Manuel: “La estructura constitucional del Estado Democrático Liberal”. Obras Completas. Volumen I. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 2001, pp. 343-394, especialmente pp. 393-394.

7 Heymann, Ezra: “¿Cuál es la fundamentación kantiana de los derechos humanos?”. *Decantaciones kantianas. Tres estudios críticos y una revisión de conjunto*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 111-118, especialmente p. 117.

“otros” incluye al Estado. En suma, se trata de reconocer autonomía e independencia al individuo.

18. Ahora bien, como se logra esa independencia, ¿qué se necesita?. A nuestro juicio, la filosofía liberal nos permite aproximarnos a una respuesta a esta pregunta. Consideramos que el *liberalismo* es aquél sistema de ideas o corriente de pensamiento que demanda a todo orden político-institucional el respeto y la garantía, a través de diversas vías (principio de división de Poderes, Estado de Derecho, tutela judicial efectiva, propiedad privada), de las libertades básicas del ser humano, al estar fundada en una concepción del ser humano y la sociedad cuyos elementos básicos⁸ permiten calificarla de individualista, igualitaria, universalista y perfectible.

19. Individualista, porque sostiene la primacía moral de la persona frente a exigencias de cualquier colectividad. Igualitaria, porque todos los hombres son iguales desde el punto de vista moral y no es posible, dentro de cualquier orden político o legal, establecer diferencias en el valor moral de las personas. Universalista, porque reconoce la unidad moral de la especie humana y lleva a un segundo plano a las asociaciones históricas específicas y a las formas culturales. Perfectible, porque se fundamenta en la creencia de la corregibilidad y las posibilidades de mejoramiento, de evolución, de cualquier institución social o acuerdo político.

20. En la creación de las condiciones para una sociedad libre con ciudadanos autónomos e independientes el Derecho Privado (civil y mercantil) juega un papel fundamental, porque le corresponde la regulación y desarrollo del derecho de propiedad, pero no sólo como derecho subjetivo sino como una institución fundamental del Estado de Derecho. Sobre este particular, sostenemos que uno de los presupuestos necesarios para alcanzar el desarrollo de la vida interior es la propiedad privada, cuyo ejercicio propicia las condiciones para que la persona efectivamente tenga la potencia y la capacidad de escoger de forma autónoma sus creencias religiosas; opciones políticas; ideas e informaciones; formas de asociación con otros particulares; la actividad económica de su preferencia; la forma de organizar los medios de producción y de fijar el valor de los frutos de esa organización, entre otros.

8 Con relación a los elementos comunes de toda propuesta liberales seguimos a Gray, John: *Liberalismo*. Traducción de María Teresa de Mucha. Madrid. Editorial Alianza, 2002.

21. En los hechos, no basta con tener el deseo de adscribir una determinada religión, de formar parte de un partido político, de adherirse a determinadas ideas o de formar un negocio. Para materializar ese deseo, resultan necesarias, adicionalmente y en forma previa, una serie de condiciones fácticas para realizar ese deseo, que deben ser reconocidas y respetadas por los demás integrantes de la sociedad y, en especial, por el Estado.

22. Esas condiciones deben permitir que cada persona tenga efectiva capacidad de *elegir* por sí misma. Y de la existencia de esas condiciones materiales depende, pues, no sólo la capacidad de elegir de cada persona, sino también el que exista una pluralidad de religiones y no una en particular impuesta por un grupo de personas o por el Estado; una pluralidad de partidos políticos y no unos pocos con una sola tendencia política o una tendencia impuesta por el Gobierno; un adecuado acceso a la información a través de una diversidad de medios de comunicación y no sólo aquellos financiados o dependientes de alguna forma del Estado o de un poder económico; y las adecuadas condiciones económicas para que toda persona pueda acceder y permanecer en el ejercicio de la actividad laboral, profesional o económica de su preferencia.

23. Ahora bien, la existencia de estas condiciones materiales se concreta en la posibilidad cierta, real, prevista y protegida por el Derecho positivo, de que toda persona tenga igual oportunidad de acceder a un conjunto de bienes propios, que no se agoten en los indispensables para la subsistencia (ropa, alimentos, enseres personales) y que incluyan otros de valor social (una parcela, una edificación para vivienda, un vehículo, ahorros, un fondo de comercio, etc.) que le permitan financiar sus decisiones individuales o societarias con la mayor autonomía posible, sin depender de la voluntad dominante del Poder Político o del Poder Económico. Tales condiciones materiales constituirían, en sí mismas, una garantía de conformación de una *sociedad abierta*, en la que sus integrantes son libres para escoger sus relaciones interpersonales, para acceder a la mayor información posible para decidir con plena capacidad, conciencia y responsabilidad propia, y en la que sus escogencias no son impuestas ni por un grupo económico o político, ni tampoco por el Estado.

24. De lo anterior resulta que la propiedad no es sólo un derecho subjetivo, sino también una institución fundamental del Estado de Derecho, con apoyo en la cual, personas libres, frente al poder del Estado

y frente al que ostenten otras personas, están en una posición real de ejercer, sin coacción -o al menos reduciendo drásticamente la que pueda existir en la situación específica-, sus derechos y libertades individuales, para lograr con ello el efectivo desarrollo de su personalidad (artículo 20 de la Constitución).

25. Ahora bien, no sólo al Derecho Privado le corresponde regular las condiciones para lograr una sociedad libre, también esto le corresponde al Derecho Público. En este sentido, en toda regulación debe tenerse presente que la misma debe garantizar la independencia y autonomía de la persona, y no debe caer en paternalismos, esto es, en políticas destinadas a para proteger al individuo de sí mismo, pues ello desconoce su capacidad para establecerse metas y fines, en suma, desconoce su condición de hombre libre.

26. Deseamos dejar constancia que reconocemos y estimamos justificado que el Estado intervenga en determinadas áreas, pero la regulación que establezca tales intervenciones debe pasar por este test. Cabe preguntarse, si la regulación de las últimas décadas atiende a lograr la independencia del individuo, o más bien estima que el desarrollo pleno del individuo a través del ejercicio efectivo de sus derechos se logra con una mayor participación del Estado.

27. En el Estado de Derecho Constitucional el Estado tiene una mayor obligación de justificar sus actuaciones, y proponemos que en la medida en que aumente su ámbito de aplicación a otras áreas, nosotros como ciudadanos le demandemos una justificación de su actuación, justificación que necesariamente debe incluir el tener por objetivo la verdadera independencia y autonomía del individuo. Si la regulación de la actuación del Estado no tiene este propósito, debemos rechazarla de forma categórica.

28. En la actualidad venezolana, muchas de las regulaciones del Derecho administrativo merecen rechazo, entre otras razones, por cómo han progresivamente arrebatado sin justificación ámbitos regulados por el Derecho Privado, y con ello, ámbitos de autonomía y libertad a los ciudadanos, proceso que en algún caso ha llevado a algunos a hablar de un “Derecho Privado Administrativo”, categoría que, como en otro lugar se procurará demostrar, es contraria al Estado Constitucional (social de Derecho) que reconoce la Constitución de 1999.

Análisis sobre el acrecentamiento de la Administración pública central del Estado venezolano

(CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE LA TRANSFORMACIÓN Y EL AUMENTO EN LA “ADMINISTRATIVIZACIÓN” DE LA SOCIEDAD 1999-2009)

Jesús María Alvarado Andrade*

“El poder centralizado no se vuelve inofensivo
por las buenas intenciones de quienes lo crearon”

Milton Friedman

INTRODUCCIÓN GENERAL

En esta última década (1999-2009), en el país, respecto a la “*Administración Pública*” han acaecido diversos cambios de extrema importancia, primero; en lo concerniente indubitablemente a la sanción de la Constitución de 1999¹, la cual, dispone normas relativas a los “*Poderes Públicos*”:

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela.

1 *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5453 Extraordinaria del 24 de Marzo de 2000. En la actualidad la Constitución de 1999, ha sido enmendada en sus artículos 160, 162,174,192 y 230. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

Municipal, Estatal y Nacional –*distribución vertical o territorial*²–; y a los órganos Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral –*distribución horizontal o nacional*³–, amén de las normas relativas propiamente a la “Administración Pública”, (*Título IV: Del Poder Público, Sección Segunda: De la Administración Pública*), aplicables a todos los órganos y entes territoriales antes mencionados; *segundo*; en lo concerniente a la *Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001*⁴, derogada a su vez por el reciente *Decreto-Ley N° 6.217 de 15 de julio de 2008*⁵.

Así pues, respecto a lo *primero*; acentuamos que la Constitución de 1999, dispuso y dispone que la “Administración Pública” o exactamente las “Administraciones Públicas” están: “...al servicio de los ciudadanos y ciudadanas”⁶.

Y se fundamentan

...en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho⁷.

2 Cfr. Art. 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

3 *Ibidem*

4 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de Octubre de 2001. Dicha Ley Orgánica derogó expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante Decreto-Ley N° 369, *Gaceta Oficial* N° 36.850 del 14 de Diciembre de 1999.

5 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 del 31 de Julio de 2008. De igual manera; Cfr. Allan R. Brewer-Carías “El Sentido de la Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública” en *Revista de Derecho Público*, N° 115, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 155-161.

6 La Constitución Venezolana dice “está al servicio de los ciudadanos” no que “sirve con objetividad los intereses generales” como si refiere la Constitución Española art. 103.1. Cfr. Alejandro Nieto García, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales” en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (*coordinador*) *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 3, 1991, pp. 2185-2254.

7 Cfr. Art. 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

Dicho precepto constitucional deviene en cardinal, pues vincula el quehacer cotidiano de las “Administraciones Públicas” a estos “principios” antes referidos, revalidando el carácter de “Administración”, es decir, de prestación hacia los ciudadanos.

De hecho, no en balde, el vocablo “Administración”, sugieren algunas explicaciones etimológicas que significa: servir a algo o para algo. Por ello, es que la misma, está destinada fundamentalmente a servir a los ciudadanos, individualmente considerados en cuanto tales.

Respecto a lo *segundo*; el Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, en consonancia con la regulación del 2001⁸, deviene aún mas trascendental, por cuanto la misma ha significado el inicio de una real “centralización” total de las diversas “Administraciones Públicas”⁹ a la “Administración Pública Central-Nacional”, al disponer en sus preceptos, que los contenidos vertidos en la Ley, aplican a las “Administraciones Públicas” de los tres (3) niveles de distribución vertical del poder público, es decir, la República, los estados, distritos metropolitanos y municipios, ya que estos: “...deberán desarrollar su contenido dentro del ámbito de sus respectivas competencias”¹⁰.

Así pues, ésta “centralización” de las “Administraciones Públicas”, de los estados, distritos metropolitanos y municipios, a los principios vertidos en esta Ley nacional, no sólo se traduce en un desconocimiento a la “autonomía” constitucional de los mismos para regular los preceptos normativos necesarios adaptables a las características de sus regiones, sino que además, conforme a la *Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación*¹¹, la *Ley Orgánica de la Administración Pública*

8 Cfr. Allan. R. Brewer-Carías “Introducción General al Régimen Jurídico de la Administración Pública” en *Ley Orgánica de Administración Pública*, Colección Textos Legislativos, N° 24, 2ª Edición, 3ª reimpresión, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 7-91.

9 Cfr. Art. 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

10 Cfr. Art. 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 del 31 de Julio de 2008.

11 Cfr. Decreto-Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, Gaceta Oficial N° 5.841 Extraordinaria del 22 de junio de 2007. Sobre este Decreto Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, Centralizada y Obligatoria” en *Revista de*

de 2008 prevé, el sometimiento de todas las “Administraciones Públicas”, de los estados, distritos metropolitanos y municipios, a los designios de la “Comisión Nacional de Planificación”, llamada a cumplir, la ilusión soviética de la “planificación centralizada” de las “Administraciones Públicas” y de la economía¹², dando un paso importante, en la búsqueda de una “Burocracia” concentrada, que es menester advertir que en su formulación no tiene como meta, el de responder a los intereses de los ciudadanos, o en mejores términos, no servirá a los “ciudadanos o ciudadanas” como expresamente señala la Constitución de 1999¹³.

Quizás, esta “mutación constitucional”, respecto a las “Administraciones Públicas”, obedece a la idea plasmada en la propuesta de “Reforma Constitucional de 2007”, que de forma muy precisa señalaba que las “Administraciones Públicas”, debían ser “...estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios”¹⁴, lo que era el reconocimiento explícito, de que se “quería” una “Administración Central”, en *primer lugar*; alejada de las necesidades de la colectividad, y en *segundo lugar*; que no respondiera a los intereses y necesidades de los ciudadanos, sino que sirviera al Estado, creyéndose equivocadamente que éste es la sociedad, o el conjunto de individuos libres.

Derecho Público, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 79-89.

No se olvide que el Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, estipula en el artículo 57 que “La Comisión Central de Planificación es el órgano superior de coordinación y control de la planificación centralizada de la Administración Pública Nacional, de carácter permanente, encargado de garantizar la armonización y adecuación de las actuaciones de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. La Ley que acuerde su creación fijará su objeto, atribuciones, organización y funcionamiento”. *Cfr.* Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 del 31 de Julio de 2008.

12 *Cfr.* Arts. 15, 18, 23, 32, 44,46, 48, 60, 77, 84, 91, 99, 119, 121, 131 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 del 31 de Julio de 2008.

13 *Cfr.* Art. 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

14 *Cfr.* Art.141 del “Proyecto de Reforma Constitucional”. *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección textos legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, 224 pp.

Ahora bien, en esta “Introducción General”, aún cuando afirmamos entre otras cosas, que se “quería” en la propuesta de “Reforma Constitucional” de 2007 una única “Administración Pública Central” que sirviera de instrumento a los órganos que ejercen los “poderes públicos”, nacional, estatal y municipal para el ejercicio de sus funciones y para la prestación de los servicios, sí debemos recalcar y matizar ese “quería”, pues el Ejecutivo-Nacional aprovechando la habilitación legislativa¹⁵ legisló por medio del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008¹⁶ los contenidos que sobre la “Administración Pública” disponía la rechazada propuesta de “Reforma Constitucional”, y aún cuando en la misma, se pretendía una “Administración Central”, única para todos los órganos que ejercen los “poderes públicos” en su división territorial vertical, en los últimos años, lo que se ha visto es una gran desorganización en la “Administración Central”, y un gran esfuerzo sostenido, apartado de la Constitución, por “administrativizar” todos los aspectos de la vida, “estatizando”, cualquier actividad o servicio, que no requiera en realidad la participación del Estado, hasta el punto de que en la actualidad (2009), existen veinticinco (25) ministerios, resultando una importante, ineficiente e innecesaria “Burocracia” a escala nacional.

Llama la atención, que aún debido a las particularidades de nuestra economía “rentista petrolera”, el tema de la alta “burocracia” ha generado críticas, pues siempre se ha considerado necesario que para el progreso, desarrollo económico y político de nuestro país, es necesario reducir la “burocracia”, hasta el punto, de que quienes han incrementado esta “Administración Pública Central”, en determinada época ya olvidada, alzaban voces contra el innecesario incremento de ministerios, y su necesaria disminución, para así garantizar los principios constitucionales hoy recogidos en la Constitución de 1999, hoy no ven el problema de la misma manera¹⁷.

15 *Cfr.* Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que allí se Delegan, *Gaceta Oficial* N° 38.617 de fecha 1 de febrero de 2007. En dicha ley, se autorizaba al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley con una duración de dieciocho (18) meses para su ejercicio, para entre otras cosas, legislar: “1. En el ámbito de transformación de las instituciones del Estado”.

16 *Cfr.* Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

17 Sobre el por qué no lo ven de la misma manera, será desarrollado mas adelante.

Sin embargo, en este período (1999-2009), la “Administración Pública Central Ministerial” ha crecido, vertiginosamente, de hecho, de dieciséis (16) ministerios en el año 1999, hoy en día (2009) Venezuela cuenta con veinticinco (25) ministerios, que en realidad representan un obeso aparato burocrático del Estado que pretende sencillamente controlar, regular y normar la economía y todos los aspectos de la vida en sociedad, olvidándose nuestro “legislador” –ahora casi siempre Ejecutivo habilitado– que estas “burocracias” abultadas, son verdaderos estorbos para el florecimiento de la economía y el libre desarrollo y desenvolvimiento de los individuos¹⁸, y con ello, un claro estorbo para la libertad económica base o condición necesaria de la libertad política, y sobre esta verdad, para ello sirve de prueba la historia económica, política, social y jurídica, por lo menos del siglo XX.

Ahora bien, este incremento de la “Administración-Pública Central”, no se puede comprender o criticar solamente con cifras que reflejen el incremento sustancial de dicha “Administración”, sino con algunas reflexiones útiles que puedan servir, para orientar sobre el por qué se quiere y existe ya una ingente “Administración”, y sobre ello, la primera acotación que realizamos en este estudio, es que sólo se explica, en la medida en que se analicen las finalidades de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación¹⁹ y de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, pues ambas desean crear una “Administración Pública Central” que “estaticé” por completo la economía, pues esta sin duda alguna, es un aspecto fundamental en la necesaria “transformación” de la sociedad que se desea, que no es más que el de dar el salto de una economía “capitalista” a una economía “socialista”²⁰.

18 Cfr. Art. 3 y 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

19 Cfr. Decreto-Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, *Gaceta Oficial* N° 5.841 Extraordinaria del 22 de junio de 2007. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, Centralizada y Obligatoria” en *Revista de Derecho Público*, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 79-89.

20 Para un entendimiento “Teórico” de lo que se ha dado en llamar “Socialismo del Siglo XXI”, existen varias obras, la última es de un individuo de número de la

Aún cuando, la “planificación central de la economía” es una idea atrasada, por decir lo menos, y que se sabe que no es apta para un necesario florecimiento de la economía, por convencimiento de esta idea “socialista” que desea una “libertad política” sin “libertad económica” –propiedad privada como base de la libertad–, que es una quimera de libertad, se niega el “libre mercado”, que por más que se insista en sus supuestas debilidades, creemos que supera cualquier acción de cualquier burócrata “ilustrado” que pretenda distribuir la riqueza de la sociedad.

La *segunda* acotación importante, está relacionada con el incremento de la “Administración-Pública Central”, ya que ha girado en torno a la idea, de “estatizar” a la sociedad, secuestrando la tan fanfarroneada “participación ciudadana” supuesta consecuencia ineluctable de la “democracia” idílica directa, planteándose una “participación ciudadana” del “pueblo” siempre con la mediatización del Estado, lo que es un contrasentido, si se toma en cuenta, que la Constitución de 1999, desea fundar una “sociedad democrática, participativa y protagónica” como reza su Preámbulo.

Sobre estos y otros puntos, y en especial sobre el incremento en cuanto a los ministerios, es que está dirigido *prima facie*, este análisis, enfocándose en el acrecentamiento de la “Administración Pública Central del Estado Venezolano” en esta última década 1999-2009, sin que ello implique la necesaria comparación con épocas anteriores que nos sirvan de guía para observar la importante transformación y aumento en la “administrativización” de la “Sociedad Civil”.

Academia de la Historia. Esta obra que es del Prof. Mario Sanoja Obediente, el cual es un documento a favor del proyecto político que encarna el Presidente Hugo Chávez. En la misma se hace una afirmación temeraria entre muchas otras “... Debido a su carácter originario, participativo y plural, la Constitución Bolivariana culminó siendo, más que una simple Constitución, el proyecto socialista de la nación y el Estado Bolivariano” Cfr. Mario Sanoja Obediente, *El Humanismo Socialista Venezolano del Siglo XXI*, Colección Milenio Libre, Monteávila Editores Latinoamericana C.A, Caracas, 2008, p.49.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL Y SU RELACIÓN CON LA “NUEVA” TITULARIDAD PARA LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL NACIONAL A CARGO DEL EJECUTIVO NACIONAL

La Constitución de 1999 dispone²¹, que le corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la “Administración Pública Nacional”, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente Ley Orgánica, en este caso, el Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008²².

Dicho precepto constitucional, transformó sustancialmente, la norma histórica –desde el siglo XIX–, que recogía de igual forma, su antecesora, la Constitución de 1961, que preveía que la organización ministerial era de estricta reserva legal, es decir, que sólo la ley podía determinar²³.

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008²⁴, le atribuye a éste la facultad para fijar, mediante decreto:

...el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, así como sus entes adscritos, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley.

21 Cfr. Art. 236,20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

22 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31-07-2008.

23 Cfr. Gerardo Rupérez Canabal, “La Flexibilización de la Reserva Legal Organizativa en el Ámbito de la Administración Pública Nacional” en *Revista de Derecho* N° 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 435-452.

24 Cfr. Art. 58 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

De hecho, en base al *Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*²⁵, el Presidente de la República dictó el *Decreto N° 6.732 de fecha 2 de Junio de 2009*²⁶ sobre *Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional*, en el cual, se instituyen veinticinco (25) ministerios y se enumeran sus competencias, así como la estructura organizativa básica de cada ministerio, los cuales estarán integrados por el Despacho del Ministro y los Despachos de los Viceministros, enfatizando el Decreto-Ley que dicho Despacho del Ministro contará con una Dirección del Despacho y las dependencias y funcionarios necesarios para el cumplimiento de sus fines, según lo determinen los correspondientes Reglamentos Orgánicos de cada ministerio²⁷, los cuales, serán dictados por el Presidente de la República.

También señala el Decreto-Ley, que los Despachos de los Viceministros estarán conformados por las unidades operativas o de ejecución necesaria, las cuales, podrán estar integradas en orden jerárquico descendente, de la siguiente manera: Direcciones Generales, Direcciones de Línea y Divisiones, según la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función²⁸; enfatizando la misma, que los Reglamentos Orgánicos determinarán la estructura y las funciones de los Viceministros y de las demás dependencias que integran cada Ministerio²⁹.

Ahora bien, esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República, que da al traste con la reserva legal histórica constitucionalmente en Venezuela, respecto a esta materia, permite, que además de los decretos leyes, dictados en virtud de “delegación” legislativa por parte del órgano legislativo Nacional (Asamblea Nacional), puede el Ejecutivo Nacional –en cabeza del Presidente de la

25 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31-07-2008.

26 Cfr. Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

27 Cfr. Art. 31 del Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

28 Cfr. Art. 32 del Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

29 *Ibídem*

República—, dictar otros actos ejecutivos con rango de ley, relativos a la organización administrativa³⁰.

Así pues, la Constitución de 1999, señala que:

Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.³¹

Ahora bien, como advertimos anteriormente, en conformidad con esa potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el *Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*, le atribuye a éste la facultad para fijar, mediante decreto:

...el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, así como sus entes adscritos, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley³².

Lo importante de estos preceptos jurídicos, el constitucional y el legal, es que se infiere que dicha potestad, se ejerce en ejecución directa e inmediata de la constitución, lo que significa que el reciente *Decreto N° 6.732 de fecha 2 de Junio de 2009 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional*³³ tiene naturaleza legal, aún cuando dictado conforme a los lineamientos del *Decreto-Ley Orgánica*

30 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, I Tomo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p.481-482

31 Cfr. Art. 236,20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

32 Cfr. Art.58 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

33 Cfr. Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

de la Administración Pública de 2008³⁴, y aún cuando se rompe con la tradición histórica de esta materia como de estricta reserva legal, si es menester observar que los Decretos de rango legal, dictados en materia de organización administrativa, son susceptibles de “control jurisdiccional”, de “control de la constitucionalidad” a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁵.

Lo llamativo, del *Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*, es que añade que el titular de la potestad organizativa en realidad, a cargo del Presidente de la República, es quien puede crear, modificar o suprimir a los órganos, entes y misiones de la “Administración Pública” conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, aún cuando añade la misma, que: “...En el ejercicio de sus funciones, los mismos deberán sujetarse a los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada”³⁶.

Ahora bien, esta potestad organizativa, decíamos, no sólo abarca a los órganos, que según la ley son; “...las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio”³⁷, a los entes, que a tenor de la ley es “toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Central de Planificación”³⁸, sino que además abarca a las “misiones” que son “aquellas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población”³⁹.

34 Cfr. Carlos Luis Carrillo Artilles “La paradójica situación de los Decretos Leyes Orgánicos frente a la Ingeniería Constitucional de 1999” en *Revista de Derecho Público N° 115 Julio-Septiembre 2008, Estudios sobre los Decretos Leyes*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

35 Cfr. Art. 334 y 336,3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009*.

36 Cfr. Art. 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008*

37 Cfr. Art. 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008*

38 Cfr. Art. 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008*

39 Cfr. Art. 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008*

Tal precepto legal, es muestra de la “mutación constitucional”, que sufre diariamente nuestra *lex superior* –debido al desfase entre la norma escrita y una especie de constitución de facto– pues respecto a las “Administraciones Públicas”, al mencionar el Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, que la potestad organizativa a cargo del Presidente de la República, abarca a los órganos, entes y misiones de la “Administración Pública”, sencillamente, está plasmando normativamente, un precepto que no encuentra encuadre constitucional, y que sólo obedece a la idea plasmada en la propuesta de “Reforma Constitucional de 2007”, que refería, la existencia de dos “Administraciones Públicas”, una denominada “Burocrática o Tradicional”, y la otra, las “Misiones”, la primera, “...estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios”; y la segunda, las “... constituidas por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales”⁴⁰.

Lo importante, de lo antes mencionado, es que aún cuando la “actividad de la Administración Pública” refiere el reciente *Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*, se desarrollará con base en los principios de “economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales”⁴¹, no es baladí, reforzar la idea, de que en vez de tratar de reducir, la presencia, intervención e injerencia de la “Administración Pública” en la vida de los ciudadanos, y destinar los esfuerzos para las tareas, a las cuales debe estar enfocada, logrando así una “desburocratización” de la misma, para que sirva a los

40 Cfr. Art.141 del “Proyecto de Reforma Constitucional”. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección textos legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, 224 pp.

41 Cfr. Art. 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

ciudadanos realmente, lo que hizo la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, fue quebrantar a la “Administración Pública”, pues de un sistema universal de la “Administración Pública” – aún cuando son varias a tenor de la estructura federal– la misma, ha establecido, la diferencia de la reforma fallida de 2007, entre “Administraciones Públicas Burocráticas o Tradicionales” y las “Misiones”, resultando, en esta década, un incremento de las dos “Administraciones” –de franca operatividad inconstitucional– de forma vertiginosa, pues no sólo actualmente hay veinticinco (25) ministerios, sino que hay más de catorce (14) “Misiones”.

La pregunta interesante a estas alturas, es sí existen (25) ministerios, que son parte de la “administración pública burocrática o tradicional”:

¿Por qué no se disminuye o se elimina o se reduce este gigantesco aparato ministerial, si sólo las misiones son las que en realidad pueden satisfacer las necesidades más sentidas y urgentes necesidades de la población?

II. ACOTACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL” EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE 2008

La denominada “Administración Pública”, es en cualquier Manual o Tratado de Derecho Administrativo, el objeto central por parte de cualquier estudio que se lleve sobre el particular, pues ésta es sin duda uno de los objetos centrales de ordenación por parte de esta disciplina.

Incluso, los conceptos, definiciones u aproximaciones que se formulan sobre la disciplina, giran en torno a uno de sus principales objetos: la “Administración Pública”, por ello, la definición más sencilla de esta disciplina, es discurrirla “...como aquella rama del derecho público que regula a la Administración Pública”⁴².

42 Existen algunas teorías, que partiendo también de la perspectiva de la “Administración”, llegan a conclusiones distintas y originales que se apartan de las tradicionales. Una teoría que necesita una discusión en el foro Venezolano, es la “Tesis Estatutaria” formulada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, que parte, de que la “Administración” no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. El punto crucial explican los juristas, es que la movilidad de la propia “*materia administrativa*” es, sin

Así pues, aunque esta breve definición no es sustancialmente inexacta cómo ha dicho Allan R. Brewer-Carías, la verdad, es que resultaría insuficiente, dados los múltiples sentidos de la noción de “*Administración Pública*”⁴³, y la razón de ello, es que en efecto como bien lo apunta el maestro, esta expresión, por una parte puede ser asemejada al complejo de órganos del Estado o de “*personas jurídicas estatales*” que como sujetos de derecho actúan en el mundo de las relaciones jurídicas (*concepto orgánico*); pero por otra parte, puede igualarse también dicha noción, con el conjunto de actividades que resultan de la gestión de la “*Administración Pública*” en su carácter servicial a los ciudadanos –“*actividad administrativa*”⁴⁴– realizada generalmente por esos órganos del Estado o *personas jurídicas estatales*” (*concepto material*).

Ahora bien, en este estudio, nos enfocamos al incremento de lo que se denomina en general la “*Administración Central*”, que no es más que

duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo –*material o formal*– de administrar –*de ahí el fracaso de las teorías funcionalistas*–, ya que no existe una técnica formal de administrar aislable como prototípica, pues esta técnica es tan contingente históricamente como la función administrativa –*de ahí el fracaso de la doctrina del servicio público*–. Dicha tesis, sumamente interesante, prescinde los constantes problemas contra los que se han estrellado una y otra vez los intentos doctrinarios de la conceptualización de lo administrativo; siempre sustentados en criterios materiales, teleológicos o formales. El avance y el interés de esta teoría es que se enfoca de nuevo ante el sujeto que realiza la “*actividad administrativa*”, pero negando que el sujeto de la “*actividad administrativa*” sea simplemente un complejo orgánico más o menos ocasional, puesto que dicho sujeto debe ser cabalmente, para el Derecho Administrativo, una persona jurídica, la única personificación interna del Estado y que constituye el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos. La teoría de los juristas, radica en que es necesario la “*personificación de la Administración*” como dato básico, como *conditio sine qua non* del Derecho Administrativo, llegándolo a definir como el “...*Derecho que se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común*”. Cfr. Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 1, Civitas, Madrid, 2008, p. 44.

43 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La Administración Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 47-73.

44 Cfr. Ingrid Cancelado Ruiz, “Actividad administrativa” en *Revista de Derecho Administrativo N°12*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 7-19.

el conjunto de órganos que se asocian al denominado “*Poder Ejecutivo*”, que a escala nacional comprende al Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, Viceministras, autoridades regionales e incluso los órganos superiores de consulta como la Procuraduría General de la República⁴⁵, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, las juntas sectoriales y las juntas ministeriales, y que a escala estatal comprende a los Gobernadores de los Estados federados, y a escala municipal a los Alcaldes Municipales⁴⁶; sin embargo, dada la vastedad de la “*Administración Pública Central*”, sólo nos detendremos a un análisis, de los ministerios en esta última década (1999-2009)

Lo importante es que no todos los órganos de las “*personas jurídicas estatales*” como ha referido Allan R. Brewer-Carías, son parte o constituyen lo que se conoce como la “*Administración Pública*”, sino sólo aquéllos órganos de las “*personas jurídicas político-territoriales*” que proceden del esquema federal –*sui generis*- del Estado, es decir, de la República, Estados, Municipios y de las demás entidades políticas que la componen y que ejercen el “*Poder Ejecutivo*”⁴⁷.

Lo importante es que en este estudio, nos queremos referir, al incremento de la “*Administración Pública Central*”, aún cuando hay que tener presente, que también integran la “*Administración Pública*” los órganos de las “*personas jurídicas estatales*” descentralizadas de las mencionadas “*personas estatales político-territoriales*”, que actúan siempre adscritas y bajo la vigilancia o tutela de los órganos que ejercen el “*Poder Ejecutivo*”,

45 La “*Procuraduría General de la República*”, como órgano dependiente del Presidente de la República, y que tiene a su cargo la asistencia y asesoría jurídica de la Administración Nacional, se integró a la “*Administración Central*” a partir de la *Ley Orgánica de la Administración Central* de 1976, aún cuando valga decir que este órgano, tiene su antecedente legislativo remoto en la Ley de 1° de junio de 1894 sobre Procurador General de la Nación y a nivel constitucional, con su establecimiento en la Constitución de 1901 -Arts. 111 a 114-. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Colección Trópicos/Historia, Editorial Alfa, Tomo I, 463 pp. Tomo II, 542 pp. Caracas, 2008

46 Cfr. Art. 44 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

47 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La Administración Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 47-73.

sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público (Institutos Autónomos), o con forma jurídica de derecho privado (Empresas o Fundaciones del Estado), sin embargo, sí es menester advertir, que sobre el incremento de la “Administración Descentralizada” no nos podemos detener en este momento, pues no es objeto de este estudio.

Es por ello, que nos referiremos al incremento de la “Administración Pública Central”, a escala nacional del “Poder Ejecutivo”, y no lo haremos respecto a los otros órganos de las personas “jurídicas estatales político-territoriales” que no ejercen el “Poder Ejecutivo”, aun cuando integran o son parte de la “Administración Pública”.

La aclaratoria, se formula, por cuanto es importante referir, que ciertamente hay órganos de la “Administración Pública” que no forman parte del “Poder Ejecutivo Nacional”, que dependen jerárquicamente del Presidente de la República; del “Poder Ejecutivo Estatal” que dependen jerárquicamente del Gobernador y del “Poder Ejecutivo Municipal” que dependen jerárquicamente del Alcalde, y la razón de ello, es que conforme a la penta-división del “Poder Público Nacional” establecido en la Constitución⁴⁸, el “Poder Público Nacional”, se divide en cinco órganos: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, de manera que estos son, respectivamente, autónomos e independientes entre sí, y es en ese contexto de penta-división del “Poder Público Nacional”, que se explica, que además de los órganos que ejercen el “Poder Ejecutivo”, los órganos estatales que ejercen el “Poder Ciudadano” (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo); el “Poder Electoral” (Consejo Nacional Electoral y sus Juntas y Comisiones), además del “Poder Judicial” en especial de los órganos de administración y gobierno del mismo, dependientes del Tribunal Supremo de Justicia, en particular, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura si bien son autónomos e independientes del “Poder Ejecutivo Nacional” y de los otros “Poderes Públicos”, sin embargo, también son órganos que forman parte de la “Administración Pública” de la República, aún cuando no sean parte de la “Administración Central”⁴⁹.

48 Cfr. Art. 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

49 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La Administración Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Colección de Estudios Jurídicos de la

Quizás una aproximación más, que sería pertinente, es que aún tomando en cuenta, la acepción del vocablo “Administración”⁵⁰, en su sentido material, no queda duda alguna, que lo que será centro de nuestra atención, en este análisis sobre el incremento de la “Administración Pública Central” serán los ministerios, en tanto órganos que se identifican, con unas actividades específicas realizadas con vistas a satisfacer las necesidades y requerimientos de los ciudadanos⁵¹, las cuales actúan necesariamente, en el esquema de formación del derecho por grados (Hans Kelsen) de forma sub-legal, en tanto actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo indirecta y mediata de la Constitución.

Quizás la importancia de esta acotación, es que el incremento de la “Administración Pública Central-Ministerial”, origina innegablemente, que conforme lo advertimos en la “Introducción General” se incremente la “administrativización” –valga el vocablo– de la sociedad, cómo de hecho está ocurriendo, así pues, la “Administración” esta presente en todas las actividades que los ciudadanos quieran realizar, así dichas actividades secuestradas por la “Administración”, acarrear que los ciudadanos pierdan parte de su libertad, quebrando incluso, la definición mas emblemática del “*Derecho Administrativo*”, cómo el equilibrio entre las libertades individuales y las prerrogativas del poder público, como suelen decir los autores afines al “régime administratif”, con lo cual se origina un “Derecho Administrativo” sin límites, que acarrea serias cargas, sobre los derechos de los ciudadanos, ya que con cada intervención y la simple presencia de la “Administración” los ciudadanos pierden parte de su libertad.

De hecho, si tomamos, la acepción de “Administración” en sentido material, de interés para este trabajo, nos percatamos, *ipso facto*, que la “actividad administrativa” que realizan los ministerios, como complejo orgánico del “Poder Ejecutivo”, es decir, como órganos de una persona jurídica no sólo están conformados como cuerpos que administran

Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 47-73.

50 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo. Colección Estudios Administrativos, N° 1. 2ª. edición, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984, 386 pp.

51 Respecto al régimen constitucional relativo a la “*Administración Pública*”, Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, I Tomo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 276 y ss.

su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares en ejercicio de la “función administrativa” o cuando ejercen la función normativa emitiendo actos reglamentarios, lo que sería algo por demás muy general, sino que conforme a las competencias asignadas a cada uno de los ministerios, y ante la indeterminación de muchas de las leyes “saqueadoras” en los términos de Claude Frédéric Bastiat⁵², se incrementa la discrecionalidad de los mismos, ya que se les permite, entrar en “función administrativa” en aspectos , que deberían recaer exclusivamente en la sociedad y no en el Estado.

Lo dicho se afirma por cuanto, muchas de las “actividades administrativas” como objeto del derecho administrativo de los ministerios, escapan a las tradicionales funciones del Estado (normativa, de gobierno, administrativa, jurisdiccional y de control), pues creemos sin temor a equivocarnos, que se dirige simplemente este esquema de incremento de la “Administración Pública Central Ministerial”, a completar el proceso de desmantelamiento de la sociedad para convertirla en un Estado, fusionando ambos conceptos, de hecho, no olvidemos, que la Constitución de 1999, es una “constitución estatista”, pues incluso, de forma bastante grave, dice la misma, entre muchas cosas mas, que en cuanto a los fines del Estado, se encuentra “el desarrollo de la persona humana”⁵³, y no el desarrollo de la persona como tarea individual, sino que es el Estado el que deberá crear las condiciones para que la “persona humana” desarrolle su personalidad y no mediante su iniciativa libre; con lo cual a la postre termina concluyendo el texto constitucional que se quiere convertir una sociedad en un Estado⁵⁴.

52 Cfr. Claude Frédéric Bastiat, *La Ley*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, 129 pp.

53 Cfr. Art. 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

54 Cfr. Asdrúbal Aguiar, “Revisión Crítica de la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Septiembre- Diciembre, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 17

III. LA BUROCRATIZACIÓN DE LA SOCIEDAD. EL SECUESTRO DE LA SOCIEDAD POR PARTE DEL ESTADO. DE CÓMO LA SOCIEDAD SE DESPLAZA HACIA EL ESTADO CANALIZADA A TRAVÉS DE LOS MINISTERIOS

Es evidente que el incremento de los ministerios –ahora del “Poder Popular”–, obedece, a una completa praxis gubernamental, de progresivamente fundir “Estado” y “Sociedad” en una sola cosa, y aún cuando puede existir una gran influencia de corte marxista, en cuanto al estudio del fenómeno “burocrático”, existen serias diferencias, que pueden sugerir que hay mas ignorancia, que cuestiones ideológicas.

No es nuestro propósito acometer un exhaustivo estudio, sobre el fenómeno burocrático en la teoría de Marx –de interés ahora gracias al “socialismo”–, pues ello desbordaría los alcances propios de un estudio como este, sin embargo, lo que si podemos referir, es que resulta paradójico, que en la vía hacia el “socialismo”, como recomienda y exhorta la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, en vez de reducirse o eliminarse la “burocracia”, más bien se incremente y se fortalezca.

Sin embargo, la verdad, es que a contra-corriente de lo que se pueda sostener, los postulados marxistas, muy abstractos y complejos, aún cuando señalaban la necesidad, de suprimir la “burocracia”, en la gran mayoría de los regímenes “socialistas”, lo que la historia demostró es que la “burocracia” jugó un rol crucial, máxime, durante los sucesos posteriores de la “Revolución Bolchevique” de octubre de 1917.

Breves notas sobre el Estado y la Burocracia. Concepción marxista, alejada de la Constitución liberal histórica venezolana

El debate sobre la “*Burocracia*” ha tenido para la ideología marxista un punto crucial, no solamente fue objeto de reflexión por parte de Karl Heinrich Marx, Friedrich Engels, Vladímir Ilich Uliánov (Lenin), Lev Davídovich Bronstein (León Trotsky)⁵⁵ y Róza Luksemburg (Rosa Luxemburgo), sino también por representantes de la “social-democracia” como Karl Kautsky y Eduard Bernstein.

Así pues, el pensamiento marxista, en primer lugar, ve en la “burocracia”, un instrumento de la “burguesía” para la explotación del

55 Cfr. León Trotsky, *Sobre la burocracia*, Evgueni Treobrajensky, Akal, 1978.

“proletariado” en el contexto de la “lucha de clases”, en los términos de Karl Heinrich Marx y Friedrich Engels.

Sin embargo bajo el pensamiento marxista, y en esto la originalidad del pensamiento de Marx sobre la “burocracia”, estribaba, en que a diferencia de la literatura del siglo XIX que se conformaba con atacar a la misma, como un cuerpo distinto al Estado, éste identificó a ambos, es decir al Estado con la “burocracia”, llevando como ha referido Alejandro Nieto García a la conclusión de que:

A. Breves notas sobre el Estado y la Burocracia. Concepción marxista, alejada de la Constitución liberal histórica venezolana

El debate sobre la “Burocracia” ha tenido para la ideología marxista un punto crucial, no solamente fue objeto de reflexión por parte de Karl Heinrich Marx, Friedrich Engels, Vladímir Ilich Uliánov (Lenin), Lev Davidovich Bronstein (León Trotsky) y Róza Luksemburg (Rosa Luxemburgo), sino también por representantes de la “social-democracia” como Karl Kautsky y Eduard Bernstein.

Así pues, el pensamiento marxista, en primer lugar, ve en la “burocracia”, un instrumento de la “burguesía” para la explotación del “proletariado” en el contexto de la “lucha de clases”, en los términos de Karl Heinrich Marx y Friedrich Engels.

Sin embargo bajo el pensamiento marxista, y en esto la originalidad del pensamiento de Marx sobre la “burocracia”, estribaba, en que a diferencia de la literatura del siglo XIX que se conformaba con atacar a la misma, como un cuerpo distinto al Estado, éste identificó a ambos, es decir al Estado con la “burocracia”, llevando como ha referido Alejandro Nieto García a la conclusión de que:

...resulta inútil combatir a la burocracia manteniendo el Estado, incluso aunque las funciones de éste sean limitadas y, por tanto, conecta de forma inexorable la eliminación de la burocracia a la destrucción del Estado burgués. Por ello, una vez que se llegó a la identificación entre Estado Burgués y Estado burocrático, se aceptó como lógica consecuencia el que la revolución proletaria habría de arrasar al tiempo el Estado y la organización burocrática⁵⁶

56 Cfr. Alejandro Nieto García, *El Pensamiento Burocrático*, Editorial Comares, Granada, 2002, p.241.

Así, Marx incrusta el fenómeno “burocrático” en su concepto de Estado, con lo cual a través de la “lucha de clases” es que se supondría que el Estado pudiera contar con una “burocracia” al servicio ya no de la “burguesía” sino del “proletariado”, aún cuando en un principio, si llama la atención, que en la concepción de Marx, al Estado estar perfectamente asociada al papel representado por el proletariado, *ipso facto*, ocurría por fuerza de las cosas, la eliminación directa del “Estado burgués” y de su “burocracia” y la implantación en lugar del Estado, del proletariado, que podría subsistir perfectamente sin “burocracia”.

La identificación de Marx, entre Estado y “Burocracia”, obedece a que en opinión de este⁵⁷, la “burocracia” tendría sus propios intereses; distintos de los “generales” que representa el Estado, por ello, afirmaba que el Estado, sería mas bien una corporación.

Esta visión de Marx, obedecía a la crítica franca y directa que éste hacía la filosofía de Hegel, que confrontaba Estado y sociedad –el primero que encarna según Hegel los intereses generales, y el segundo que encarnaba a los intereses privatizados de las corporaciones–, con lo cual para Marx, tal confrontación, era inexistente, máxime si se tomaba en cuenta, que esta *summa divissio* que planteaba Hegel, no se correspondía con el hecho, de que en su criterio las mismas corporaciones particulares utilizarían a la “burocracia” contra otras agrupaciones también particulares y porque, por otro lado, la “burocracia” resultaría forzosa para arbitrar las luchas entre esas corporaciones, o sea, para dilucidar las tensiones surgidas en el seno de la “sociedad civil”.

Por eso para Marx, la “burocracia” no era más que el Estado como completa corporación, un “Estado Formal”, y por ello es que en 1848 en el famosísimo Manifiesto Comunista desarrolla su idea, diciendo, que el “poder público” que equivale al Estado, “viene a ser pura y simplemente, el Consejo de administración que rige los intereses colectivos de la clase burguesa” añadiendo que era “el poder organizado de una clase para la opresión de la otra”⁵⁸. Así pues, el Estado sería el poder de la “burguesía” para la opresión del proletariado.

57 Cfr. Karl Marx, *El 18 brumario de Luis Bonaparte*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2003.

58 Cfr. Karl Marx & Friedrich Engels, *El Manifiesto Comunista*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

Así, la vinculación, de este acápite en este trabajo, obedece a que el incremento de la “Administración Pública Central Ministerial” ha estado orientado al proyecto “socialista” que se quiere implantar en el país, así por ejemplo, las “Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013” aprobadas por la Asamblea Nacional pero no publicadas en Gaceta Oficial, orientan el camino a seguir, que no es mas que el “socialismo”, y para ello, es necesario, a tenor del “Plan”, crear una “Administración Pública Centralizada” que canalice ese cambio desde el “Poder Ejecutivo Nacional”.

En este orden de ideas, justamente, se inscribe, la *Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, el Decreto de la Comisión Presidencial para la Formación Ideológica y Política y la transformación de la Economía Capitalista en un modelo de Economía Socialista*⁵⁹ y la *Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*, que van en dirección o en mejores términos con la finalidad, de crear un aparato administrativo, que invada todos los aspectos sociales, para cambiar todas las relaciones sociales de poder, y dar supuestamente y falsamente poder al “pueblo”.

La idea que subyace a este incremento de la “Administración Pública Central”, es que no se considera al Estado como un ser independiente, sino que se toma a la sociedad como base del Estado, llevándose en un lenguaje revolucionario, la idea de que el “Estado” es la sociedad, hasta el punto de que “propiedad estatal” es “propiedad social”; “capitalismo de Estado” es “socialismo”, partiéndose también de la finalidad, no muy clara, de si este incremento de la “Administración” obedece a la idea, de que para garantizar el “socialismo” es necesario, que el Estado se torne fuerte, como ente monopólico, que concentra la violencia legítima (Weber), para poder garantizar paulatinamente, la socialización de la “propiedad privada” sobre los medios de producción, pues a medida de que el Estado “socialice” los medios de producción, es que se puede permitir la anhelada “propiedad social”, en manos de las comunas o “soviets”, y aún cuando la experiencia ha demostrado que tal “propiedad social” jamás se dio y lo que hubo realmente eran propiedades estatales en manos de unos

59 Cfr Decreto N° 5.545, mediante el cual se crea, con carácter permanente, la Comisión Presidencial para la Formación Ideológica y Política y la transformación de la Economía Capitalista en un modelo de Economía Socialista, la cual tendrá por finalidad el estudio, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación del Plan Extraordinario “Misión Ché Guevara”, *Gaceta Oficial* N° 38.757 del 29 de agosto de 2007.

“Estados Socialistas” con amplias “burocracias”, pero ineficientes, la idea ha ganado tanto cuerpo, que se olvida que en realidad, el “socialismo” es un sistema, que no prevé un racional cálculo económico, con lo cual, la racionalidad económica se evapora y desaparece.

B. La Administración Pública Nacional Central

Los ministerios, son órganos imbricados en el “Poder Ejecutivo”, conjuntamente con la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Viceministerios y con las Autoridades regionales, los cuales conforman los órganos totales superiores de dirección de la “Administración Pública Nacional Central”⁶⁰.

Asimismo, cuenta dicha “Administración”, con un órgano superior de coordinación y control de la “planificación centralizada” la “Comisión Central de Planificación” y además cuenta la “Administración Pública Nacional Central”, con órganos superiores de consulta, como la Procuraduría General de la República, Consejo de Estado, Consejo de Defensa de la Nación, las juntas sectoriales y ministeriales.

En nuestro caso, al detenernos y enfocarnos en el incremento de los ministerios, observamos, que si bien este desbordamiento de la “administración ministerial”, ha sido históricamente el resultado de un largo proceso de crecimiento desordenado a medida que las realidades económicas y sociales fueron planteando modificaciones a los fines del Estado, en la actualidad, sí se puede afirmar, que existe algo de claridad, en lo que se desea con esta abultada “administración”⁶¹, que no es más que incrementar la presencia de la “Administración Central”, para no sólo subyugar los estados federados, distritos metropolitanos y municipios a regulaciones y principios de la Ley Nacional de forma inconstitucional, sino que también doblegar todas las “Administraciones Públicas” del país, al “Poder Ejecutivo Nacional”, con lo cual los ministerios, que forman parte del “Poder Público Nacional”, se incrementan no sólo en números sino en competencias, para así poder implementar el “socialismo”, previo el análisis del órgano superior de coordinación y control de la “planificación centralizada”: la “Comisión Central de Planificación”.

60 Cfr Art. 44 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de Julio de 2008.

61 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “50 años en la Evolución Institucional de Venezuela 1926-1976” en *Venezuela Moderna, Medio Siglo de Historia 1926-1976*, Fundación Eugenio Mendoza, 2ª. Edición, Barcelona, 1979, pp. 533-761.

Esta “Administración Pública Nacional Central”, no sólo se incrementa en los ministerios, en tanto “Administraciones Burocráticas” según la fallida “Reforma Constitucional de 2007”, sino que también en cuanto a las “Misiones”, existe un amplio incremento, en tanto una nueva “Administración” que crece cada día, sin ninguna preocupación por administrar recursos limitados, para obtener resultados concretos y necesarios a favor de los ciudadanos.

Por ello, no es insignificante, que la *Ley Orgánica de 2008*, le atribuya al Presidente de la República en Consejo de Ministros, la potestad de crear estas “Misiones”⁶² cuando circunstancias especiales lo ameriten, las cuales estarán:

...destinadas a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población, las cuales estarán bajo la rectoría de las políticas aprobadas conforme a la planificación centralizada,” debiendo, en el decreto de creación, determinar el órgano o ente de adscripción o dependencia, formas de financiamiento, funciones y conformación del nivel directivo encargado de dirigir la ejecución de las actividades encomendadas⁶³.

Esta “Administración Pública Central”, en el caso de los ministerios, incluso reconoce la *Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*, que deben estar en tanto “Administración Pública”, al

...servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella. Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas que se dicten⁶⁴.

62 Cfr Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo, Tomo II. (La Organización Administrativa y la Administración Pública Nacional. Los Estados y la Administración Pública Estatal. Los Municipios y la Administración Pública Municipal)*, Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela. Bogotá, 2005, pp. 53 y 54.

63 Cfr Art. 131 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.890 de fecha 31 de Julio de 2008.

64 Cfr Art. 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.890 de fecha 31 de Julio de 2008

Así pues, los ministerios, en tanto órganos del Ejecutivo Nacional encargados de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría, de conformidad con la “planificación centralizada”⁶⁵, contarán con unas competencias específicas y con las actividades particulares de cada ministerio que estarán establecidas en el reglamento orgánico respectivo⁶⁶.

IV. LA EVOLUCION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA CENTRAL (MINISTERIAL) ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. Estructuras de la Administración Central

La estructura ministerial ha sido pieza clave en la actuación del Estado, sobre todo en la historia del Derecho Administrativo Venezolano, y en especial en cuanto a la Organización Político-Administrativa de la Nación, máxime a partir del período democrático iniciado en 1958.

El Estado abstencionista, del “*laissez faire*”, que en Venezuela prontamente fue desplazado, por un Estado muy influenciado por el “*Welfare State*” o “*Estado de Bienestar*” en Norteamérica o “Estado Social” en Europa, fórmula propia de los Estados de la “Social-Democracia”, y del culto a las teorías de un importante economista británico John Maynard Keynes, que se tradujo en un Estado mas intervencionista, permitió, el paso de un Estado Liberal clásico y abstencionista, con fines de policía y administración general hasta 1863, hacia un Estado Empresario, Interventor, y “fomentador” de diversas actividades de la vida del país que va desde 1936 hasta 1999, en el que se comienza a desarrollar ya no un “Estado Social de Derecho” sino un “Estado Socialista”, sin respaldo constitucional, y por vez primera en nuestra historia constitucional⁶⁷.

65 Cfr Art. 60 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

66 Cfr Art. 61 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008

67 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 71. Caracas, 2008, 1.669 pp.

A. 1811-1863

En lo que respecta a la evolución ministerial en Venezuela, desde los albores de la República, podemos referir, que han merecido los ministerios o “secretarías” debida atención por las Constituciones.

De hecho, en la Constitución de 1819, conforme a los postulados “liberales”, se establecieron simplemente seis (6) “secretarías”.

Así en la Sección 6.^a “De los Ministros Secretarios del Despacho”, se enumeraron los “Despacho de los negocios” a saber: Relaciones Exteriores, Interior, Justicia, Hacienda, Marina, y Guerra⁶⁸.

Tal número reducido de “Ministerios” obedecía al postulado liberal, de que no sólo debían existir límites a los poderes del Estado (Estado de Derecho), sino también límites a las funciones del mismo (Estado Mínimo)⁶⁹, a la usanza del movimiento del “*constitucionalismo*”, y en específico, de los aportes de las “Revoluciones Americana” y “Francesa”, que tanto influyeron a los Constituyentes Venezolanos en 1811⁷⁰.

Ahora bien, estas seis (6) “Secretarías”, que se enfocaban en los asuntos propios de un Estado, es decir, en la seguridad interna y externa, justicia, etc, se reducen a cinco (5) en la Constitución de 1821, ya que la “Secretaría de Justicia” se fusionó con la del Interior, por ello, en ese año, en la Sección 4^o “De los secretarios del Despacho”, se establecieron las Secretarías de: Relaciones Exteriores, Interior, Hacienda y Marina y de Guerra⁷¹.

Por otra parte, es menester advertir tal y como advertíamos en anteriores acápite de este estudio, que durante el siglo XIX, la organización ministerial era de estricta reserva legal, es decir, que sólo la ley

68 Cfr. Art. 1 de la Constitución Política del Estado de Venezuela de 1819. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 71. Caracas, 2008, 1.669 pp

69 Cfr. Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de Cultura y Económica, México, 2006, p. 17

70 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno*, 2^a Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008, 369 pp.

71 Cfr. Art. 136 de la Constitución de la República de Colombia de 1821

podía determinar, es decir, sólo el Congreso como poder legislativo, podía fijar el número de las “Secretarías”, quedando al “Poder Ejecutivo”, la atribución de proponer al Congreso, la asignación de competencias a cada “secretaría”⁷².

En la enunciación de la Constitución de 1830, de cinco (5) ministerios, como mencionaba la anterior *lex superior*, se crearon tres (3) Secretarías, las cuales a tenor del Título 18, “De los Secretarios del despacho”, eran las del Interior y Justicia, hacienda; de Guerra y Marina, quedando el Ejecutivo obligado constitucionalmente a agregar a cualquiera de estas Secretarías el despacho de las Relaciones Exteriores⁷³.

Esta Constitución de 1830, es la última *lex superior*, que incluyó la enumeración de las “Secretarías” o “Despachos Ministeriales”, pues en la Constitución de 1858, ya no se estableció la enumeración de las “Secretarías”, pues se dejó ese aspecto a la regulación de la ley.

Así pues, la Ley de 25 de mayo de 1857, de conformidad con dicha Constitución, estableció cuatro (4) Secretarías⁷⁴ a saber: Interior y Justicia; Relaciones Exteriores e Instrucción Pública⁷⁵; Hacienda; y Guerra y

72 Cfr. Art. 137 de la Constitución de la República de Colombia de 1821

73 Cfr. Art. 134 de la Constitución del Estado de Venezuela de 1830

74 Refiere Allan R. Brewer-Carías que en 1862, en virtud de las “Guerras Federales” –fueron varias– el General José Antonio Páez, para aquél tiempo Presidente de la República, dispuso por Decreto la integración de las cuatro (4) Secretarías, en una Secretaría General, a la cual posteriormente dividió en cuatro (4) Departamentos con idénticas denominaciones” Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Colección Estudios Jurídicos, N° 49. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, 146 pp.

75 Como ministerio autónomo, se crea el 24 de mayo de 1881, bajo el nombre de “Ministerio de Instrucción Pública”, hoy “Ministerio del Poder Popular para la Educación”, bajo el gobierno del Presidente Antonio Guzmán Blanco, siendo el primer ministro el Dr. Aníbal Dominici. Durante el Gobierno de Antonio Guzmán Blanco, hubo gran preocupación por el tema educativo, de hecho, el 4 de junio comenzó sus funciones el referido ministerio a través de las “Direcciones de Instrucción Popular”, que eran las encargadas de las escuelas de instrucción primaria, además de las “Direcciones y Instrucción Superior”, responsable de las universidades, exposiciones e institutos científicos, colegios nacionales y particulares; administración de los bienes de los extinguidos conventos y el celo y vigilancia de las demás ramas destinadas a la Instrucción Superior. Aspecto que se inscribía en la política de descentralización educativa, es decir, la educación lo más cercana al ciudadano, de forma gratuita y obligatoria. En 1936 el “Ministerio de Instrucción Pública”, desapareció para dale un nuevo nombre “Ministerio de

Marina⁷⁶.

Es a partir de la Constitución de 1858, en dónde se adoptó la fórmula de que el número y competencia de las “*Secretarías*” le competía a la regulación legal, que con sus matices permaneció hasta la Constitución de 1999⁷⁷.

Educación Nacional”, y a partir del 30 de septiembre de 1950 cambió de nuevo su nombre por el de “Ministerio de Educación”, además de dictarse la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento.

76 El 25 de Abril de 1810, con el nombre de “Despacho de Guerra y Marina” por vez primera se creó esta Institución Ministerial. Otro hito importante, es que por decreto refrendado por el Mariscal Juan Crisóstomo Falcón, en fecha 29 de Julio de 1863 se creó el “Ministerio de Marina”, denominación que persistió durante once (11) años, hasta que por Decreto emitido por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en fecha 1º de Julio de 1874, se instauró el “Ministerio de Guerra y Marina”. El 22 de Junio de 1946, según Decreto N° 348 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, ese Ministerio pasó a denominarse “Ministerio de la Defensa Nacional” para luego el 15 de Enero de 1951, denominarse “Ministerio de la Defensa”.

77 La Constitución de 1858, en su Título XII, “*De los Secretarios del Despacho*” Art. 100, refería que “Para el despacho de los negocios correspondientes al Poder Ejecutivo habrá el Número de secretarios que determine la ley”. La Constitución de 1874, Sección Tercera. “De Los Ministros del Despacho”. Art. 74, disponía que “El Presidente de los Estados Unidos de Venezuela tendrá para su despacho los Ministros que señale la lei. Esta determinará sus funciones y deberes, y organizará las Secretarías”. La Constitución de 190, Sección V, titulada “Ministros del Despacho” en su Art. 90, disponía que “El Presidente de los Estados Unidos de Venezuela tendrá para su Despacho los Ministros que señale la ley. Esta determinará sus funciones y deberes, y organizará sus Secretarias”. La Constitución de 1909, Sección 5.ª “De Los Ministros del Despacho” Art. 98, refería que “El Presidente de los Estados Unidos de Venezuela tendrá para su Despacho los Ministros que señale la ley. Esta determinará sus funciones y deberes, y organizará sus Secretarias”. La Constitución de 1931, Sección Cuarta. “De los Ministros del Despacho” Art. 104, expresaba que “El Presidente de los Estados Unidos de Venezuela ejercerá sus atribuciones que le da esta Constitución por medio de los Ministros del Despacho que señale la Ley. Esta determinará sus funciones y deberes y organización de sus Departamentos”. La Constitución de 1945, Sección Cuarta “De los Ministros del Despacho” en su Art. 108, estipulaba que “El Presidente de los Estados Unidos de Venezuela ejercerá las atribuciones que le dá esta Constitución, por medio de los Ministros que señale la Ley, la que determinará las funciones y deberes de ellos y organizará sus Despachos”. La Constitución de 1947, de gran influencia en la Constitución de 1961 y en la Constitución de 1999, refería en su Sección Cuarta “De los Ministros del Despacho” Art. 201 que “El Presidente de la República ejercerá sus atribuciones por medio de los Ministros que señale la Ley, la cual determinará las funciones y los deberes de éstos y organizará sus Despachos”. La Constitución de 1953, en su también Sección Cuarta, bajo la denominación “De los Ministros

B. 1863-1936

En lo que respecta a la evolución de la estructura ministerial, destaca el *Decreto de 25 de julio de 1863*, por el cual se creó un nuevo ministerio, denominado de “Fomento”, de hecho, en la historia de la estructura ministerial, el mismo cobró una gran importancia, máxime si se toma en cuenta que no se trataba de un ministerio tradicional, sino que al contrario, era un ministerio que revolucionaría al Estado Liberal, al darle competencias de “*fomento*” que otrora no tenía este Estado.

Este “Ministerio de Fomento”, que en 1898, se denominó “Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio”, originó la creación de varios ministerios, pues en 1874, se creó el “Ministerio de Obras Públicas”; en 1891, el “Ministerio de Instrucción Pública”; y en 1898, el “Ministerio de Correos y Teléfonos”, aún cuando con una duración muy efímera.

Con la creación, del “Ministerio de Fomento”, en el año 1863, se elevó a cinco (5) nuevamente el número de los “Ministerios”, que a partir de ese año, es que dejan de denominarse “Secretarías”, así esos cinco (5) ministerios, eran los de: Interior y justicia; Fomento; Relaciones Exteriores; Hacienda; y Guerra y Marina.

Es en esta época es en la que el Estado curiosamente va dejando de ser un Estado Liberal, para convertirse paulatinamente en un Estado “Paternalista”, que encuentra su punto de clímax en el siglo XX, y particularmente con las Constituciones de 1947, 1961 y 1999, puesto que en vez de reducir la “burocracia” y la presencia del Estado en la vida de las personas, se comenzó un proceso, de convertir a la sociedad en un Estado, ajeno a los postulados de los padres fundadores de nuestra Repú-

del Despacho Ejecutivo Nacional” Art. 111, fijaba que “Los Ministros son órganos legales del Presidente de la República. Los Ministros deberán ser venezolanos por nacimiento, mayores de treinta años y de estado seglar”, y por último la Constitución de 1961, en su Capítulo III, titulado “De los Ministros”, en su Art. 193, disponía que “Los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República, y reunidos integran el Consejo de Ministros el Presidente de la República presidirá las reuniones del Consejo de Ministros, pero podrá designar a un Ministro para que las presida cuando no pueda asistir a ellas. En este caso, las decisiones tomadas no serán válidas si no son confirmadas por el Presidente de la República. La ley orgánica determinará el número y organización de los Ministerios y su respectiva competencia, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros”.

blica, que quisieron diseñar un Estado parecido a las Repúblicas que para esa época en plena efervescencia eran modelos de “Democracias” y de “Repúblicas”, como eran los Estados Unidos de América, repúblicas muy distintas al “*imperium paternale*” que progresivamente se ha instaurado en Venezuela, y que hoy en día es palpable.

A este respecto, vale referir, una importante, acotación que efectuare el célebre filósofo del Derecho, Norberto Bobbio, quien no lo pudo decir con más claridad, cuando afirmaba que:

....Bajo este aspecto, la concepción liberal del Estado se contraponen a las diversas formas de paternalismo, de acuerdo con las cuales el Estado debe cuidar a sus súbditos como el padre a sus hijos, cuidado justificado por el hecho de que los súbditos siempre fueron considerados como menores de edad. Uno de los fines que se propone Locke con sus *Dos ensayos sobre el gobierno civil* es demostrar que el poder civil, nacido para garantizar la libertad y la propiedad de los individuos que se asocian para auto-gobernarse, es diferente del gobierno paternal y con mayor razón del patronal. Así pues, el paternalismo es uno de los blancos que más señala y golpea Kant (1724-1804) para quien: Un gobierno basado en el principio de la benevolencia hacia el pueblo, como el gobierno de un padre sobre los hijos, es decir, un gobierno paternalista (*imperium paternale*), en el que los súbditos como hijos menores de edad no pueden distinguir lo que les es útil o dañoso, son constreñidos a comportarse tan sólo pasivamente, para esperar que el jefe de Estado juzgue la manera en que ellos deben ser felices, y a esperar que por su bondad él lo quiera, es el peor despotismo que pueda imaginarse⁷⁸.

Aún así, y teniendo presente esta advertencia, es de hacer notar, que respecto a la evolución de la estructura ministerial, el conocido “Ministerio del Interior y de Justicia”, en 1874, sufrió un cambio de nombre y pasó a denominarse “Ministerio de Relaciones Interiores”, aún cuando perduró con sus otrora competencias, igual sucedió con el “Ministerio de Relaciones Exteriores y de Guerra y Marina”.

En lo que respecta al tradicional “Ministerio de Hacienda”, en este período (1863-1936) sólo llama la atención, que en 1864 se creó un ministerio aparte, denominado “Ministerio de Crédito Público”, que se

78 Cfr. Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de Cultura y Económica, México, 2006, p. 23 y 24

refunde nuevamente con el “Ministerio de Hacienda” en 1892, para de nuevo crearse separadamente en 1898, para rehacerse definitivamente en el Ministerio de Hacienda en 1899.

Para 1936, año en que Venezuela entró al siglo XX, como refería uno de nuestros baluartes intelectuales Mariano Picón Salas, el país, contaba con siete (7) ministerios á saber: Relaciones Interiores, Relaciones Exteriores, Hacienda, Guerra y Marina, Fomento, Obras Públicas e Instrucción Pública.

C. 1936-1976

Ya entrado Venezuela en el siglo XX, en 1936, comienza el proceso de transformación del Estado Venezolano, que de “Estado Liberal-Burgués de Derecho”, pasó a configurarse como un timorato “Estado Social de Derecho” que encuentra su concreción en 1961 con la *lex superior* de ese año.

En esta evolución del Estado y la sociedad venezolana, hacia la configuración del “Estado Social de Derecho”, fue que se comenzó no sólo a fomentar las actividades económicas y sociales, sino que también se empezaron a crear y prestar “servicios públicos” y a conformarse una realidad económica y social distinta –en lo político “democracia” en lo económico “progreso”–, con una terrible consecuencia, el acrecentamiento de la “administración ministerial”, que decimonómicamente era muy reducido.

Así, a partir de 1936, la evolución ministerial comenzará un proceso gradual de ampliación, y de toma de espacios de la sociedad, para concentrarlas en el Estado, para así permitir, el fomento de las actividades económicas y sociales, la prestación de los “servicios públicos” para insertar así a Venezuela, dentro del proceso de “modernidad”.

No se olvide que es en el siglo XX Venezolano, cuando el pensamiento político, económico y jurídico asocia y vincula de forma harta estrecha el desarrollo del Estado con el desarrollo de la nación, para culminar con la consecuencia desastrosa de un Estado rico y de un país pobre⁷⁹.

79 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Discurso de instalación, Reflexiones sobre el Estado Rico y el País Pobre” en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*

En este período, se creó el “Ministerio de Comunicaciones” con competencias que antes correspondían al “Ministerio de Fomento”; el “Ministerio de Salubridad y Agricultura y Cría” que se escindió en dos, en el “Ministerio de Sanidad y Asistencia Social” y el “Ministerio de Agricultura” que justamente en ese mismo año, pasó a denominarse “Ministerio de Agricultura y Cría”.

En 1937, se creó el “Ministerio de Trabajo y Comunicaciones” con la asignación al vetusto “Ministerio de Comunicaciones” de las competencias que otrora ostentaba la “Oficina Nacional del Trabajo” adscrita al “Ministerio de Relaciones Interiores”; dicho ministerio, en 1945, de igual manera fue escindido en dos: el “Ministerio del Trabajo” y el “Ministerio de Comunicaciones”.

En 1950, una normativa de importancia, denominado “*Estatuto Orgánico de Ministerios*” creó el “*Ministerio de Justicia*”, con las competencias que en ese sector tenía el “*Ministerio de Relaciones Interiores*”; además de instaurarse un nuevo ministerio denominado “Ministerio de Minas e Hidrocarburos”, con las competencias asignadas que hasta ese momento ostentaba el “Ministerio de Fomento”.

Ahora bien, derogado el “Estatuto Orgánico de Ministerios” de 1950, por la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, es de hacer notar que de conformidad con ella, la estructura ministerial de Venezuela en dicho período en general comprendía trece (13) ministerios a saber: Relaciones Interiores, Relaciones Exteriores, Obras Públicas, Trabajo, Comunicaciones, Fomento, Minas e Hidrocarburos, Sanidad y Asistencia Social, Agricultura y Cría, Educación, justicia, Hacienda y Defensa⁸⁰.

D. 1976

Para el período de 1976 y los años subsiguientes, se pensó que era necesario un incremento mayor en las tareas de la “Administración Pública Nacional Central”, con lo cual, bajo la ampliación inusitada de funciones en el Estado, y la merma en los espacios de libertad de los ciudadanos, se

Allan R. Brewer-Carías, *Fundación de Estudios de Derecho Administrativo* (FUNEDA), Caracas, 2004.

80 Cfr: Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Colección Estudios Jurídicos, N° 49. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, 146 pp.

comenzó a incrementar aun más el número de ministerios y de espacios de actuación del Estado.

Así de conformidad con el “Estatuto Orgánico de Ministerios”, y con los fines “paternalistas” del Estado en la Constitución de 1961, resultó “necesario” que la estructura ministerial de Venezuela, se incrementara aún más.

Por ello, y producto de estudios referidos a la necesaria “Reforma Administrativa” ocurrió que para el año de 1976, fue promulgada la Ley Orgánica de la Administración Central, que sustituyó al “Estatuto Orgánico de Ministerios” de 1950, la cual reestructuró la “administración ministerial” con un criterio sectorial más racional –debido a los aportes valiosos del profesor Allan Brewer-Carías, que llevaba años abogando por esa reforma–, con lo cual los trece (13) ministerios de 1950, se elevaron a diecisiete (17) en 1976: Relaciones Interiores; Relaciones Exteriores; Defensa; Justicia; Hacienda; Fomento; Agricultura y Cría; Energía y Minas; Educación; Sanidad y Asistencia Social; Trabajo; Transporte y Comunicaciones; Desarrollo Urbano; Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; Secretaría de la Presidencia de la República; Información y Turismo, y de la Juventud.

Llama la atención que aún cuando se incrementó el número de ministerios, se emplearon criterios sectoriales, más fundados, que permitieron incluso, la eliminación de ministerios como el de “Obras Públicas” y el de “Comunicaciones”, fusionando ambos en un solo ministerio denominado “Transporte y Comunicaciones”; igual sucedió con el “Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables”, pues con su creación, pudo crearse un nuevo ministerio conforme a un criterio sectorial: el de “Desarrollo Urbano”.

En ese año, se crearon tres nuevos Ministerios: el de “Información y Turismo” –que surgió de la eliminación de la “Oficina Central de Información”– el de la “Juventud”; y el de la “Secretaría de la Presidencia” –que implicó la desaparición de la Secretaría General de la Presidencia creada desde 1910-⁸¹.

81 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980, 670 pp Cfr. Ricardo Combellas, “La Reforma de la Administración Pública en Venezuela: Logros, Obstáculos y Fracasos” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad*

Así para 1977, la Administración Ministerial quedó organizada en diecisiete (17) ministerios a saber: Relaciones Interiores; Relaciones Exteriores; Defensa; Justicia; Hacienda; Fomento; Agricultura y Cría; Energía y Minas; Educación; Sanidad y Asistencia Social; Trabajo; Transporte y Comunicaciones; Desarrollo Urbano; Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; Secretaría de la Presidencia de la República; Información y Turismo y de la Juventud.

Esta estructura ministerial sufrió una modificación en 1984, cuando el “Ministerio de Información y Turismo”, se eliminó por la transferencia que se hizo del sector “turismo” al “Ministerio de Fomento”, además de la devolución que se hizo de las funciones de información a la “Oficina Central de Información”, que se restableció después de haber sido eliminada en 1976.

Por otra parte, en 1986, el “*Ministerio de la Juventud*” se transformó en “*Ministerio de la Familia*”⁸², en la búsqueda incesante por perfeccionar el sector de promoción y protección social que se había definido en 1972 en los debates de la reforma administrativa de esos años.

Así a partir de 1987, la “*administración ministerial*” quedó estructurada con base en dieciséis (16) Ministerios: Relaciones Interiores; Relaciones Exteriores; Defensa; Justicia; Hacienda; Fomento; Agricultura y Cría; Energía y Minas; Educación; Sanidad y Asistencia Social; Trabajo; Transporte y Comunicaciones; Desarrollo Urbano, Secretaría de la Presidencia de la República; Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y Familia.

2. Organización de las funciones administrativas en “Oficinas no Ministeriales”

Aún cuando hemos referido, el cambio ocurrido en la “Administración Pública Nacional Central” a grandes rasgos en los períodos antes advertidos, es importante destacar que paralelamente al incremento de la administración pública ministerial, a partir de finales de la década de los cincuenta comenzó un proceso de organización de las funciones administrativas en “Oficinas no Ministeriales”, lo cual en principio quería quitarle

Católica Andrés Bello n°49, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Caracas, 1994.

82 *Cfr.* Ley Orgánica de la Administración Central de 30-12-86, *Gaceta Oficial* N° 3.945, Extraordinario del 30 de Diciembre de 1986.

gran parte del monopolio a los ministerios en la “Administración Central”, cosa que no ocurrió así, pues muchas de estas oficinas no ministeriales, pasaron a formar parte luego de las grandes “burocracias” ministeriales.

3. Las Administraciones con Autonomía Funcional

Por otra parte, no sólo la estructura de la “Administración Pública” en Venezuela no se conformó con diseñar, una mejor estructura organizativa, con las fórmulas de las organizaciones ministeriales o de las oficinas presidenciales, sino que también se dirigieron esfuerzos, para la creación de los llamados órganos con autonomía funcional, respecto de todos los órganos del Estado (legislativos, ejecutivos o judiciales), tales como la “administración electoral” atribuida al Consejo Supremo Electoral;⁸³ la “administración contralora” atribuida a la Contraloría General de la República configurada como órgano auxiliar del Poder Legislativo⁸⁴ la administración del Ministerio Público atribuida a la Fiscalía General de la República⁸⁵; además del gobierno judicial⁸⁶.

Tales administraciones con autonomía funcional, se elevaron a la categoría de verdaderos órganos del Poder Público a nivel Nacional, en la Constitución de 1999, incrustados en una nueva penta-división de los “poderes”⁸⁷, la cual dispone normas relativas a los “Poderes Públicos”: Municipal, Estatal y Nacional –distribución vertical o territorial⁸⁸–; y a los órganos Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral –distribución horizontal o nacional⁸⁹–.

83 Cfr. Arts. 40 y ss., Ley Orgánica del Sufragio, *Gaceta Oficial* N° 4.059, Extraordinario de fecha 10 de noviembre de 1988.

84 Cfr. Arts. 149 y ss., Ley Orgánica de la Hacienda Nacional de fecha 15 de julio de 1938 en *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, Tomo IX, Caracas 1943, p. 780.

85 Cfr. Ley Orgánica del Ministerio Público, *Gaceta Oficial* N° 1.434 Extraordinario de fecha 16 de septiembre de 1970.

86 Cfr. Arts. 34 y 118 y ss, Ley Orgánica del Poder Judicial, *Gaceta Oficial* N° 1.376, Extraordinario de fecha 17 de febrero de 1979. Cfr. Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial* N° 34.068, de 7-10-88

87 Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

88 Cfr. Art. 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

89 *Ibidem*

Así pues, la “administración electoral” conforme a la Constitución de 1999, está atribuida al Consejo Nacional Electoral como “Poder Electoral”⁹⁰; la “administración contralora” atribuida a la Contraloría General de la República⁹¹ ahora integrada en el “Poder Ciudadano”⁹² conjuntamente con la “administración” del Ministerio Público atribuida a la Fiscalía General de la República⁹³; y la novísima “administración” de la Defensoría del

90 La Constitución en su artículo 292, dispone que “El Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, son organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva”. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

91 La Constitución en su artículo 287 dispone que “La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control”. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

92 La Constitución en su artículo 273 reza que “El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por períodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida. El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable”. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

93 La Constitución en su artículo 284 dispone que: “El Ministerio Público estará bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal o la Fiscal General de la República, quien ejercerá sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios o funcionarias que determine la ley”. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

Pueblo⁹⁴, además del gobierno del “Poder Judicial” a cargo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.⁹⁵.

4. La Evolución de la Administración Descentralizada

Puede decirse, que aun cuando, la estructura ministerial en el siglo XX, comienza a florecer, acarreado una gran “burocracia” descontrolada a nivel central, ciertamente a partir de la década de los años setenta, paralelamente aconteció en nuestro país, un fenómeno de una gran “Revolución Administrativa” a través de la aparición de la llamada “administración descentralizada” que comenzó a tomar importancia real.⁹⁶

Así pues, el desarrollo de la “administración descentralizada” y el estancamiento, hasta 1976, de la estructura ministerial, acarrió que el núcleo de la “Administración Central del Estado”, fuese desplazado por

94 La Constitución en su artículo 280 reza que “La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas”. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

95 La Constitución en su artículo 267 refiere que “Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial. La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley. El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”. *Cfr.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009.

96 *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías, *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, 2ª edición, Colección Estudios Jurídicos, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, 372 pp. *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías “El Régimen de Competencia entre Empresas Públicas y Empresas Privadas en el Sistema Económico Venezolano” en *Ponencias Venezolanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado (Budapest, Hungría, 23/28 agosto de 1978, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978, pp. 261-300.*

el fenómeno universal de crecimiento generalmente inorgánico de la administración descentralizada, es decir, de los “establecimientos públicos”, (Institutos Autónomos y Empresas del Estado).

Este proceso, sin lugar a dudas, también se inscribe en el paulatino desmontaje del Estado Liberal tradicional (Estado de Derecho y Estado Mínimo), para la consecución del “Estado Social de Derecho” que no es “Estado Mínimo” y por ello es incontrolable, por ello quizás, para darle cauce a las ideas de “intervención” y “fomento” por parte de la administración en la economía y en las actividades de los ciudadanos, se “interpretó”, que la estructura tradicional ministerial del Estado liberal, no era apta para asumir los nuevos cometidos que las exigencias económicas y sociales le demandaban, con lo cual se optó por establecer una estructura administrativa paralela a la administración central⁹⁷, que no era mas que la reputada “administración descentralizada”⁹⁸.

Ahora bien, aun cuando, esta “administración central ministerial”, en parte estuvo separada de la llamada “administración descentralizada” en sus comienzos, hubo que implementar y así sucedió, diversos correctivos, que permitieran la “sectorialización” de la actividad de la “administración descentralizada”, injertando la misma a la estructura ministerial, a través de su adecuada adscripción y sujeción programática a los ministerios del

97 La llamada “administración descentralizada”, tuvo un crecimiento exponencial importante, incluso su aparición significó sin lugar a dudas, una revolución administrativa, con lo cual los esquemas del derecho administrativo en materia de organización administrativa, tuvieron que estudiarse mas a fondo. Las “formas organizativas”, empleadas en caso de la “administración descentralizada”, fue y sigue siendo diversa, pues los institutos autónomos y las empresas del Estado, en la mayoría de los casos, competían con la estructura ministerial, con lo cual los “fines del Estado Social de Derecho”, en algunos casos se interpretó que estaban mejor garantizados por esta “administración descentralizada”. La razón de ello estribaba en que las formas de la actividad administrativa empleadas por esta “administración” escapaba a las actividades tradicionales de “policía”, “fomento” y “servicio público”, pues en muchos casos se dirigía hacia las de “gestión económica”, en las cuales el Estado asumía la realización directa de actividades industriales o comerciales, con carácter de exclusividad y en muy pocos por no decir inexistentes casos, en concurrencia con los particulares.

98 Cfr. Decreto N° 401 de 14-12-84 reformado por Decreto N° 677 de 21-6-85, *Gaceta Oficial* N° 3.574, Extraordinario de 21-6-85. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Colección Estudios Jurídicos, N° 49. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, 146 pp.

sector correspondiente a los cuales la “administración descentralizada” estuviere abocado.

Aún así, la estructura ministerial, es pertinente referir, que jamás estuvo en riesgo, y aún cuando, ciertamente la “administración descentralizada” originó problemas de coordinación y control con estos, y pudo significar pérdida de poder a la estructura ministerial, lo cierto, es que debido a la vocación centralista de poder en Venezuela, tal “amenaza” fue mas bien teórica que real, pues con el devenir de los años, el poder ministerial, se transformó aún mas en el mas importante dentro de la estructura formal de la “*Administración Pública*”.

IV. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MINISTERIOS 1999-2009

En ésta última parte de este estudio, pueden apreciarse, las consideraciones otrora efectuadas, pues es en esta última década de nuestra historia como República –¿libre o independiente?–, que la administración ministerial ha cobrado una importancia y un acrecentamiento riesgoso para el futuro económico del país y también para los derechos y libertades ciudadanas.

Para apreciar ese incremento, comenzamos por comparar la situación pre-constitucional, ya que por ejemplo, en la *Ley Orgánica de la Administración Central*⁹⁹ de 1995¹⁰⁰, se preveían dieciséis (16) Ministerios (art. 2); los cuales eran los siguientes: Relaciones Interiores (art. 24); Relaciones Exteriores (art.25); Hacienda (art. 26); Defensa (art.27); Industria y Comercio (art. 28); Educación (art. 29); Sanidad y Asistencia Social (art. 30); Agricultura y Cría (art. 31); Trabajo (art.32); Transporte y Comunicaciones (art.33); Justicia (art.34); Energía y Minas (art.35); Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (art.36); Desarrollo Urbano (art.37); Familia (art.38) y de la Secretaría de la Presidencia (art.39).

99 La *Ley Orgánica de la Administración Central* y sus reformas, fueron ejercidas de conformidad con la atribución del ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución de 1961 y de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 1° de la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público de fecha 22 de abril de 1999, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.687 de fecha 26 de abril de 1999.

100 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Central, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.025 del 20 de diciembre de 1995.

A. La Evolución de la Administración Ministerial conforme a la Constitución de 1999

La pre-constitucional *Ley Orgánica de la Administración Central*, tuvo que adaptarse al modelo consagrado en la Constitución de 1999, con lo cual, tuvo que ser derogada por la *Ley Orgánica de la Administración Pública*¹⁰¹, la cual desarrolló los principios constitucionales relativos a la “Administración Pública”, estipulados en la Constitución de 1999 (art. 141).

Las consideraciones otrora efectuadas, cobran importancia en esta última década de nuestra historia como República, ya que la administración ministerial ha cobrado un valor y un acrecentamiento riesgoso para el futuro económico del país y también para los derechos y libertades ciudadanas.

Sin embargo, esto no fue advertido, y es por ello, que se plasmó constitucionalmente una norma, que más bien no cabe duda, que permite un incremento mayor en la “*administrativización*” de la sociedad, como es la competencia atribuida en la Constitución (art. 236,20) al Presidente de la República para que en Consejo de Ministros y a tenor de la Ley pueda:

...fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Esta “*Ley Orgánica respectiva*”, sancionada por la Asamblea Nacional, que señala la Constitución, es precisamente, la que ha sido ya mencionada y sancionada por el órgano legislativo nacional, como lo es la *Ley Orgánica de la Administración Pública*¹⁰².

101 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001

102 Cfr. Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001. Esta Ley ha sido derogada por la Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 del 31 de Julio de 2008. Cfr. Allan R. Brewer-Carías “El Sentido de la Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública” en *Revista de Derecho Público*, N° 115, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 155-161.

Tal y como advertíamos antes, no se puede olvidar que la Constitución de 1999, le confirió la titularidad para la organización de la “Administración Pública Central Nacional” al Presidente de la República, modificando sustancialmente, el régimen establecido sobre el particular en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y en lo establecido en la tradición constitucional que corría desde el siglo XIX, que rigidizaba la organización ministerial a la ley.

Tal potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, ha sido reforzada, por la *Ley Orgánica de la Administración Pública*, la cual ahondó la facultad para fijar, mediante decreto, el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, así como sus entes adscritos, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en dicha ley (art. 58).

Ahora bien, tal facultad, respaldada constitucionalmente, es la que ha permitido, sin ninguna duda, una evolución ministerial, que se ha incrementado paulatinamente desde el año 2001 hasta el presente (2009), con lo cual, destacaremos esa evolución de seguidas.

Haciendo uso el Ejecutivo de esta nueva potestad, en 2001, se dictó el *Decreto N° 1.475 de fecha 17 de octubre*¹⁰³ en el cual se regularon catorce (14) ministerios (art. 1), enumerándose sus competencias: del Interior y Justicia (art. 2); Relaciones Exteriores (art. 3); Finanzas (art. 4); Defensa (art. 5); Producción y el Comercio (art. 6); Educación, Cultura y Deportes (art. 7); Salud y Desarrollo Social (art. 8); Trabajo (art. 9); Infraestructura (art. 10); Energía y Minas (art. 11); Ambiente y de los Recursos Naturales (art. 12); Planificación y Desarrollo (art. 13); Ciencia y Tecnología (art. 14) y Secretaría de la Presidencia (art. 15), en los mismos términos de la derogada *Ley Orgánica de la Administración Central*¹⁰⁴; sin embargo, por otro *Decreto de fecha 8 de enero de 2002*¹⁰⁵, se incrementó el número

103 *Cfr.* Decreto N° 1.475, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001

104 *Cfr.* Ley Orgánica de la Administración Central, *Gaceta Oficial* N° 36.807 del 14 de octubre de 1999.

105 *Cfr.* Decreto N° 1.634, mediante el cual se dicta la Reforma del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta*

de Ministerios (art. 1), que de catorce (14) como en el año 1999, pasaron a ser dieciséis (16) como en 1995; al preverse los de Interior y Justicia (art. 2); Relaciones Exteriores (art. 3); Finanzas (art. 4); Defensa (art. 5); Producción y el Comercio (art. 6); Educación, Cultura y Deportes (art. 9); Salud y Desarrollo Social (art. 10); Trabajo (art. 11); Infraestructura (art. 12); Energía y Minas (art. 13); Ambiente y de los Recursos Naturales (art. 14); Planificación y Desarrollo (art. 15); Ciencia y Tecnología (art. 16); Secretaría de la Presidencia (art. 17), pero incorporando los Ministerios de Agricultura y Tierras (art. 7) y el Ministerio de Educación Superior (art. 8).

En una re-impresión del *Decreto N° 1.634*¹⁰⁶ de fecha 8 de enero de 2002 no hubo cambios sobre el particular, mas si en otro *Decreto N° 1.928 de fecha 19 de agosto de 2002*¹⁰⁷, en el cual se incorporó otro ministerio más (art. 1 y 18), denominado “Comunicación e Información” llegándose a diecisiete (17) Ministerios.

En otro *Decreto N° 2.083 de fecha 2 de noviembre*¹⁰⁸ del 2002, se redujeron los ministerios de diecisiete (17) a dieciséis (16), al eliminarse el “Ministerio de la Secretaría de la Presidencia” (art. 5), aún cuando en el último *Decreto N° 2.141*¹⁰⁹ de ese año, no hubo cambios sobre el particular, y permaneció ese número de ministerios con un promedio de dieciséis (16).

En un *Decreto N° 2.360 de fecha 9 de abril*¹¹⁰ del año 2003, no hubo cambios sobre el número de los ministerios (art. 5), más si en las competencias sobre varios ministerios como el de Infraestructura (art. 16), el de Ambiente y de Recursos Naturales y Renovables (art. 18) y el de Planificación y Desarrollo (art. 19).

*Oficial*N° 37.359 del 8 de enero de 2002

106 *Cfr.* Decreto N° 1.634, mediante el cual se dicta la Reforma del Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial*N° 37.362 del 11 de enero de 2002

107 *Cfr.* Decreto N° 1.928 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 37.509 del 20 de agosto de 2002

108 *Cfr.* Decreto N° 2.083, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial*N° 37.562 del 4 de noviembre de 2002

109 *Cfr.* Decreto N° 2.141 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial*N° 37.576 del 22 de noviembre de 2002

110 *Cfr.* Decreto N° 2.360, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 37.672 del 15 de abril de 2003

Pero en el año 2004, en un primer *Decreto N° 2.937 de fecha 25 de mayo de 2004*¹¹¹, no se varió el número de Ministerios (art. 5), mas si se le cambió el nombre alguno de ellos, ya que se eliminó la denominación, “Educación, Cultura y Deportes” por la denominación de “Educación y Deportes” (art. 5 y 13).

Sin embargo, por un posterior *Decreto N° 3.125 de fecha 15 de septiembre de 2004*¹¹², se volvió a aumentar el número de ministerios que de dieciséis (16) pasaron a ser dieciocho (18), ya que se crearon los Ministerios de: “Economía Popular” (art. 5 y 22) y “Alimentación” (art. 5 y 23), aun cuando en ese mismo Decreto, se modificaron las competencias del “Ministerio de Agricultura y Tierras” (art. 11) e “Infraestructura” (art. 16).

Luego hubo una re-impresión por “errores materiales” del *Decreto N° 3.125 de fecha 21 de septiembre de 2004*¹¹³ y otro *Decreto N° 3.326 de fecha 12 de diciembre de 2004*¹¹⁴ que no variaron la estructura ministerial.

Pero en 2005, por *Decreto N° 3.416 de fecha 11 de enero de 2005*¹¹⁵ se incrementó nuevamente el número de ministerios (art. 5), que de dieciocho (18), pasaron a ser veinte (20), y se modificaron muchos de los nombres de los ministerios.

Así pues, en dicho Decreto, se establecieron, los ministerios de la siguiente forma: Interior y Justicia (art. 5 y 6) ; Relaciones Exteriores (art. 5 y 7); Finanzas (art. 5 y 8); Defensa (art. 5 y 9); Industrias Ligeras y Comercio –antes “Producción y el Comercio”– (art. 5 y 10); Industrias Básicas y Minería –antes “Energía y Minas”– (art. 5 y 11); Agricultura y Tierras (art. 5 y 13); Educación Superior (art. 5 y 14); Educación y Deportes (art. 5 y 15); Salud y Desarrollo Social (art. 5 y 16); Trabajo (art. 5 y 17);

111 *Cfr.* Decreto N° 2.937, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 37.945 del 25 de mayo de 2004

112 *Cfr.* Decreto N° 3.125 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.024 del 16 de septiembre de 2004

113 *Cfr.* Decreto N° 3.125 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* / N° 38.027 del 21 de septiembre de 2004

114 *Cfr.* Decreto N° 3.336 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.086 del 14 de diciembre de 2004

115 *Cfr.* Decreto N° 3.416 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.109 del 18 de enero de 2005

Infraestructura (art. 5 y 18); Ambiente y de los Recursos Naturales (art. 5 y 20); Planificación y Desarrollo (art. 5 y 21); Ciencia y Tecnología (art. 5 y 22); Comunicación e Información (art. 5 y 23); Economía Popular (art. 5 y 24); Alimentación (art. 5 y 25) y los nuevos de Energía y Petróleo –antes “Energía y Minas”– (art. 5 y 19) y Turismo (art. 5 y 12).

Dicho Decreto, tuvo una primera modificación¹¹⁶ y luego una segunda¹¹⁷, pero no en lo referente a la estructura ministerial, y aunque hubo dos re-impresiones por “errores materiales” al Decreto N° 3.416 de fecha 11 de enero de 2005¹¹⁸ en ese año, hubo una gran inestabilidad ministerial, pues en un cuarto Decreto N° 3.464 de fecha 9 de febrero de 2005¹¹⁹ se incrementó el número de ministerios de veinte (20) a veintiuno (21), al agregar uno nuevo el “Ministerio de Cultura” (art. 5 y 26), mientras que en un quinto Decreto N° 3.570 de fecha 8 de abril de 2005¹²⁰ se aumentó el número de ministerios de veintiuno (21) a veintidós (22), al agregar un “Ministerio para la Vivienda y Hábitat” (art. 5 y 27), manteniéndose la denominación de los demás Ministerios: Interior y Justicia (art. 5 y 6) ; Relaciones Exteriores (art. 5 y 7); Finanzas (art. 5 y 8); Defensa (art. 5 y 9); Industrias Ligeras y Comercio –antes “Producción y el Comercio”– (art. 5 y 10); Industrias Básicas y Minería –antes “Energía y Minas”– (art. 5 y 11); Turismo (art. 5 y 12); Agricultura y Tierras (art. 5 y 13); Educación Superior (art. 5 y 14); Educación y Deportes (art. 5 y 15); Salud y Desarrollo Social (art. 5 y 16); Trabajo (art. 5 y 17); Infraestructura (art. 5 y 18); Energía y Petróleo –antes “Energía y Minas”– (art. 5 y 19); Ambiente y de los Recursos Naturales (art. 5 y 20); Planificación y Desarrollo (art. 5 y 21); Ciencia y Tecnología (art. 5 y 22); Comunicación e Información (art. 5 y 23); Economía Popular (art. 5 y 24); Alimentación (art. 5 y 25); Cultura (art. 5 y 26) y el nuevo de Vivienda y Hábitat (art. 5 y 27).

116 Cfr. Decreto N° 3.416 Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.111 del 20 de enero de 2005

117 Cfr. Decreto N° 3.416 Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.112 del 21 de enero de 2005

118 Cfr. Decreto N° 3.416 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.109 del 18 de enero de 2005

119 Cfr. Decreto N° 3.464 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.124 del 10 de febrero de 2005

120 Cfr. Decreto N° 3.570 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.162 del 8 de abril de 2005

En un sexto *Decreto N° 3.464 de fecha 9 de febrero de 2005*¹²¹, se eliminó el recién creado “Ministerio para la Vivienda y Hábitat”, reduciendo los ministerios nuevamente de veintidós (22) a veintiuno (21), para que en un séptimo *Decreto N° 3.753 de fecha 11 de julio de 2005*¹²², se volviera a crear de nuevo el “Ministerio para la Vivienda y Hábitat” aumentando otra vez los ministerios de veintiuno (21) a veintidós (22), aun cuando en este Decreto por vez primera se creó un nuevo ministerio denominado “Participación Popular y Desarrollo Social” (art. 5 y 28), llevándose a veintitrés (23) los ministerios en total, modificándose en ese Decreto también las competencias del “Ministerio de Salud”, antes denominado “Salud y Desarrollo Social” (art.16).

Es importante resaltar, que hubo una “re-impresión” del anterior Decreto N° 3.753 de fecha 11 de julio de 2005¹²³ ese año, pero no varió en nada lo relativo a la estructura ministerial.

Sin embargo, en el 2006, a través del Decreto N° 4.276 de fecha 13 de febrero¹²⁴, nuevamente se volvió a crear el “Ministerio del Despacho de la Presidencia” (art. 5 y 29), antes denominado “Secretaría de la Presidencia”, llevándose a veinticuatro (24) ministerios.

En dicho Decreto se modificaron las competencias del “Ministerio de Comunicación e Información” (art.5 y 23), pero si llama la atención que este Decreto, fue re-impreso¹²⁵ y aunque en el no se varió absolutamente nada, si se hicieron cambios en el Decreto N° 4.595 de fecha 12 de junio de 2006¹²⁶, en el cual se dispusieron veinticuatro (24) ministerios, de la siguiente manera: Despacho de la Presidencia; (arts. 5 y 6); Interior y Justicia (arts. 5 y 7); Relaciones Exteriores (arts. 5 y 8); Finanzas (arts. 5 y 9); Defensa (arts. 5 y 10); Industrias Ligeras y Comercio (arts. 5 y 11);

121 *Cfr.* Decreto N° 3.464 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.124 del 10 de febrero de 2005

122 *Cfr.* Decreto N° 3.753 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.262 del 31 de agosto de 2005

123 *Cfr.* Decreto N° 3.753 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.316 del 17 de noviembre de 2005

124 *Cfr.* Decreto N° 4.276 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.386 del 23 de febrero de 2006

125 *Cfr.* Decreto N° 4.276 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *Gaceta Oficial* N° 38.454 del 8 de junio de 2006.

126 *Cfr.* Decreto N° 4.595 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 38.464 del 22 de junio de 2006

Industrias Básicas y Minería (arts. 5 y 12); Turismo (arts. 5 y 13); Agricultura y Tierras (arts. 5 y 14); Educación Superior (arts. 5 y 15); Educación y Deportes (arts. 5 y 16); Salud (arts. 5 y 17); Trabajo y Seguridad Social –antes denominado “Trabajo”– (arts. 5 y 18); Infraestructura (arts. 5 y 19); Energía y Petróleo (arts. 5 y 20); Ambiente (arts. 5 y 21); Planificación y Desarrollo (arts. 5 y 22); Ciencia y Tecnología (arts. 5 y 23); Comunicación e Información (arts. 5 y 24); Economía Popular (arts. 5 y 25); Alimentación (arts. 5 y 26); Cultura (arts. 5 y 27); Vivienda y Hábitat (arts. 5 y 28) y de Participación Popular y Desarrollo Social (arts. 5 y 29).

Un cuarto Decreto N° 5.022 de fecha 27 de noviembre de 2006¹²⁷ incrementó aún más los ministerios, los cuales llegaron a veinticinco (25) al crear un nuevo ministerio denominado de “Deportes” (arts. 5 y 30), modificándose también sus competencias (art. 16).

En el 2007, el Decreto N° 5.103 de fecha 28 de diciembre de 2006¹²⁸, incrementó a veintisiete (27) los ministerios, al crear dos (2) ministerios más, el de “Telecomunicaciones y la Informática” y el de los “Pueblos Indígenas”, conteniendo una “novedad” mas, y es que contiene la particularidad y el hecho histórico, de que se cambió la denominación de todos los ministerios agregándoles la frase de “Ministerio del Poder Popular Para”¹²⁹, los cuales a partir de esa fecha han pasado a denominarse hasta

127 *Cfr.* Decreto N° 5.022, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 4.595, de fecha 16 de junio de 2006, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.464, de fecha 22 de junio de 2006, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, Gaceta Oficial N° 38.574 del 29 de noviembre de 2006

128 *Cfr.* Decreto N° 5.103 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 5.836 Extraordinario del 8 de enero de 2007.

129 Este llamado “Poder Popular” estaba referido en la Propuesta de “Reforma Constitucional”, y en la misma se decía entre otras cosas que “El Poder Público se distribuye territorialmente en la siguiente forma: el Poder Popular, el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. Con relación al contenido de las funciones que ejerce, el Poder Público se organiza en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Éste no nace del sufragio ni de elección alguna, sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población. El Poder Popular se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores y pescadoras, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y adultas mayores, consejos de mujeres,

el actual Decreto N° 6.732 de fecha 2 de Junio de 2009¹³⁰: Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia (arts. 5 y 6); Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia (arts. 5 y 7); Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores (arts. 5 y 8); Ministerio del Poder Popular para las Finanzas (arts. 5 y 9); Ministerio del Poder Popular para la Defensa (arts. 5 y 10); Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio (arts. 5 y 11); Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (arts. 5 y 12); Ministerio del Poder Popular para el Turismo (arts. 5 y 13); Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras (arts. 5 y 14); Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior (arts. 5 y 15); Ministerio del Poder Popular para la Educación (arts. 5 y 16); Ministerio del Poder Popular para la Salud (arts. 5 y 17); Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social (arts. 5 y 18); Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura (arts. 5 y 19); Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo (arts. 5 y 20); Ministerio del Poder Popular para el Ambiente (arts. 5 y 21); Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo (arts. 5 y 22); Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología (arts. 5 y 23); Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información (arts. 5 y 24); Ministerio del Poder Popular para la Economía Popular (arts. 5 y 25); Ministerio del Poder Popular para la Alimentación (arts. 5 y 26); Ministerio del Poder Popular para la Cultura (arts. 5 y 27); Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat (arts. 5 y 28); Ministerio del Poder Popular para la Participación y Desarrollo Social (arts. 5 y 29); Ministerio del Poder Popular para el Deporte (arts. 5 y 30); Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (arts. 5 y 31) y Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas (arts. 5 y 32).

consejos de personas con discapacidad y otros entes que señale la ley.” Cfr. Art. 136 del “Proyecto de Reforma Constitucional”. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección textos legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, 224 pp. Acotamos que siendo la propuesta de “Reforma Constitucional” rechazada por el soberano, no se entiende por qué los ministerios son denominados así, cuando en la Constitución de 1999, no se establece ningún “Poder Popular”.

130 Cfr. Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

En ese mismo año 2007, hubo otro Decreto N° 5.246 de fecha 20 de marzo de 2007¹³¹ que mantuvo los veintisiete (27) ministerios anteriores.

Ahora bien, y ante este exceso de Decretos, recientemente en el 2009, mediante el Decreto N° 6.626 de fecha 3 de marzo de 2009¹³², el Ejecutivo Nacional en cabeza del Presidente de la República, “redujo” los ministerios, de veintisiete (27) a veinticinco (25), al disponer dicho Decreto los ministerios “del Poder Popular para”: Despacho de la Presidencia (arts. 5 y 6); Relaciones Interiores y Justicia (arts. 5 y 7); Relaciones Exteriores (arts. 5 y 8); Economía y Finanzas –antes “Finanzas”– (arts. 5 y 9); Defensa (arts. 5 y 10); Comercio –antes “Industrias Ligeras y Comercio”– (arts. 5 y 11); Industrias Básicas y Minería (arts. 5 y 12); Turismo (arts. 5 y 13); Agricultura y Tierras (arts. 5 y 14); Educación Superior (arts. 5 y 15); Educación (arts. 5 y 16); Salud y Protección Social –antes “Salud”– (arts. 5 y 17); Trabajo y Seguridad Social (arts. 5 y 18); Obras Públicas y Viviendas –antes “Infraestructura” (arts. 5 y 19); Energía y Petróleo (arts. 5 y 20); Ambiente (arts. 5 y 21); Planificación y Desarrollo (arts. 5 y 22); Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias -antes “Ciencia y Tecnología” (arts. 5 y 23); Comunicación y la Información (arts. 5 y 24); Comunas –antes denominado “Economía Popular”- (arts. 5 y 25); Alimentación (arts. 5 y 26); Cultura (arts. 5 y 27); Deporte (arts. 5 y 28); Telecomunicaciones y la Informática (arts. 5 y 29) y Pueblos Indígenas (arts. 5 y 20). Reducción valga acotar, que operó con la eliminación del “Ministerio de Vivienda y Hábitat y Participación y Desarrollo Social”.

Pero esta reducción, la verdad fue desmentida luego, pues posteriormente por Decreto N° 6.663 de fecha 2 de abril de 2009¹³³, se creó un nuevo ministerio denominado “del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género”, respaldado luego en el Decreto N° 6.670 de fecha

131 *Cfr.* Decreto N° 5.246 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 38.654 del 28 de marzo de 2007.

132 *Cfr.* Decreto N° 6.626, mediante el cual se dicta el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.130 del 3 de marzo de 2009.

133 *Cfr.* Decreto N° 6.663, mediante el cual se crea el Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género, *Gaceta Oficial* N° 39.156 del 13 de abril de 2009.

22 de abril de 2009¹³⁴, en el cual se establecían los veintiséis (26) ministerios, aún cuando se eliminó otro ministerio, a través del Decreto N° 6.707¹³⁵ en el cual se suprimió el “Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática”, y en donde de igual forma, se establecieron las competencias de los ministerios del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias y para las Obras Públicas y Vivienda, los cuales gozarán de algunas de las competencias que el ministerio suprimido ostentaba.

Así, y de conformidad con este Decreto N° 6.707, el ejecutivo dictó otro Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional (Decreto N° 6.732 de fecha 2 de Junio de 2009¹³⁶), en el cual se establecen los veinticinco (25) ministerios hasta entonces existentes, los cuales son, los “Ministerios del Poder Popular para”: Despacho de la Presidencia; Relaciones Interiores y Justicia; Relaciones Exteriores; Economía y Finanzas; Defensa; Comercio; Industrias Básicas y Minería; Turismo; Agricultura y Tierras; Educación Superior; Educación; Salud-antes Salud y Protección Social- ; Trabajo y Seguridad Social; Obras Públicas y Viviendas; Energía y Petróleo; Ambiente; Planificación y Desarrollo; Tecnología e Industrias Intermedias; Comunicación y la Información; Comunas y Protección Social –antes Comunas–; Alimentación; Cultura; Deporte; Pueblos Indígenas y Mujer y la Igualdad de Género.

Debe destacarse que este Decreto N° 6.732 de fecha 2 de Junio de 2009¹³⁷, “redujo” el incremento de los ministerios, pero una reducción

134 *Cfr.* Decreto N° 6.670 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.163 del 22 de abril de 2009

135 *Cfr.* Decreto N° 6.707 mediante el cual se ordena la supresión del Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, y en consecuencia se establecen las competencias de los ministerios del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias y para las Obras Públicas y Vivienda, en los términos que en él se indican, *Gaceta Oficial* N° 39.178 del 14 de mayo de 2009. Este Decreto tenía un solo objetivo y era político, pasar la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) al Ministerio de Obras Públicas y Vivienda.

136 *Cfr.* Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

137 *Cfr.* Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, *Gaceta Oficial* N° 39.202 de fecha 17 de junio de 2009.

claramente nugatoria, máxime si se observa la increíble cantidad de ministerios –¡veinticinco (25)!– lo cual en un hecho sin precedentes en nuestra historia, que de por sí nos invita re-pensar, si la conformación de estos ministerios, ha obedecido, a un criterio organizativo, sectorial serio, que permita “desburocratizar” la administración, o si por el contrario, como hemos afirmado en este estudio, obedece a un plan de “confiscar” por completo todos los espacios sociales, para “estatizarlos”, y controlarlos desde el poder central, mucho mas cuando se aduce falsamente que se busca la optimización de la estructura organizativa del Estado, buscando medidas tendentes a la utilización racional de los recursos públicos para aunar esfuerzos en la lucha contra el burocratismo y la ineficiencia, lo que dista precisamente, en estos Decretos que hacen es perfeccionar eso mismo contra lo que “pretenden luchar”.

REFLEXIONES FINALES

Así pues, el presente trabajo pretende cumplir con cada uno de los objetivos que se planteó “momentáneamente”, cual fue el de mostrar cómo paralelamente al incremento de los ministerios, se desea “administrativizar” o “estatizar” todo, con el riesgo mas que evidente de pérdida de la libertad de los ciudadanos.

Por ello, y conforme a lo anteriormente expuesto pueden formularse las siguientes conclusiones adicionales a las ya comentadas:

La primera, es que el incremento ocurrido de los ministerios, no tiene orden ni concierto, pues no obedece a ningún criterio organizativo y de diseño sectorial, sino que es evidente que está presente la improvisación, pues no tiene ningún sentido económico ni político aumentar los ministerios de la forma en que ha venido ocurriendo; si muchos de los existentes, pueden asumir perfectamente esas tareas que se le pretenden asignar hacia otros ministerios, máxime si se toma en cuenta que tal incremento de ministerios implica un aumento en el gasto de la República y la mayor de las veces superan con creces dichos gastos, las fuentes de ingresos ordinarios que permiten sus funcionamientos.

La segunda, es que además de la titularidad que dispone la Constitución de 1999 (art. 236,20) en cabeza del Presidente de la República en Consejo de Ministros, para fijar el número, organización y competen-

cia de los ministerios y otros organismos de la “Administración Pública Nacional Central”, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente Ley Orgánica, también la *norma normarum*, permite a la Asamblea Nacional autorizar al Presidente por medio de una ley habilitante, a ejercer las funciones legislativas (arts. 203 y 236,8) sin límites materiales *prima facie*, al no restringirla a materias de índole económica y financiera como disponía la constitución de 1961, lo que se convierte en una ley de plenos poderes que le permite incluso con el aval de la “Jurisdicción Constitucional” a legislar mediante Decretos-Leyes Orgánicos¹³⁸.

Y la *Tercera*, es que además del poder presidencial para fijar el número, organización y competencia de los ministerios y de los otros organismos de la Administración Pública, dejando para el ámbito de la ley orgánica solamente el señalamiento de los “principios y lineamientos” para tal actividad, el mismo cuenta con poderes para organizar la “Administración Centralizada” y la “Administración Descentralizada”, excluyendo a los “Institutos Autónomos” que deben crearse mediante una ley (art. 142), aun cuando la propia Constitución dispone una posibilidad cierta, de que se autorice al Ejecutivo por Ley Nacional a crear entidades funcionalmente descentralizadas o actividades sociales y empresariales (art. 300).

Por último, resaltamos que este incremento de los ministerios, se ha traducido en la progresión de un Estado “Paternalista”, que ve en la “burocracia” su instrumento, para confiscar “actividades libres”, con lo cual la presencia omnímoda del Estado en la vida de las personas, ha iniciado un proceso muy peligroso, como lo es el de convertir a la sociedad en un Estado, dejando incluso, que paulatinamente, opere un proceso no de “huída” del derecho administrativo, sino de “retorno” del mismo, pero en parcelas, que ni los mas clásicos defensores del Estado se hubieran imaginado.

138 *Cfr.* Carlos Luis Carrillo Ariles “La paradójica situación de los Decretos Leyes Orgánicos frente a la Ingeniería Constitucional de 1999” en *Revista de Derecho Público N° 115 Julio-Septiembre 2008, Estudios sobre los Decretos Leyes*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

Apuntes para una ética de la investigación del Derecho en la era digital

Emilio J. Urbina Mendoza*

I. A MANERA DE REFLEXIÓN PRELIMINAR

Nos encontramos a finales del siglo XVIII, mejor conocido como el siglo de las luces. No es su fulgor (en sentido literal) lo que ha llevado a sus defensores bautizarle así, sino, por lo que contemporáneamente llamaríamos incandescencia de las ideas¹. Es un siglo muy prometedor, dedicado al cultivo y la especulación sobre bases en la realidad. Le imprime un acelerador al concepto de historia y sujeto histórico, muchas veces cándido, llegando a transformar las formas del ser y existir humano. En fin, es una centuria dedicada a la razón y por ende al entonces incipiente concepto de investigación científica.

Entre la nueva literatura revelada por la arquitectura racional, deslastrada del compás de las sutilezas escolásticas ad infinitum, una obra sale casi clandestina a finales de 1771. Ésta, dedica sus páginas para re-

* Profesor de Seminario Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas – Venezuela). Profesor de postgrado de la Universidad Central de Venezuela. .

1 Sobre este aspecto, véase Vincenzo FARRONE y Daniel ROCHE. *Le Monde des Lumières*. París, Editorial Fayard (1999) pp. 15-29.

velarnos la faceta oscura de la iluminación racionalista, amenazada por la fanfarronería, el adanismo y el plagio. Lleva por título *L'art de se taire, principalement en matière de religion* cuyo autor es el abate Dinouart.

Nuestro conocimiento sobre la existencia de este peculiar libro ocurrió a finales de 1999. Fortuitamente, y gracias a una extensa nota publicada por Francisco Ayala², encontramos una acuciante queja sobre el siglo ilustrado, extraviado por los desvaríos irresponsables de aficionados que usaron la pluma para pervertir la recién acuñada frase “investigación científica”. Veamos lo que explicita el propio abate en relación a lo comentado:

“(…) Hay hombres que escriben por escribir, como los hay que hablan por hablar. No hay ingenio ni propósito, ni en las palabras de unos ni en los libros de los otros: los leemos y no comprendemos nada. Estos autores no se entienden ni ellos mismos. Entonces, ¿por qué escriben? Y así, por la mala elección de las materias, o por una forma de escribir que nada significa, el mundo se llena de libros estériles e infructuosos (…). Son autores, diréis; han escrito un libro. Decid más bien que han estropeado papel, además de haber perdido su tiempo creyendo que escribían un libro. *No son, todo lo más, otra cosa que lo que eran, por no decir algo más crítico* (…). (subrayado nuestro)”

Una lectura detallada sobre este pasaje sugiere la preocupación ética del lector ilustrado, que ante el asalto inescrupuloso de los aventureros de la pluma, se siente amenazado en su confianza sobre algún aporte científico y por ende, su mismísima utilidad. Este panegírico crítico, nos hace recordar algunas ideas éticas básicas pertinentes en el tema que nos ocupa, presente en la historia del conocimiento desde Cicerón³ y el corazón mismo del escepticismo greco-latino, hasta nuestros días de postmodernidad.

A lo largo del siglo XIX, las advertencias de Dinouart se verán exponencialmente incrementadas a medida que la imprenta mejoraba sus procedimientos litográficos así como la calidad del papel y el en-

2 Francisco AYALA. “De un siglo para otro”. En: *Saber Leer. Periódico de libros*. Madrid, nº 130 [Diciembre] (1999) p. 3.

3 *De Officiis*. Libro II, 10, 36. “Nam quos improbos, maledicos, fraudulentos putant et ad faciendam iniuriam instructos, eos contemnunt quidem neutiquam sed deiis male existumant. Quam ob rem, ut ante dixi, contemnunturii, qui ‘nec sibi nec alteri’, ut dicitur, in quibus nullus labor, nulla industria, nulla cura est”.

cuadernado eras más asequible. Las universidades y academias pronto tomarían cartas en el asunto, al regular con mejores criterios científicos la validez de un libro que abordaba un tema científico. Pronto, la ética sería incorporada en las enseñanzas universitarias desde un plano menos afásico y más pragmático, casi rayando en lo existencial, en el decir de Jaspers⁴. Los círculos científicos confeccionarían reglas éticas que a lo largo del siglo XX fusionarían prácticas y costumbres en un claro código deontológico sobre la investigación científica, pues, el ideal ético de las ciencias es la generación de *confianza* en todos aquellos que se sometan a ella. Y esa confianza, sólo puede provenir de la rigidez y escrupulosidad del investigador.

Sin entrar a mencionar los códigos deontológicos que rigen sobre las investigaciones que en las artes y ciencias se llevan a cabo periódicamente, vale resaltar tres normas comunes aplicables a toda investigación científica, incluyendo, claro está, las ciencias jurídicas por muy contrarias que sean las opiniones de cierto sector doctrinal de no considerar al Derecho como una ciencia con todo el valor y sentido del vocablo⁵.

El primero de éstos imperativos éticos comunes en la investigación, curiosamente parte de las recomendaciones que la *Enciclopedia* francesa demandaba a cada uno de sus colaboradores para publicar dentro de este monumental corpus: *abordar las instituciones y voces avec le detail et la dignité qu'elle mérite*⁶. Esta exigencia implica del investigador el aporte de todo su esfuerzo para llegar al detalle, sea formulando rigurosos métodos de observación, o bien, construyendo sólidos argumentos que respondan científicamente al problema de investigación.

En segundo término, para que una investigación se repunte como científica, es menester agotar las fuentes del conocimiento, es decir, ir al fondo del problema y no transformar lo secundario en núcleo central de la investigación. Para cumplir este cometido, necesariamente el investigador debe poseer un toque de originalidad que distinga entre las con-

4 Karl JASPERS. *Vernunft und existenz*. München, R. Piper (1960) 35.

5 Julius Von KIRCHMANN. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlín, Berlage Von Julius Springer (1848). Existe traducción al castellano bajo el rótulo *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1983).

6 Dennis DIDEROT. *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et de metiers, para una Societé des gens de lettres*. París (1751).

clusiones formuladas por sus colegas y la visión propia. La originalidad ética, más allá de la sinceridad y humildad científica, impone una clara línea divisoria entre el bien y el mal, por lo menos, en lo que respecta al discurso ético moderno. Esta línea divisoria cerraba filas al momento de violarla. Aparecía la escatológica palabra *plagio*, con la cual, no sólo se imponía censura al infractor, sino, que corría como un pesado telón sobre la imagen y credibilidad del copista.

Estas tres reglas deontológicas básicas, si bien es cierto lograron atajar las preocupaciones del abate Dinouart, pronto ser verán afectadas por la irrupción de la modernidad corregida o también llamadas “modernidades reflexivas”, en el decir de Giddens⁷. El impulso de la tecnociencia, su ritmo frenético casi inalcanzable, introducen necesariamente nuevas manifestaciones del comportamiento social, modificando la noción clásica de investigación. Inclusive, en nuestra ciencia jurídica, de naturaleza dianoética y básicamente conservadora, encontrará modificaciones tanto en las prácticas investigativas del Derecho como en los hábitos de los operadores jurídicos al momento de abordar las fuentes.

Sin dejar a un lado el patrimonio ético-científico de la protomodernidad, hoy los asaltos y tentaciones al investigador de prácticas supuestamente no visibles, que alteran los resultados investigativos según las conveniencias del científico, se esconden tras los artilugios que nos facilitan la cotidianidad. Uno de ellos es la *tecnología de la informática*, la misma que a través de un formidable software modifican la realidad. Ésta por si misma es inocua, moralmente hablando, salvo, si potencializa el lado oscuro del comportamiento moderno basado en lo que Giner describe como la negociación, la componenda, el compromiso y el cálculo frío del riesgo⁸.

Pero la informática posee un vasto delta de ramificaciones. Una de las aplicaciones más impactantes en nuestra manera de ser, ha sido la creación de un mundo paralelo al real. Popularmente conocido como *Internet*, éste invento de la guerra fría, trasladado al mundo civil en los años 90 del siglo pasado, nos ha modificado las más elementales normas de conducta. Desde la reservación del ticket aéreo, pasando por las con-

7 Anthony GIDDENS. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, Editorial Taurus (2000).

8 Salvador GINER. “El rapto de la moral: mudanza de la virtud cívica en la sociedad corporativa”. En: *Revista de Occidente*. Madrid, nº 45 febrero (1985) 47.

sultas banCarías hasta la búsqueda de información para una investigación jurídica de Seminario en la universidad; Internet se ha introducido en lo más imaginable de la cotidianidad haciéndonos seres dependientes como nunca antes de nuestras propias invenciones.

Como en ninguna otra etapa de nuestra historia científica, los seres humanos hemos encontrado un refugio en lo inanimado on-line que resuelve nuestros problemas vitales y pueriles. Este nuevo *sancto sanctorum*, casi de características edenísticas, si bien ha resultado un alivio para casi todos, también, es fuente de dolores de cabeza pues su excesiva virtualidad, le han reservado amplios espacios para justificar lo éticamente injustificable, bien sea la pornografía, la apología del delito, el fraude amparado por la clandestinidad y la piratería⁹. Y lo más desdeñable de esto: *nos hemos convertido indispensablemente en seres dependientes*.

La dependencia ha creado nuevas patologías que riñen con la ética clásica, o por lo menos, con el sedimento moral heredado de la modernidad. La sumisión de la humanidad a Internet, no sólo ha venido aplicarse a la sociedad promedio, sino, hasta el mismo pretorio del mundo científico-jurídico. A diario nos alarmamos cuando comentamos entre colegas, las pesquisas sobre las fuentes usadas por nuestros alumnos en cátedra (e incluso a nivel de postgrado) cada vez que se les asigna algún trabajo de investigación. Cuando existe algo de confianza, algunos estudiantes se confiesan haberse “fusilado” la información gratuita que aparece en el ciberespacio, sin saber si la misma es fidedigna o adulterada. Total, “eso se encuentra en Internet”, tal como se oye en la popularizada frase con dimensiones globales¹⁰.

El replanteamiento que sobre las dinámicas de investigación jurídica ha ocasionado Internet, necesariamente debe analizarse desde el núcleo mismo de la ética. Muy a pesar de lo que piense el colectivo, la ética no encuentra en su vida conceptual innovaciones, sino, profundizaciones y determinantes valóricos que le imprimen fuerza en la reflexión moral. Esta afirmación nos lleva necesariamente a revisar qué puede entenderse por ética, máxime, si queremos más adelante categorizar las tentaciones que asaltan al investigador jurídico en nuestros días.

9 Sobre este aspecto, véase la editorial “La Chiesa e Internet” de la revista *Civiltà Cattolica*. Roma, Quaderno n° 3626 (2001) pp. 107-113.

10 Sobre el particular, véase Gianpaolo SALVINI. “Etica e Globalizzazione”. En: *Civiltà Cattolica*. Roma, Quaderno n° 3629 (2001) pp. 390-400.

2. LA ÉTICA Y LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO. UNA ECUACIÓN CLÁSICA DE DIFÍCIL PRECISIÓN

Abordar el concepto de la ética y su relación con la actividad investigadora, de una manera apriorística, puede no ser muy enriquecedor, tal como afirma José Luis Aranguren en su clásico tratado de ética¹¹. Para aproximarnos debemos precisar las dimensiones que puede encerrar dicho concepto, lo cual se maximiza cuando nos movemos dentro de uno de los conceptos más sintagmáticos y que más disensos han provocado a lo largo de la historia.

Etimológicamente, la palabra *ética* (*ηθική επιστημηταηθικά*), según explica Aranguren¹², procede del vocablo *ethos* (*ηθος*) el cual posee dos connotaciones fundamentales de las cuales se servirá el concepto contemporáneo de la ética, siendo así: A. Residencia, morada. B. El pensar que afirma la morada.

Al hablar de la morada, las etimologías invitan a pensar sobre cierto análisis, referido a la actividad humana frente a lo que rodea. Marciano Vidal, comenzará por establecer que la ética consiste fundamentalmente en una pregunta que posee dos vertientes¹³: ¿Qué es lo bueno? (polaridad objetiva) y ¿Qué debo hacer? (polaridad subjetiva) para realizar la bondad objetiva.

La ética será entonces *la reflexión sobre la vida moral*, es decir, todo el conjunto de discernimientos racionales sobre el destino y uso de nuestra libertad, que intenta averiguar cómo vivir mejor en el decir de Savater¹⁴. Sin embargo, esa búsqueda no se realiza por el puro cálculo felicífico, como lo pregonó el utilitarismo de Mill, sino que se esfuerza por la necesaria responsabilidad que exige cualquier acto humano¹⁵, por más insignificante que parezca. De allí el por qué se dificulta una precisión quirúrgica del concepto de la ética que nos satisfaga a todos y para todos.

11 José Luis ARANGUREN. *Ética*. Madrid, Editorial Alianza (1985) 20.

12 José Luis ARANGUREN. *Ob. Cit.*, pág. 21.

13 Marciano VIDAL. *La ética civil y la moral cristiana*. Madrid, Editorial San Pablo (1995) 11.

14 Fernando SAVATER. *Ética para Amador*. Barcelona, Editorial Ariel (1992) 76.

15 Paulina GÓMEZ BARBOZA. "El hecho de la ética en el ejercicio de la función judicial". En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso, Asociación Chilena de Filosofía del Derecho (1998) 85.

El objeto material de la ética partiendo de la aproximación conceptual reseñada, serán los *actos humanos analizados desde su dimensión moral*, lo cual implica que la ética no prescribe de modo inmediato lo que dichos actos deben hacer¹⁶, sino cuáles serían las consecuencias en el caso de materializarse a la vida real. El objeto formal de la ética, por el contrario, es revisar la forma de moralidad sin que la ética introduzca nuevos contenidos morales, esto se traduce en que debe abocarse por proporcionar aquel procedimiento lógico que permita discernir cuándo un contenido conviene a la forma moral¹⁷.

Adela Cortina representa gráficamente en dos, las preguntas que expresan todo el universo de la preocupación ética. En primer lugar, el cuestionamiento por el bien positivo, en donde el ¿Qué podemos hacer para ser felices? ronda la reflexión central del sujeto moral. La segunda interrogante es por el sustento indispensable del bien positivo sobre el ¿Qué debemos hacer para que cada hombre se encuentre en situación de lograr su felicidad?¹⁸.

Con los avances científicos experimentados desde el siglo XVIII, hoy en día el eje de la reflexión ética se ha desplazado hacia la conjugación de la felicidad y el deber, conjugación que se estructura por medio del diálogo y que ha tomado carta de naturaleza, según Apel, bajo el rótulo de la ética discursiva¹⁹. Este desplazamiento será decisivo para la justificación de una ética de la investigación jurídica en los días de la vida en línea, donde, un sentido de profecía moderna autocumplida nos asfixia entre la falta de autenticidad, la violación a la privacidad y la quiebra del sistema moral de asignación de responsabilidades²⁰.

Recogiendo las ideas anteriores, Adela Cortina encierra en un binomio las tareas de la ética del siglo XXI, incluyendo las actividades científicas, que serán entonces:

16 Adela CORTINA. *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid, Editorial Tecnos (2000) 29.

17 Adela CORTINA. *Ob. Cit.*, pág. 63.

18 Adela CORTINA. *Ob. Cit.*, pág. 39.

19 Karl-Otto APEL. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. (Trad. de Norberto Smilg). Barcelona, Editorial Paidós (1995) 147.

20 Deborah JOHNSON. "Ética On-line. La ética en las redes informáticas". En: *Moralia*. Madrid, Instituto de Ciencias Morales, n° 20 (1997) 73-75.

A. Ocuparse de lo moral en su especificidad, sin limitarse a una moral determinada²¹.

B. Trabajar la reflexión filosófica de la moral²².

Las tareas éticas se encuadran mucho mejor con la objetividad e imparcialidad que debe demostrar el investigador en el momento de concebir sus respuestas científicas. Primero, porque a diferencia de la moral, actúa sobre la especificidad. Permite un discernimiento más seguro sobre la posición moral que asume frente al problema científico concreto, sin que deba inclinarse sobre un modelo moral predeterminado. Segundo, porque al trabajar la reflexión filosófica constante de la moral, puede el investigador en Derecho calibrar nítidamente los estándares morales que encierra determinada respuesta jurídica, sobretodo en lo que respecta a la argumentación ofrecida por los actores jurídicos naturales, los precedentes judiciales, e incluso, bajo los que él mismo dirige su enfoque particular del caso.

Reconociendo la importancia de los razonamientos anteriores, siempre es posible el asalto de patologías reales que escapen al modelo ético formal. Es el caso de la sobreabundancia de información encontrada en Internet, la cual, se multiplica más allá de la capacidad humana de comprensión y discernimiento. Así, no sólo el investigador jurídico deberá hacerle frente al asecho del fantasmagórico plagio denunciado por nuestro abate Dinouart, sino, de la indolora comodidad que encierra encontrar en un mundo virtual las respuestas a los acertijos investigativos sin la necesidad del esfuerzo bibliotecario o argumental.

A este cuadro de la era digital, se le adicionan otros factores de la tecnociencia²³ y las redes comunicacionales. A juicio de Debora Johnson²⁴, las principales características de éstas últimas que atentan contra la rigidez científica, éticamente requerida al investigador se circunscriben a:

21 Adela CORTINA. *Ob. Cit.*, pág. 31.

22 Adela CORTINA. *Ob. Cit.*, pág. 32.

23 Sobre los pormenores éticos de la tecnociencia y sus conceptualizaciones, véase Vicente GÓMEZ. "Ética y Tecnociencia". En: *Moralia*. Madrid, Instituto de Ciencias Morales, nº 20 (1997) 9-34. También, Manuel MACEIRAS. "Perspectivas éticas de la tecnociencia". En: *Moralia*. Madrid, Instituto de Ciencias Morales, nº 20 (1997) 35-54.

24 Deborah JOHNSON. *Ob. Cit.*, pág. 76.

- * *La expansión del alcance comunicacional*, barriéndose cualquier frontera física existente para el investigador. Esta primera cualidad incrementa el poder de la información. Por ejemplo, para un jurista, hoy le es fácil desde su despacho en Caracas hacer consultas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español como si estuviese in situ. Con sólo teclear en su computador la web-site del mencionado órgano jurisdiccional ibérico, tienen en sus manos el compendio completo de fallos necesarios para sus estudios. Simple y llanamente no es baladí la expresión que identifica a Internet: “tener el mundo en nuestras manos”.
- * *Reproductibilidad ilimitada*, al potencializar la posibilidad de copiar la información sin que la misma pierda valor tanto para el poseedor o el propietario²⁵. En el mundo fuera de línea, existen limitantes tanto naturales como jurídicas para poder acceder a las fuentes. En el primer orden, las distancias juegan un papel determinante, hasta el punto de enfrentar al investigador con los planos geográficos. Para la segunda categoría, existe las fronteras que fija el copyright o las patentes de invención. En el planeta *on-line*, ni valen las prohibiciones físico-espaciales-temporales, ni mucho menos los derechos de autor. Es más, hasta se la batallado por catalogar a Internet como tierra de la libertad ilimitada de información, bajo el rótulo de *software libre*²⁶.
- * *El anonimato permanente*, cuando en las comunicaciones o navegación por Internet pueden usarse tanto seudónimos, o bien, como alerta Johnson, *asumiendo múltiples personalidades*²⁷. No es extraño que este anonimato ampare que algunos asuman tanto las palabras, obras e identidades de otro, sea para beneficio propio o para dañar sin motivo aparente. El anonimato elimina el pesado estigma del plagio, quebrando poco a poco la confianza en aquellos investigadores que recurrentemente usan Internet sin criterios o limitaciones científicas. En fin, como bien lo explica Johnson, el anonimato fuera de línea

25 Deborah JOHNSON. *Ob. Cit.*, pág. 78.

26 Un claro ejemplo de la libertad ilimitada en Internet, se refleja en las directrices jurídicas del gobierno venezolano acerca de la materia. El decreto presidencial n° 3.390 del 28 de diciembre de 2004 [Publicado en Gaceta Oficial Ordinaria n° 38.095 de la misma fecha] establece las preferencias por el software libre. Sobre los pormenores del tratamiento del software libre, véase la web-site especializada del Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática: <http://www.softwarelibre.gob.ve>

27 Deborah JOHNSON. *Ob. Cit.*, pág. 77.

requiere un esfuerzo por parte del individuo que lo pretende, mientras que en línea el anonimato se le ofrece con espontánea naturalidad²⁸. De esta manera, la confianza en las ciencias se ve erosionada por un *populismo on-line* hasta niveles que pudieran hacer colapsar la estructura racional de nuestra sociedad moderna²⁹.

Estos tres condicionantes naturales de la vida en línea, si bien pareciera que sólo afectarían al ciudadano común, excepcionando al investigador consagrado que esmera su trabajo para evitar estas tentaciones; el número de escándalos asociados al abuso de Internet en investigaciones reputada de fuste, va en aumento. Recientes reportes, así como prestigiosas revistas científicas reflejan la preocupación por el tema de originalidad de las investigaciones efectuadas en los últimos años³⁰. En nuestro medio jurídico, se ha venido imponiendo el criterio de la indexación de las revistas científicas, pues, existe la sensación de que el puro arbitraje no es garantía fidedigna para certificar la rigidez de un trabajo científico. La amenaza de la filosofía del “corta y pega”, ya ha puesto en peligro la rigidez de la ciencia en algunos casos que a continuación analizaremos.

28 *Ibidem*.

29 Deborah JOHNSON. *Ob. Cit.*, pág. 83. Explica la autora en ciernes el siguiente ejemplo sobre la disminución de la confianza científica “(…)El problema de la disminución de confianza viene a colación en el caso de un grupo de mujeres participantes en un foro de discusión sobre asuntos femeninos cuando descubren que una de ellas, a la que creían una mujer mayor y soltera en silla de ruedas, era realmente un psiquiatra varón y treintañero. Estas mujeres se sintieron muy molestas e impactadas cuando se dieron cuenta de que habían compartido sus pensamientos íntimos con alguien que no era quien creían. Podemos verlo simplemente como un caso de engaño, pero esto nos haría pasar por alto un componente importante. Las participantes en el grupo de discusión habían llegado a depositar su confianza en una persona basadas en una historia de experiencias (comunicación) con ella y se sintieron traicionadas cuando descubrieron su verdadera identidad. (...)”.

30 El 30 de abril de 2007, el Diario *El Universal* de México, hizo una extensa reseña que llevó por título *¿Plagio estudiantil en Internet?* cuyo autor, Hugo Sandoval Zamora, repasaba sobre aquellas investigaciones y medidas puestas en práctica para evitar el plagio. En la referida nota de prensa, se hace mención a varios programas e instituciones que dedican sus esfuerzos por anular los efectos del anonimato en la red. Estas instituciones son la *Foundation of Information Security* [<http://www.safenet-inc.com/>]; *Turnitin* [turnitin.com/static/home.htm] o el *Copycatch* [<http://www.copycatchgold.com/>]. Para más detalles, véase <http://www.el-universal.com.mx/finanzas/57509.html> [Consulta: 8 de mayo de 2007].

3. DOS CASOS Y DOS TENTACIONES ANTIVALÓRICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA ERA DIGITAL: EL PROTAGONISMO SIN CRÉDITOS DE BLAIR Y LA OBSESIÓN CIENTÍFICA DESCONTROLADA DE POEHLMAN

Como hemos sugerido, el estilo poco profesional del “corta y pega”, no sólo acontece en los predios del ciudadano común o el estudiantado de pregrado. La misma aplica en algunos escenarios poco sospechados, salvo, cuando estalla el escándalo. Esta filosofía, que transforma a la ética en un concepto vacío y elástico, hizo eco en dos casos que escandalizaron a la opinión científica internacional, pues, no sólo cayeron aficionados o aprendices (periodismo y medicina), sino, destacados investigadores en dos áreas tan telúricas como las ciencias médicas y las comunicaciones. Ambos campos, mucho más complejos y exigentes que el Derecho.

El primero de los comportamientos anticientíficos, tuvo ocasión con el descubrimiento del plagio electrónico llevado a cabo desde las rotativas del New York Times, cuyo actor de la tragedia fue el periodista afroamericano Jayson Blair. El segundo caso, más osado que el anterior, está referido a las alteraciones conscientes del experto en nutrición, Eric Poehlman. A mediados de 2006, este profesional tuvo que hacerle frente a un proceso judicial en Vermont por falsificaciones de estudios sobre la obesidad, los cuales, años atrás habían sido galardonados por la comunidad científica de la nutrición norteamericana.

A. El protagonismo de Internet y Jayson Blair

Se ha dicho, y con mucho fundamento, que nuestras sociedades son guiadas por los medios de comunicación. Éstos han ocupado un sitio de extrema importancia en la consolidación de los derechos fundamentales y la libertad tanto individual como colectiva. Sin embargo, a la par de este protagonismo beneficioso, también se ha descubierto la capacidad de manipulación que los medios pueden llegar a ejercer cuando las sociedades pierden el enemigo visible, en el decir de Ulrich Beck³¹.

El poder de los medios, y por sobretodo, de los periodistas que dinamizan a los medios, ha sido lo suficientemente abordado por la sociología. La ética también ha aportado sus contribuciones en la confección

31 Ulrich BECK. *La democracia y sus enemigos*. Buenos Aires, Editorial Paidós (2000) 17 y ss.

de un sustrato moral que limite las actuaciones u omisiones selectivas del periodismo, como bien lo explica el trabajo de Miguel Rubio³². En esta oportunidad no haremos referencia a los pormenores de esta ética aplicada al área profesional, sino, explicar a grandes rasgos el peligro y la tentación que puede significar a todo investigador, dejar que Internet sea la protagonista como fuente de información.

El caso de Jayson Blair es el más emblemático de esta manifestación. Blair, un joven afroamericano³³, de carrera prometedora, a sus 27 años en el año 2003 se encontraba entre los más destacados reporteros del más importante diario de los Estados Unidos: *el New York Times*. Sus grandes reportajes coparon la atención de millones de electores, inclusive, de quien suscribe el presente artículo. Desde las conmovedoras declaraciones del francotirador de Washington, mejor conocido como el “asesino de la baraja”³⁴, pasando por los relatos de la recién iniciada guerra de Irak y el más impactante, la referida a la soldado Jessica Lynch.

Pero no todo fue beneplácito y vítores para el joven Blair. El día domingo 11 de mayo de 2003, el *New York Times*, periódico que presume en su cabecera “incluir todas las noticias que merecen ser impresas”³⁵, tuvo que publicar el siguiente editorial:

32 Miguel RUBIO. “Ética de los medios de comunicación”. En: *Moralia*. Madrid, Instituto de Ciencias Morales, nº 24 (2001) 29-60.

33 Explica Carrascal lo siguiente: “(...) Jayson Blair, de 27 años, entró hace cinco años en NYT como becario, dentro de un programa para promocionar a las minorías raciales. Se le asignó a la sección local, donde su labor fue tan mediocre y poco profesional, que el jefe de la misma, informó a la dirección que “no debía estar en el *New York Times*”. En vez de despedirle, ¿influyó que era de color?, la dirección le trasladó a la sección de nacional, con el encargo de cubrir las noticias de relieve en el resto del país. Armado de un teléfono móvil y un ordenador portátil, Jayson destacó pronto, con informaciones inéditas y notas de calor humano. “Confesiones” del francotirador de Washington, “declaraciones” de policías que cubrían el caso, entrevistas a heridos en Irak y a los padres de Jessica Lynch, la chica hecha allí prisionera. El periódico tuvo que rectificar algunas de esas noticias, pero siguió otorgándole su confianza (...)” (Subrayado nuestro). José María CARRASCAL. “No todas son noticias en el NYT”. En: *Diario La Razón Digital* [en línea] Madrid, edición del lunes 12 de mayo de 2003. [Consulta: 12 de mayo de 2003]. En: <http://www.larazon.es>

34 Entre los meses de septiembre a diciembre del año 2002, Washington se vio asediada por un francotirador apodado como el “asesino de la baraja”, en clara alusión al *modus operandi* empleado por este pistolero. El caso fue resuelto a finales de ese año, gracias a la labor encomiable de la policía del Departamento de Columbia.

35 José María CARRASCAL. *Ob. Cit.*

Editors' Note

"(...) Ten days ago, Jayson Blair resigned as a reporter for The New York Times after the discovery that he had plagiarized parts of an article on April 26 about the Texas family of a soldier missing in Iraq. An article on Page 1 today recounts a chain of falsifications and plagiarism that unraveled when The Times began an inquiry into that Texas article. At least 36 more articles written by Mr. Blair since October reflected plagiarism, misstatements, misrepresentation of the reporter's whereabouts or a combination of those. An accounting of the flaws will be found today on Pages 22 and 23.

Today's article and the accounting result from a weeklong investigation by five Times reporters and a team of researchers. The newspaper organized it in the belief that the appropriate corrective for flawed journalism is better journalism -- accurate journalism.

The reporters have telephoned news sources cited by Mr. Blair and have interviewed other journalists who worked with him. Executives have read them summaries of telephone records and expense documents. To examine the newsroom processes that went awry, they have had unrestricted access to other Times staff members, including top editors, involved with Mr. Blair's copy and the management of his career. Within the limits of laws and ethical codes governing health and employment records, Times managers have described documents for the reporting team.

The reporters' examination has centered on the last seven months, a period in which Mr. Blair increasingly received assignments distant from the newsroom, which allowed him wider independence. His earlier work, done under closer supervision, will be spot-checked. If another major examination appears warranted, it will be carried out. Readers and news sources who know of defects in additional articles should send e-mail to The Times: retrace@nytimes.com.

In online databases that include copy from The Times, cautionary notices will be attached to the faulty articles in coming days.

The Times regrets that it did not detect the journalistic deceptions sooner. A separate internal inquiry, by the management, will examine the newsroom's processes for training, assignment and accountability.

For all of the falsifications and plagiarism, The Times apologizes to its readers in the first instance, and to those who have figured in improper coverage. It apologizes, too, to those whose work was purloined and to all conscientious journalists whose professional trust has been betrayed by this episode. (...)³⁶ (Subrayado nuestro).

36 Editorial del New York Times del domingo 11 de mayo de 2003. La misma ha sido obtenida de los archivos digitales recuperados de la página web de tan prestigioso

A la par de esta demoledora editorial para un periódico convencido de manejar la verdad, no sólo sería la única explicación del diario. Inmediatamente se ordenó a los cinco mejores redactores del periódico para que examinaran todos los trabajos de Blair. Además, pidieron a la opinión pública lo siguiente:

CORRECTING THE RECORD:

Times Reporter Who Resigned Leaves Long Trail of Deception
This article was reported and written by Dan Barry, David Barstow, Jonathan Glater, Adam Liptak and Jacques Steinberg. research support was provided by Alain Delaquérière and Carolyn Wilder.

Published: May 11, 2003

The reporter, Jayson Blair, 27, misled readers and Times colleagues with dispatches that purported to be from Maryland, Texas and other states, when often he was far away, in New York. He fabricated comments. He concocted scenes. He lifted material from other newspapers and wire services. He selected details from photographs to create the impression he had been somewhere or seen someone, when he had not.

And he used these techniques to write falsely about emotionally charged moments in recent history, from the deadly sniper attacks in suburban Washington to the anguish of families grieving for loved ones killed in Iraq.

In an inquiry focused on correcting the record and explaining how such fraud could have been sustained within the ranks of The Times, the Times journalists have so far uncovered new problems in at least 36 of the 73 articles Mr. Blair wrote since he started getting national reporting assignments late last October. In the final months the audacity of the deceptions grew by the week, suggesting the work of a troubled young man veering toward professional self-destruction.

Mr. Blair, who has resigned from the paper, was a reporter at The Times for nearly four years, and he was prolific. Spot checks of the more than 600 articles he wrote before October have found other apparent fabrications, and that inquiry continues. The Times is asking readers to report any additional falsehoods in Mr. Blair's work; the e-mail address is retrace@nytimes.com.³⁷

37 Anexo al Editorial del New York Times del domingo 11 de mayo de 2003. La misma ha sido obtenida de los archivos digitales recuperados de la página web de tan prestigioso diario. En: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9403E1DB123FF932A25756C0A9659C8B63&sec=&spon=&pagewanted=1>

En: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9E05E6DB133EF932A25756C0A9659C8B63&scp=12&sq=jayson+blair&st=nyt>

Nadie en su sano juicio habría presumido que uno de los periódicos más grandes del mundo, hacía gala a la filosofía de “corta y pegue”, así la culpa haya sido de un pequeño eslabón en la cada vez más compleja cadena informativa.

El prometedor investigador de información se verá envuelto en un escándalo judicial que terminó por arrastrar la fama de los medios de comunicación, al generar repudio por la violación a la confianza. La confianza, sello del éxito en las investigaciones científicas quedaba seccionado en miles de astillas, no tanto por el plagio en si, sino, porque todo finalmente fue descubierto porque quien originalmente cubrió las entrevistas a los familiares de Lynch, fueron nada menos y nada más que un modesto periódico de San Antonio (Texas), al que cualquier ciudadano juzgaría como incapaz frente al mamut informativo que ha sido el New York Times. Realmente una paradoja ética de grandes alcances en este mundo globalizado, donde, el más transparente en lo referente a investigaciones no es precisamente quien mayor poder económico y logístico posee.

B. Eric Poehlman y el reconocimiento internacional al investigador obsesionado

El tema de una ética en la investigación, a primera vista podría sólo ser justificada por la actitud agresiva y ambiciosa de jóvenes investigadores, deseosos de impulsar sus carreras científicas. Este deseo de darse a conocer, conjugado con el fragor de la juventud, pudiera ser la causa de estas posturas y conductas como las señaladas en el caso anterior del reportero Blair. Sin embargo, la poca edad no es el único indicador para señalar conductas poco éticas en cualquier investigación.

Es el caso de la invención de datos y el juego con las necesidades y carencias humanas, que, ante el progreso científico, coloca la confianza en la investigación. Eric Poehlman, un reputado nutricionista será el actor principal de una historia que desmitifica la necesidad de imperativos éticos al inicio de una carrera científica.

Poehlman, había iniciado sus investigaciones sobre el metabolismo humano. De esta manera, hizo una intensa campaña para erradicar las estadísticas alarmantes de obesidad que asedian a los Estados Unidos desde finales de los 70. En 1995 publica sus estudios sobre el metabo-

lismo y la menopausia. El trabajo fue publicado en la prestigiosa revista *Annals of Internal Medicine*, lo cual, le reafirmó su reputación³⁸. Desde entonces, a Poehlman se le consideró como uno de los científicos más rigurosos, dada la contundencia de sus resultados y la inmensa cantidad de datos recopilados en supuestas observaciones.

La obsesión de Poehlman de ratificar sus laureas científicas, pronto encontrarán la cúspide, cuando, la Asociación Norteamericana para el Estudio de la Obesidad lo premia con el *Lilly Scientific Achievement Award*, correspondiente a la edición del año 2000. Todo iba bien hasta que un antiguo asistente de Poehlman (Andre Tchernof) dejó el laboratorio³⁹.

En una conferencia dictada por el investigador bajo análisis, Tchernof se dio cuenta que las diapositivas usadas, así como los datos insertos en éstas, eran completamente diferentes a las verificadas durante la investigación. Meses antes de la cita científica, otro de los asistentes de Poehlman, Walter DeNino, descubriría que el antiguo profesor había falsificado los resultados.

La historia posterior sería marcada por un ácido enfrentamiento entre Poehlman y DeNino, éste último, había hecho lo imposible para demostrar el gran fraude montado por el nutricionista experimentado. Tras una larga batalla, que llegó a los estrados judiciales, Poehlman fue descubierto. Había falsificado toda una investigación con el objeto de obtener fama, financiamiento ilimitado y reconocimiento en un campo cada vez más delicado como es la obesidad. Como bien lo explicita el juez que condenó a Poehlman a la cárcel: "(...) Es realmente serio que los científicos usen sus habilidades, su inteligencia, sus instrumentos y su posición de confianza para hacer algo que pone en riesgo a los demás (...)"⁴⁰

Este lamentable caso es quizá la mayor tentación que pueda sufrir un investigador en nuestro siglo. Que, amparado por la tecnología y la fe ciega que poseemos sobre ella, se fabriquen investigaciones sin tomar en cuenta el peligro de sus consecuencias. Ahora, el factor Poehlman no sólo arrastró consigo el patrimonio científico particular de éste, sino, que

38 Jeneen INTERLANDI. "Un fraude científico pone a prueba la credibilidad de la ciencia". (Traducción de María Karolina Castellano). En: Diario *El Nacional*. Caracas, edición del domingo 29 de octubre de 2006. Página D-1 y D-2.

39 Jeneen INTERLANDI. *Ob. Cit.*, pág. D-2.

40 Jeneen INTERLANDI. *Ob. Cit.*, pág. D-2.

echó por tierra la el sitial de la Universidad de Vermont y del resto de los colegas que aprobaron premiarlo. Es un típico caso de cómo la violación a los códigos éticos trae consigo un nefasto efecto de cascada del cual la comunidad en general no ha logrado superar.

4. RECAPITULACIÓN

Lo anteriormente descrito, implica un llamado de alarma frente a las tentaciones que pueden asaltarnos a los investigadores. En el Derecho, para los que llevamos a cuesta el quehacer investigativo, corremos el riesgo de jugar con las argumentaciones y el anonimato que ofrece la vida on-line. No sólo son los Blair o los Poehlman los que marcan ese sendero intransitable de la falsificación y la fantasía, sino, las suposiciones o generalizaciones que siempre están al alcance de la mano en nuestro mundo jurídico. Ya no es sólo las reglas deontológicas que perfectamente prescriben los códigos de ética jurídica, es también las reglas no escritas las que deben prestarse atención si lo que se aspira es construir una carrera científica brillante. Como bien lo expresó alguna vez el profesor Brewer-Carías, eminente figura científica venezolana, *“en las tareas del intelecto, definitivamente, los logros no son de un día para otro ni se pueden obtener en escasos años”*⁴¹.

41 *Palabras del Dr. Allan Brewer-Carías en el Acto de creación de la Cátedra de Derecho Administrativo con su nombre, en la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 27 de febrero de 1991.*

El principio de legalidad de la Administración

Manuel Rebollo Puig¹

1. PLANTEAMIENTO

La Constitución española dice en su art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad”. No se refiere este precepto concretamente a la Administración sino que consagra, por tanto, un principio esencial al Estado de Derecho que se extiende a los más diversos sectores del ordenamiento pero con contenidos y grados variables. Antes, el mismo art. 9 establece en su apartado 1 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, lo que también es una forma de expresar el principio de legalidad aplicable, desde luego, a las Administraciones, en tanto que son poderes públicos, pero sin señalar nada específico para ellas. Más concretamente, el art. 97 CE establece que el Gobierno “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Pero el precepto constitucional que expresa y específicamente consagra el principio de legalidad de la Administración es el art. 103.1 que proclama que la Administración Pública actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

1 Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, España. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia: Plan Nacional de I+D+i 2004-2007.

Aun así, ninguna de estas expresiones es de por sí suficientemente indicativa del significado de ese sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho. También se puede afirmar que los ciudadanos están sometidos a la ley y al Derecho. Y lo mismo puede y debe decirse de los jueces y tribunales. Pero enseguida se comprende que no es igual el sometimiento a la ley y al Derecho de los ciudadanos y de los jueces. De lo que se trata aquí es de saber cómo es la vinculación de la Administración a la ley y al Derecho ¿igual a la de los ciudadanos? ¿igual a la de los jueces? ¿es distinta a una y a otra? Para responder a estas preguntas es necesario un planteamiento más general que no se satisface con la simple exegesis literal de los preceptos constitucionales recordados, pues estamos ante cuestiones clave y comunes a todos los Estados de Derecho con profunda carga histórica e institucional. Y es a ese significado histórico e institucional al que sobre todo hay que atender.

Las mismas preguntas que nos hemos hecho pueden formularse distinguiendo entre vinculación positiva y vinculación negativa a la legalidad. Así se suele hacer en la doctrina española a partir de los estudios de García de Enterría, inspirados en este aspecto por Winkler. La vinculación negativa comporta que la Administración no puede actuar contra la legalidad; la positiva significa que la Administración sólo puede hacer precisamente lo previsto por la legalidad. Tal forma de plantear la cuestión puede ayudar siempre que no se parta de la idea errónea de que una vinculación excluye a la otra, de que se trata de optar por una u otra.

Puede haber vinculación negativa sin vinculación positiva: entonces la Administración podría hacer cualquier cosa salvo infringir el ordenamiento. Pero nosotros analizaremos primeramente si la Administración tiene esta vinculación negativa sin plantearnos si es su única limitación, es decir, sin plantearnos todavía si, además, hay otra limitación. Aceptar esta vinculación negativa no significa aceptar que ésa es la única limitación y que, por tanto, la Administración puede hacer cualquier cosa que no suponga una vulneración. En sentido contrario, puede haber vinculación positiva sin vinculación negativa: en tal hipotético sistema la Administración sólo podría hacer lo que el ordenamiento le permite pero precisamente le permite vulnerar normas. No obstante, puede imaginarse una vinculación positiva que incluye en sí misma la vinculación negativa: si se dice que la Administración sólo puede hacer lo que el ordenamiento le permite y se parte de que el ordenamiento nunca permite que las

resoluciones administrativas de carácter particular vulneren lo dispuesto con carácter general, entonces, la vinculación negativa lleva implícita la negativa.

Hoy es seguro que hay vinculación negativa y cierta vinculación positiva. Lo que hay que determinar es el alcance y contenido de una y otra. Y, en especial, determinar qué se entiende en cada caso por legalidad: ¿todo el ordenamiento jurídico? ¿sólo las leyes y otras normas con rango de Ley? ¿todas las normas escritas o leyes en sentido amplio?

2. LA VINCULACIÓN NEGATIVA A TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Una buena parte de la respuesta es hoy completamente segura e incuestionable: el principio de legalidad de la Administración supone como mínimo en un Estado de Derecho que merezca tal nombre que la Administración no puede vulnerar el ordenamiento jurídico como tampoco puede hacerlo ningún ciudadano. Además, en el Estado de Derecho se parte de que el Derecho debe expresarse de manera general estableciendo reglas abstractas, impersonales e intemporales aplicables a todos los casos singulares que se presenten y que encajen en el supuesto de hecho contemplado por las normas jurídicas. Por tanto, el principio de legalidad en el Estado de Derecho entraña como mínimo que ninguna de las decisiones o actuaciones (u omisiones) concretas de la Administración pueden contradecir lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Esto, que hoy nos resulta obvio, es en realidad una conquista histórica. En las Monarquías Absolutas (con su llamado Estado de Policía al que se puede considerar el modelo históricamente anterior al Estado de Derecho y opuesto a éste) las autoridades procedían conforme a muy genéricas reglas jurídicas de Derecho público que les permitían actuar con gran libertad. Incluso cuando había normas de Derecho público con un contenido material más concreto se admitía normalmente que los órganos públicos (por lo menos, los superiores y concretamente el Rey) podían apartarse en el caso particular de lo establecido en esas normas. Si acaso, los límites al poder público derivaban del Derecho Natural y del Derecho Civil. Pero las reglas de Derecho público tenían un modesto valor y, más que otra cosa, expresaban mandatos de los órganos públicos superiores a sus inferiores y a sus súbditos, pero sin que estos pudieran asegurar por ningún medio jurídico que el poder se comportaría precisamente

conforme a lo que preveían esas reglas y sin que para ellos surgieran de tales reglas verdaderos derechos subjetivos. A lo sumo, el súbdito podía plantear ante los órganos superiores que los inferiores habían actuado sin respetar esas normas y tal vez obtener el amparo del superior; pero éste también podía confirmar la actuación del inferior que se había apartado de las reglas de Derecho público, igual que él mismo podía apartarse de esas reglas de Derecho público.

Frente a esta situación, lo que primero aporta el Estado de Derecho es que el Derecho público, que se expresa de manera general, resulta vinculante para las actuaciones singulares de los poderes públicos y, muy especialmente, de la Administración: “El Estado de Derecho no existe sino cuando las prescripciones individuales ... sólo pueden ser formuladas con los límites de una disposición general que es la regla de Derecho” (Duguit).

Esto, para la Administración, supone una vinculación negativa al Derecho (similar a la de cualquier ciudadano pero muy superior a la que tenía el Rey en las Monarquías Absolutas) que se puede formular así: sus actuaciones y decisiones no pueden ser contrarias a lo establecido en las normas generales, o sea, en el Derecho. Esto, a su vez, se conecta con el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos frente al poder y concretamente frente a la Administración, derechos que ésta no puede vulnerar. Precisamente porque hay verdaderos derechos públicos subjetivos la Administración no puede actuar libremente; o a la inversa: precisamente porque la Administración ha de actuar conforme a las normas surgen de éstas auténticos derechos públicos de los ciudadanos.

Además, el Estado de Derecho *tiende* a que las normas que condicionan la actuación administrativa, en la medida de lo posible, regulen efectivamente y de forma relativamente concreta cómo han de desarrollarse esas actuaciones singulares. Es decir, el Estado de Derecho tiene la aspiración y la *tendencia* a que las normas regulen verdadera y materialmente la actuación administrativa de manera que ésta esté predeterminada y resulte previsible conforme a normas generales. Merkl llegó a afirmar que “el Estado de Derecho no se diferencia del tipo contrapuesto en que los órganos están sometidos al Derecho, sino en que éste no es una habilitación en blanco... sino preceptos de naturaleza material”. Pero

esto, que no forma parte del principio de legalidad administrativa propiamente hablando, es sólo una *tendencia*, una vaga aspiración del Estado de Derecho que nunca puede lograrse totalmente y a la que se renuncia en mayor o menor grado por muchos motivos. Volveremos sobre esto al hablar de la discrecionalidad.

Concretando algo más, el principio de legalidad comporta que la Administración en ninguna de sus actividades (actos administrativos, contratos, actuación material, simple inactividad...) puede vulnerar el ordenamiento, esto es, ni la Constitución, ni las leyes (o normas equivalentes), ni los tratados internacionales en cuanto pasen a formar parte del Derecho nacional, ni el Derecho comunitario europeo ni, en general, ninguna norma jurídica, como tampoco los principios generales del Derecho o la costumbre en la medida en que rijan la actuación de la Administración.

En especial, importa añadir de inmediato que entre las normas jurídicas que la Administración (al dictar actos administrativos, al contratar, al actuar de otra forma o al dejar de actuar) no puede vulnerar están las que ella misma aprueba, esto es los reglamentos. Los reglamentos -normas escritas aprobadas por las Administraciones- se integran en el ordenamiento jurídico, es decir, forman parte de la legalidad. Siendo así, desde ese mismo momento, toda la actividad de la Administración debe respetarlos. Es lo que expresa, aunque con una denominación algo equívoca y enigmática, el llamado principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que recoge expresamente el art. 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquélla tenga igual o superior rango a ésta”.

O sea, que si, por ejemplo, un Ministro aprobó un reglamento, ni él mismo ni siquiera el Consejo de Ministros puede dictar una resolución de carácter particular en contra de lo dispuesto en aquél. Naturalmente lo que sí podrá hacer es aprobar otro reglamento que explícita o implícitamente derogue al primero: modificarán así al ordenamiento jurídico y, a partir de ese momento, sus resoluciones particulares no tendrán que ajustarse al reglamento derogado sino al nuevo.

Pero los reglamentos ocupan un lugar muy especial en el principio de legalidad. Por un lado, como acabamos de explicar, son parte de la

legalidad y, por tanto, se convierten en canon para decidir la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa singular. Pero, por otro lado, también son actividad administrativa de manera que están sometidos ellos mismos al principio de legalidad. En parte por el principio de legalidad y en parte por el de jerarquía normativa, lo cierto es que la Administración al dictar reglamentos no puede tampoco contradecir de ninguna forma a la Constitución ni a la ley ni al Derecho comunitario... ni a los principios generales del Derecho. Tampoco a los reglamentos de rango superior.

Como se habrá comprendido, la “legalidad” de la que se habla al proclamar el principio de legalidad no es sólo el conjunto de leyes ni se trata de explicar un especial sometimiento de la Administración a las leyes. En este contexto, “legalidad” se identifica con el conjunto del Derecho, con todo el ordenamiento jurídico. Recuérdese que el art. 103.1 CE proclama el “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

En cualquier caso, no se incluye en el principio de legalidad la vinculación de la Administración por las sentencias, por sus contratos o por sus propios actos pues ni las sentencias ni los contratos ni los actos administrativos se integran en el ordenamiento jurídico. Si acaso, sí se incluyen en el ordenamiento las reglas y principios en virtud de los cuales la Administración debe cumplir la sentencias, los contratos que realiza o sus propios actos administrativos.

El ordenamiento jurídico no sólo condiciona o predetermina el contenido de la actuación administrativa, sino el mismo deber de actuar, su finalidad de interés público, el procedimiento que ha de seguirse en cada caso, el órgano competente, etc., de modo que la Administración actúa contra el ordenamiento cuando decide o hace A si, de acuerdo con el ordenamiento, debía decidir B; pero también cuando decide con una finalidad distinta de la prevista por el ordenamiento, o sin seguir el procedimiento debido o por un órgano que no era el que tenía atribuida la competencia por las normas correspondientes, etc. Además el ordenamiento no sólo impone límites a la actuación de la Administración sino que las normas también pueden contener mandatos positivos de actuar de manera que la simple inactividad administrativa resulte ilícita. Esto, por cierto, es cada vez más importante a medida que el Estado asume como deber capital asegurar a los ciudadanos prestaciones y condiciones esenciales para su vida digna.

Con lo hasta ahora explicado, no se observa una posición de la Administración muy distinta de la de los ciudadanos. Tampoco estos pueden vulnerar el ordenamiento jurídico. A lo sumo puede decirse que las normas que disciplinan la actuación de la Administración son distintas de las que regulan a los ciudadanos y que, de ordinario, someten a la Administración a límites más estrictos al mismo tiempo que también le dan poderes que no tienen los sujetos privados. Si lo único que hubiera fuera esto, tendríamos que concluir que la Administración tiene respecto al ordenamiento jurídico la misma posición que los ciudadanos con la única diferencia de que se rige por normas distintas. Esto no tendría un alcance distinto de lo que puede afirmarse, por ejemplo, de los empresarios: están sometidos al Derecho exactamente igual que los sujetos privados que no son empresarios; la única diferencia es que *su* Derecho es parcialmente distinto. Pero lo cierto es que muy frecuentemente se ha predicado de la Administración un sometimiento al Derecho distinto y más intenso del de los sujetos privados. O sea, no sólo es que tiene un Derecho distinto sino que su relación con ese Derecho también es distinta. De ello nos ocuparemos ahora.

3. VINCULACIÓN POSITIVA

Desde luego, la Administración sólo puede hacer lo que le permite el ordenamiento jurídico. Eso es siempre e inevitablemente así. Es decir, que la vinculación positiva al ordenamiento es verdad para la Administración de hoy y para la de cualquier tiempo. En ese sentido, Merkl formuló el “principio de juridicidad” que es “la conexión necesaria entre Derecho y Administración” por la cual “cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción”. Se trata, como explicó el mismo Merkl, de un principio jurídico teórico sin excepciones que se cumple incluso donde una sola norma de competencia contiene el fundamento de todas las acciones administrativas. Hasta las monarquías absolutas, que se basan en la regla *regis voluntas, suprema lex*, respetan este principio.

Dicho lo anterior, se comprende que lo importante es saber qué es lo que el ordenamiento actual permite hacer a la Administración, cómo condiciona el ordenamiento la actividad administrativa, si éste parte de una

regla general que le da libertad para hacer cualquier cosa –naturalmente con el límite que se desprende de la vinculación negativa– o si, por el contrario, sólo le autoriza a hacer ciertas cosas o si exige apoderamientos específicos y con ciertas condiciones para cada actuación administrativa. Dicho de otra forma, la cuestión no está en decidir si la Administración está vinculada positivamente al ordenamiento, lo que es seguro y evidente, sino en averiguar lo que el ordenamiento establece sobre las posibilidades de actuación de la Administración.

Y a este respecto caben muchas posibilidades. Reduzcámoslas con la exclusión de dos posibilidades extremas y la afirmación de una primera conclusión capital: la Administración, a diferencia de los jueces, no tiene por misión la aplicación del Derecho (a). Pero tampoco tiene una libertad genérica o autonomía de la voluntad como los sujetos privados (b). Por contra, actúa en virtud de las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico para los fines establecidos por éste (c).

A) La Administración no tiene una vinculación positiva como la de los jueces pues su misión no es la aplicación de la ley y el Derecho

No se puede afirmar que la vinculación de la Administración al Derecho sea tan intensa que su finalidad sea precisamente cumplir o ejecutar el Derecho: la Administración, como explica García de Enterría, no hace carreteras para cumplir la Ley de Carreteras. Tampoco hace hospitales para cumplir la Ley de Sanidad ni escuelas o universidades para cumplir las leyes sobre educación. Esa visión de la Administración y del principio de legalidad es tan absurda que basta con negarla sin necesidad de mayores razonamientos. La misión de la Administración es conseguir el interés general, aunque lo haga con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como deja claro el mismo tenor del art. 103.1 CE. Cosa distinta es que el interés general lo señalen y definan en gran medida las leyes y el Derecho en su conjunto; o que las leyes y el resto del ordenamiento establezcan la forma en que la Administración deba conseguir ese interés general y los medios para alcanzarlo. Pero eso ya nos remite a otras cuestiones.

No obstante, en algunas actividades administrativas sí que puede decirse que la Administración tiene una vinculación al Derecho similar

a la de los jueces: así, por ejemplo, sucede cuando impone sanciones administrativas o cuando resuelve recursos administrativos o peticiones de indemnización. Pero esto de ninguna forma expresa el papel normal de la Administración ni su posición general ante el Derecho.

B) La Administración no tiene una vinculación meramente negativa como la de los ciudadanos pues carece de libertad genérica y de autonomía de la voluntad

Nuestro ordenamiento jurídico –por ser el de un Estado de Derecho– no reconoce a la Administración una libertad genérica para actuar de una u otra forma o dejar de actuar o hacerlo en uno u otro sentido según lo estime conveniente para perseguir cualquier finalidad ni, por tanto, tiene nada similar a la autonomía privada. Dicho de otra forma: el ordenamiento condiciona la actividad y vida administrativa de manera muy distinta de como condiciona la actividad y vida de los sujetos privados. En el caso de los sujetos privados el punto de partida es su libertad genérica que, para sus relaciones jurídicas con otros sujetos privados, se refleja en la idea clave del Derecho privado que es la autonomía privada (autonomía de la voluntad y autonomía dominical). Si algo significa el principio de legalidad de la Administración, además de la simple vinculación negativa, es la negación de algo similar a la autonomía privada; o sea, el rechazo total de una libertad administrativa similar a la de los ciudadanos, el rechazo de que la Administración tenga una autonomía como la de los sujetos privados.

La autonomía privada (o autonomía de la voluntad en sentido amplio) tiene, según se explica, dos vertientes: la autonomía dominical, que es el poder de la voluntad referido al uso, goce y disposición de bienes, facultades y derechos subjetivos, y la autonomía de la voluntad en sentido estricto que es el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. En ambas vertientes, la autonomía privada comporta reconocer valor y efectos a la voluntad de la persona, y por ello puede llamársele autonomía de la voluntad en sentido amplio.

También la Administración tiene voluntad y hace o emite declaraciones de voluntad que igualmente tienen reconocimiento y valor jurídico. También respecto a la Administración pudiera verse algo similar

a la autonomía dominical (en tanto que su voluntad decide el uso, goce y disposición de sus bienes) y a la autonomía de la voluntad en sentido estricto (pues su voluntad crea, modifica y extingue relaciones jurídicas). Pero esto supone ver sólo la apariencia más superficial. Porque la autonomía privada es sólo la consecuencia o el reflejo jurídico doctrinal de algo mucho más profundo e importante, de la misma concepción de la persona. Así se admite y explica siempre. Y esto es realmente lo más importante. Sírvanos de guía la exposición de un gran civilista, Lacruz Berdejo: “El modelo liberal del Derecho privado (que es el que en mayor o menor medida ha existido desde el Derecho Romano y no sólo en el Estado liberal) presupone, en principio, que el hombre puede y debe decidir libremente acerca de sus propias incumbencias. Él estimará cuáles son los fines que pretende alcanzar en cada caso, y escogerá los medios adecuados para ello: el Derecho es un instrumento al servicio de la realización personal de cada vida humana. Frente a esta concepción se presenta, como hipótesis, la de un ordenamiento que programase la existencia de los sometidos a él; que adoptase, en lugar suyo, todas las resoluciones que imprimen un rumbo a su vida. El individuo en un tal sistema, sería una suerte de autómatas siguiendo las líneas trazadas de antemano por un poder externo, y por tanto sin posibilidad de gobernar su propia existencia o sólo en detalles secundarios”.

Pero nadie puede decir nada similar de la Administración pública. Nadie osará decir que el Derecho parte de que la Administración “puede y debe decidir acerca de sus propias incumbencias” y hasta cabe negar que la Administración tenga sus propias incumbencias. Inconcebible es que alguien, por muy despistado que ande, afirmara que la Administración “estimaré los fines que pretende alcanzar en cada caso y escogeré los medios adecuados para ello”. Y ni en la época de las Monarquías absolutas y el Estado de Policía nadie habría afirmado que el Derecho es un instrumento de realización personal del Rey o de las demás autoridades. Al contrario, y utilizando las mismas palabras de Lacruz, sí que se puede decir que el ordenamiento, en mayor o menor medida, “programa la existencia” de la Administración, “imprime un rumbo a su vida” y, por lo menos en algunos ámbitos, no se tendría inconveniente en convertirla en una autómatas. Desde luego, el Derecho no da a la Administración “la posibilidad de gobernar su propia existencia”. Y las mismas diferencias radicales se manifiestan al analizar algunos elementos de esa genérica autonomía privada.

Están ínsitas en el mismo concepto de derecho subjetivo, que es la base sobre la que opera la autonomía dominical. La teoría del derecho subjetivo, que nació en el liberalismo, parte del valor del individuo y del reconocimiento de su libertad. El derecho subjetivo está al servicio del libre desarrollo del individuo reconociendo el valor jurídico de su voluntad. Lo explica, de nuevo, Lacruz Berdejo: “A vivir una vida personal autónoma y, por tanto, humana, le ayuda el Derecho garantizándole esos ámbitos de relativo poder que llamamos, en el lenguaje moderno..., derecho subjetivo...”. Nada de esto puede afirmarse seriamente de la Administración.

De otro lado, aunque en realidad no es nada más que la otra cara de la misma moneda, la autonomía privada sólo tiene límites negativos y extrínsecos, tal y como explican unánimemente los civilistas. Así es tanto para la autonomía dominical como para la autonomía de la voluntad en sentido estricto. Pero la Administración pública no tiene nada de esta autonomía privada: no es que la tenga más limitada que los sujetos privados o que la tenga limitada o configurada de otra forma; es que, sencillamente, no la tiene. No la tiene en ningún ámbito, ni siquiera cuando contrata o cuando actúa sometida al Derecho privado. La idea contraria está muy extendida. Afirma, por ejemplo, Cosculluela: “es evidente ... que autonomía de la voluntad para celebrar el contrato existe también en el contrato administrativo, que no es producto de una potestad sino de un acuerdo de voluntades”. Pero ni siquiera cuando contrata, la Administración tiene verdadera autonomía de la voluntad. Así lo he desarrollado en otro trabajo coincidiendo con lo defendido con especial cierto por Bustillo Bolado: “La Administración jamás actúa con autonomía de la voluntad”; “la Administración nunca es libre”. Los fines están predeterminados siempre y cuando el ordenamiento le da varios medios “debe realizar la elección ... conforme al principio constitucional de la eficacia”; “la Administración, por muy sometida que esté al Derecho privado en determinados ámbitos, jamás actúa con autonomía de la voluntad, porque ésta es una manifestación jurídica de la libertad personal y la Administración no es libre nunca”. Aquí se puede decir aquello de que cualquier parecido entre la posición de la Administración y la autonomía de la voluntad –que lo hay en lo superficial– es pura coincidencia.

C) La Administración actúa en virtud de las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico para los fines establecidos por éste

La Administración no actúa en ejercicio de una libertad genérica ni de derechos subjetivos de ningún género ni de autonomía de la voluntad sino en el ejercicio de las potestades que le atribuye el ordenamiento. Es seguro que la Administración no configura libremente su actividad con sólo límites externos, que determine libremente sus finalidades ni los medios para conseguirlas. Dicho de otra forma: es seguro que la Administración necesita una regla jurídica que le autorice a actuar y oriente esa actuación hacia ciertos fines. Esta es la clave del Derecho administrativo: la posición en que coloca a la Administración ante el Derecho, posición esencialmente distinta de la de los individuos ante el Derecho; la diferencia más importante no es que estén sometidos a normas diversas sino lo que esas normas significan para la Administración y para los ciudadanos.

La diferencia la expresó Merkl así: “El hombre jurídicamente puede hacerlo todo lo que no le sea prohibido expresamente por el Derecho; el órgano, a fin de cuentas, el Estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el Derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia... El Derecho administrativo no es sólo la *condicio sine qua non* sino *condicio per quam* de la Administración”.

Lleva esto a la “completa juridicidad de la acción administrativa” de manera que, como lo explica Santamaría Pastor, “el Derecho es un factor permanente, de obligada toma en cuenta, en todo proceso de toma de decisiones que tenga lugar en el seno de la Administración. No hay en la Administración, pues, espacios exentos de la acción del Derecho”. En ese sentido puede decirse que la actividad de la Administración es, por definición, una actividad jurídica (Beladiez Rojo).

La Administración, por tanto, actúa en el ejercicio de potestades y las potestades las configura y atribuye el ordenamiento jurídico siempre con una finalidad de interés general, con una cierta limitación y condicionamiento.

El concepto de potestad administrativa no debe entenderse en un sentido estricto que lo identifique sólo con el ejercicio de autoridad (aunque a veces las leyes emplean el término en ese sentido: así, en el último inciso del art. 2.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Es un concepto más amplio. Más bien expresa toda la posibilidad y la obligación jurídica de actuar de la Administración. Lo refleja con acierto el art. 2.4 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: “Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros”. La competencia, según es generalmente admitido, es sólo la medida de la potestad que corresponde a cada Administración o a cada órgano administrativo. Con esa aclaración se comprende que lo que dice este art. 2.4 se puede extender a toda Administración y, en definitiva, significa que la capacidad de obrar o de actuar de toda Administración está determinada por las potestades que le atribuya el ordenamiento, potestades siempre tasadas –aunque más o menos amplias– y siempre orientadas a una finalidad de interés general (art. 103.1 CE). Ese interés general no es el interés propio de la Administración como organización sino el interés de la colectividad a la que sirve. Cuando el interés general lo exija y en la medida en que el ordenamiento lo imponga, la Administración debe ejercer sus potestades. En todo esto vuelven a ponerse de relieve las diferencias entre potestades y derechos subjetivos y, en suma, entre la Administración y los sujetos privados.

4. DOS MODELOS EXTREMOS Y ANTAGÓNICOS DE VINCULACIÓN POSITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

La conclusión alcanzada sólo nos da parte de la respuesta a los interrogantes planteados. Todavía caben muchas posibilidades y muy distintas. Desde admitir que la Administración en nuestro Derecho cuenta ya con una atribución general de todas las potestades necesarias para perseguir el interés general hasta, en el extremo opuesto, mantener que es necesaria una ley que, caso por caso, vaya otorgando las potestades muy limitadamente y sólo para aplicar en el caso concreto lo previsto por la ley. Hay dos modelos históricos que aproximadamente responden a esos dos sistemas antagónicos.

En el Estado de Policía se partía de la existencia de una regla jurídica que autorizaba al Rey –o a las autoridades en general– a emprender cualquier actividad que se considerase conveniente para el bien común;

es decir, se aceptaba que el Rey tenía todas las potestades necesarias para cuanto estimara conveniente al bien común porque se partía de que contaba con un apoderamiento o habilitación general. Entre esas potestades estaban las de imponer nuevos deberes o limitaciones a los súbditos. A lo sumo, en algunos momentos y lugares, necesitaba del consentimiento de asambleas representativas de los estamentos para establecer tributos o penas. Pero prescindiendo de esto, lo esencial en el sistema era ese apoderamiento general, que subyacía como el principio clave del Derecho público, para realizar cualquier actividad. Tampoco aquí había nada similar a la autonomía de la voluntad sino potestades públicas otorgadas por el ordenamiento para conseguir el bien común: pero se partía de que el ordenamiento atribuía genéricamente todas esas potestades.

En el polo opuesto, la Revolución francesa pretendió –al menos inicialmente y como modelo teórico– configurar una Administración pública cuya misión, como parte del Poder Ejecutivo, fuese únicamente la ejecución de cada una de las leyes y tan sólo en la medida en que esas leyes le atribuyeran esa función. Aquí se habla de ley en sentido formal y estricto, esto es, de ley aprobada por la Asamblea legislativa en la que reside la representación popular. Por tanto, en esta concepción revolucionaria, se parte de esta regla jurídica: la Administración no puede hacer nada más que lo que la ley le imponga o le permita, necesita siempre un apoderamiento legal para actuar y esa actuación consistirá precisamente en la ejecución de una ley; aunque no infrinja ninguna norma jurídica concreta, actúa ilegalmente si no cuenta con un fundamento legal que justifique la actividad emprendida. Dicho de otra forma: ya no es sólo que la Administración tenga únicamente las potestades que le atribuye el ordenamiento sino las que precisamente le atribuyen las leyes de manera relativamente concreta y justamente para la ejecución de la ley. Así, puede decirse, la Administración dependía total y absolutamente del Poder Legislativo. Ha habido otros sistemas que se han adecuado más o menos exactamente a ese modelo revolucionario. De hecho, Carré de Mallberg, refiriéndose a la III^a República francesa hablaba, no ya de un genérico Estado de Derecho, sino de un “Estado legal” porque la ley, precisamente la ley y no cualquier otra norma, era condición necesaria de las actuaciones de los poderes públicos y, sobre todo, de la Administración. En la práctica, esto funcionaba de manera muy flexible porque como mínimo se aceptaba que la función de la Administración no era la ejecución de

cada ley sino algo mucho más laxo e indeterminado cual era la ejecución del conjunto de leyes. Pero, aun así, sirve esta referencia para comprender este modelo de principio de legalidad administrativa.

Entre esos dos modelos extremos caben muchos intermedios, incluso dentro del Estado de Derecho porque el concepto de Estado de Derecho admite a este respecto distintos matices.

¿Cuál es la situación en España? Una situación intermedia entre esos dos extremos. Ni blanco ni negro, sino gris, como en la inmensa mayoría de los Estados de Derecho actuales. No hay unanimidad en la doctrina española al precisar -digámoslo así- la oscuridad o claridad de ese gris. Los autores adoptan puntos de partida muy distintos, aunque luego introducen correcciones y complementos que hacen que sus soluciones finales no sean tan diferentes. Intentemos fijar nosotros ese gris, pero sin dogmatismos ni pretensión de dejar completamente resuelta una cuestión que no es del todo pacífica ni se deja encerrar en fórmulas simples.

5. RECHAZO DE LA TESIS QUE ADMITE UN APODERAMIENTO DIRECTO Y GENERAL PARA LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Para algunos autores “la Administración puede actuar aunque no exista una norma que expresa y específicamente la habilite para ello si su actuación persigue una finalidad de interés general y no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que le prohíba realizar esa actividad” Así se expresa Beladiez Rojo que es quien ha defendido esta postura de manera más argumentada y radical. Pero el planteamiento late en otras construcciones y en cierta jurisprudencia que deduce de la Constitución esa general autorización para la actuación administrativa. Este punto de partida se matiza después para algunas materias y actuaciones administrativas en virtud, sobre todo, de las reservas constitucionales de ley. Pero ni aun con esas correcciones me parece que refleje bien la posición de la Administración en nuestro Derecho. Supone admitir que, aunque la Administración actúa en virtud de potestades, y no de una genérica libertad o autonomía de la voluntad, y que siempre debe perseguir el interés general, tiene ya atribuidas todas las potestades necesarias para esa finalidad. A la postre, esto equivale a negar cualquier virtualidad práctica a la vinculación positiva al ordenamiento: teóricamente no la niega, puesto

que exige un apoderamiento; pero como ya encuentra un apoderamiento general en la misma Constitución para todo cuanto convenga al interés general, desactiva por completo las garantías y límites que la vinculación positiva al ordenamiento entraña. Y llegados a este punto no se sabe muy bien qué aporta esto respecto al simple principio de juridicidad del que habló Merkl como una regla jurídico-teórica puramente lógica que no admite excepciones. Comporta aceptar que ya hay un apoderamiento general suficiente con el que sobran todos los demás; esto es, un punto de partida similar al que veíamos como propio del Estado de policía (aunque completado con la vinculación negativa y con las reservas de ley). Para acoger una idea así, que transmuta tan profundamente la posición de la Administración y su relación con la ley y el Derecho, haría falta una proclamación expresa e inequívoca que no aparece por parte alguna de la Constitución. En particular, no puede desprenderse, aunque así lo hayan pretendido algunos, del art. 103.1 CE cuando proclama que la Administración “sirve con objetividad los intereses generales”. Al afirmar esto está simplemente configurando el papel servicial o vicarial de la Administración y, en cierto sentido, imponiéndole un límite en su actuación; pero no está habilitándola directamente a hacer todo lo que entienda conveniente para el interés general.

Aclaremos sólo que nuestro radical rechazo de que la Constitución contenga una apoderamiento general para la actuación administrativa no está reñido con admitir que en la Constitución sí puede haber algunos apoderamientos específicos para ciertas actuaciones. De hecho, los hay, como ahora se explicará.

6. RECHAZO DE LA TESIS QUE EXIGE HABILITACIONES LEGALES PARA TODA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. EXISTENCIA DE APODERAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y REGLAMENTARIOS. VINCULACIÓN POSITIVA AL BLOQUE DE LA LEGALIDAD

De nada de lo razonado hasta aquí se deduce que las potestades de la Administración hayan de estar atribuidas siempre por norma con rango de ley. No hay ningún precepto o principio del que pueda deducirse esa exigencia con carácter general ni el Estado de Derecho tienen que ser necesariamente el “Estado legal”, como explicó Carré de Malberg. Al

contrario, se admite generalmente y con razón: 1º) Que la misma Constitución puede constituir base suficiente para muchas actuaciones administrativas sin necesidad de una ley intermedia; 2º) Que los reglamentos pueden atribuir nuevas potestades a la Administración, de modo que, como los reglamentos los aprueba la misma Administración, se habla en estos casos de autoatribución de potestades. Demostremos y expliquemos sucintamente estas afirmaciones.

1º) La misma Constitución, directamente, sin el intermedio de una ley, atribuye ya a la Administración determinadas funciones, ámbitos y poderes. Veamos algún ejemplo destacado.

El más claro lo ofrece el art. 128.2 CE: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”. Posibilidad, por tanto, de emprender cualquier actividad empresarial sin monopolio. También muchos de los principio rectores de política social y económica (art. 39 y siguientes de la CE) son suficientes, directamente y sin ley, para justificar ciertas actuaciones administrativas. Así mismo, hay algún apoderamiento directo en el art. 97 CE que, entre otras cosas, atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno. Por todo esto se ha hablado de una directa “cobertura constitucional” de modo que se acepta la existencia de “apoderamientos que directamente y sin previsión de ley intermedia verifica la Constitución a la Administración” (Villar Palasí y Villar Ezcurra). Con este punto de partida seguro de que la Administración puede encontrar apoderamientos directos en la Constitución, podemos ya afirmar que la Administración no necesita siempre apoderamientos de normas con rango de ley y en ese sentido se puede decir que no depende total y exclusivamente de lo que establezca el Poder Legislativo. Como afirma Muñoz Machado, “la independencia del poder de la Administración se subraya y no depende siempre e inevitablemente de decisiones legales previas”. A partir de ahí, el problema consiste en dilucidar cuáles son los apoderamientos que ya contiene la Constitución y en determinar su alcance. Naturalmente no procede aquí entrar detalladamente en todo ello. Basten los ejemplos citados y, eso sí, conjugar esto con nuestra anterior negación de que del art. 103.1 CE se desprenda un apoderamiento constitucional general.

2º) La habilitación de potestades por reglamento la explican así García de Enterría y Fernández Rodríguez: “Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente

atribuidas para ello por la legalidad existente habrá de comenzar por promover una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba (...) Ese mecanismo de la previa innovación normativa para producir la atribución de potestades con las cuales seguidamente poder actuar ... se produce incluso cuando es la propia Administración la llamada a dictar la norma nueva, esto es cuando esa norma basta que sea un reglamento...". Así, aprobando un nuevo reglamento, esto es, ejerciendo una potestad que ya tiene conferida, la reglamentaria (art. 97 CE), la Administración puede autoatribuirse potestades, autohabilitarse para nuevas acciones. La expresión puede aceptarse con sólo aclarar que cabe que una Administración apruebe un reglamento en el que se atribuyan potestades a otra Administración, supuesto en el que no hay exactamente autoatribución de potestades. Pero al margen de esta matización secundaria, lo importante es que se admite la atribución de nuevas potestades por reglamento y ello de nuevo significa que la Administración no necesita siempre apoderamientos de normas con rango de ley y no depende totalmente del Poder Legislativo.

En resumen, se acepta generalmente, y lo aceptamos también aquí, la posibilidad de habilitaciones constitucionales a la Administración y la de atribuciones realizada por la Administración en los reglamentos. En tanto que la Constitución y los reglamentos también son leyes en sentido amplio o material, se habla entonces -sirviéndose, aunque con variantes, de ciertas expresiones de Hauriou- de vinculación positiva al "bloque de la legalidad". No ya genéricamente de vinculación positiva al ordenamiento jurídico (de manera que se excluyen apoderamientos basados en principios generales o en la costumbre o más todavía en supuestos derechos y deberes naturales), pero tampoco de vinculación positiva a la ley en sentido estricto y formal. Ahora bien, para ciertas materias y actuaciones administrativas se considera que esto cambia y que hay algo distinto a la vinculación positiva al bloque de la legalidad.

7. RECHAZO DE LA TESIS QUE NO ADMITE MÁS LÍMITES A LOS APODERAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y REGLAMENTARIOS QUE LAS RESERVAS DE LEY CONSAGRADAS EN LA MISMA CONSTITUCIÓN Y QUE, EN CONSECUENCIA, IDENTIFICA VINCULACIÓN POSITIVA A LA LEY CON MATERIAS RESERVADAS A LA LEY

Buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que los apoderamientos constitucionales sólo tienen el freno que se deriva de los preceptos de la misma Constitución que reservan la regulación de determinadas materias a la ley. Igualmente entienden que el único límite a la atribución de potestades por reglamento es el de esas reservas constitucionales de ley. Así, en suma, generalmente la doctrina española identifica ese ámbito de vinculación positiva a la ley –es decir, de actuaciones administrativas necesitadas de fundamento legal– con el de las materias reservadas por la Constitución a la ley. La conclusión final, por tanto, sería ésta: la Administración tiene en todas sus actuaciones una vinculación positiva al bloque de la legalidad (Constitución, leyes y reglamentos); pero en las materias reservadas por la Constitución a la ley y sólo en ellas tendría una vinculación positiva a la ley. En esas materias, las potestades administrativas necesitan precisamente un fundamento legal, o sea, en norma con rango de ley y no en otra regla jurídica (Constitución, reglamentos y, menos aún, principios generales o costumbre)

El razonamiento es, más o menos, éste: si la CE ha excluido en determinadas materias el reglamento es que ha decidido que el Derecho en esas materias sólo se puede contener en leyes; y, siendo así, el apoderamiento de la Administración sólo se puede contener en leyes; de donde se deduce que en la materias reservadas a la ley por la CE, la Administración necesita como fundamento la ley: sólo la ley puede atribuir potestades a la Administración. Consiguientemente, no cabe pensar que en estas materias quepa la autoatribución de potestades mediante reglamentos, puesto que la Constitución ha excluido los reglamentos.

De todas las reservas constitucionales de ley, la más importante a este respecto es la del último inciso del art. 53.1 que se refiere a todos los derechos fundamentales de los de los arts. 15 a 38, previsión que se completa con la del art. 81.1 de la misma Constitución que exige concretamente ley orgánica (aprobada, en consecuencia, por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados) cuando se afecta a los derechos funda-

mentales y libertades públicas de los arts. 15 a 29 CE. Así, por ejemplo, la Administración no tendrá más potestades que afecten a la propiedad o a la libertad de empresa que las que le otorguen las leyes ordinarias; y si se trata de afectar a la libertad religiosa o a la de expresión, información o manifestación, por ejemplo, sólo tendrá las que le otorgue una ley orgánica.

Pero esta idea de que sólo en materias reservadas a la ley existe una vinculación positiva a la ley no es exacta. Comete el error de identificar dos planos distintos: el de la creación del Derecho –que es en el que hay que situar la reserva de ley– y el de pura y simple actuación administrativa –que es en el que se sitúa el principio de legalidad–. Y ello le lleva a resultados incorrectos. Peca por exceso y por defecto.

Peca por exceso porque no es del todo cierto que en materias reservadas a la ley la única fuente del Derecho sea la ley. Las reservas constitucionales de ley sólo excluyen –y no del todo– a los reglamentos. Pero, por lo menos, la misma Constitución, claro está, sigue siendo fuente del Derecho y es posible que la Constitución permita directamente actuar a la Administración. Por ejemplo, en los apartados 2 y 3 del art. 103 hay reservas de ley (sobre organización de la Administración del Estado y sobre el estatuto de los funcionarios públicos) de las que, sin embargo, no se deduce que la Administración no tenga ya algunas potestades que se derivan del art. 97 CE; el art. 132 consagra también varias reservas de ley en cuanto a la regulación de los distintos bienes públicos pero no por ello puede excluirse que de la misma titularidad administrativa se deduzcan ciertas posibilidades de actuación de la Administración sobre sus bienes. Además, las reservas constitucionales de ley ni siquiera excluyen completamente la existencia de reglamentos: son posibles siempre que la ley haya regulado todo lo esencial de la materia y que se trate de reglamentos específicamente previstos por la ley y sólo para pormenorizar la regulación legal. Y en esa regulación reglamentaria es posible que, con base legal, se atribuya a la Administración una nueva potestad, una nueva posibilidad de actuación.

Sobre todo, peca por defecto porque hay potestades administrativas que, con independencia de las reservas constitucionales de ley, sólo pueden existir si las atribuye una norma con rango de ley, como a continuación trataré de explicar.

8. EXISTEN ÁMBITOS EN QUE RIGE UNA VINCULACIÓN POSITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY, AUNQUE NO HAYA RESERVA DE LEY; EN ESPECIAL, LA VINCULACIÓN POSITIVA PARA TODO CUANTO RESTRINJA LA LIBERTAD GENÉRICA DE LOS CIUDADANOS

Más correcto es afirmar, al margen de que haya o no reservas de ley, que la Administración sólo tiene las potestades para limitar la libertad genérica de los ciudadanos que le atribuya una ley (u otra norma con rango de ley). O sea, que la Administración no puede imponer deberes, obligaciones o limitaciones de cualquier tipo a los ciudadanos en cualquiera de sus actividades nada más que si una ley se lo permite. Para esto, la ley es condición necesaria y sólo es posible con fundamento legal; o sea que para lo que suponga limitaciones a los ciudadanos sigue siendo cierto que a la Administración sólo le corresponde la ejecución de las leyes. No puede atribuirse esas potestades por reglamento y ni siquiera los apoderamientos constitucionales permiten a la Administración imponer límites a la libertad de los ciudadanos.

El punto de partida para afirmar lo anterior es éste: los ciudadanos tienen una libertad genérica –más amplia que las específicas concreciones de las libertades constitucionalizadas como derechos fundamentales– que le permiten hacer todo lo no prohibido por la ley o en virtud de ella. Encuentra reflejo en el art. 1.1 CE, que proclama la libertad, sin adjetivarla ni reducirla a aspectos determinados, como valor superior del ordenamiento jurídico; y, sobre todo, en el art. 10.1 CE que se refiere al “libre desarrollo de la personalidad” como fundamento del orden político y de la paz social. Esta idea de la libertad genérica de los ciudadanos, que es esencial al Estado de Derecho, y su relación con el principio de legalidad de la Administración ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional. Así, en su sentencia 83/1984, de 24 de julio, tras negar que determinada regulación se incluyese en la reserva constitucional de ley, aclaraba en su fundamento jurídico 3:

No significa ello en modo alguno que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de la libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos y condiciones determinadas...

La misma idea la ha reiterado en otras sentencias como la 101/1988, la 93/1992 (F. J. 8), 196/1997 (F. J. 25)... Algunas sentencias del Tribunal Supremos también son muy expresivas. Vale la pena recordar, al menos, la de 27 de marzo de 1985:

... tanto... en cuanto concierne al libre desarrollo de la personalidad, en expresión del art. 10.1 CE, como porque la garantía de la libertad en que esencialmente se traduce la legalidad veda terminantemente toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o le impide lo que la ley permite...

Esta libertad genérica de los ciudadanos se puede limitar por la ley: la ley puede hacerlo directamente o autorizar a la Administración a hacerlo. Pero la Administración sólo la puede limitar cuando la ley se lo permita. Por tanto, es necesaria una habilitación legal para que la Administración pueda limitar la libertad genérica de los ciudadanos. Dicho de otra forma: la Administración no tendrá más potestades limitativas de la actuación de los ciudadanos –imponiéndoles deberes, prohibiciones o condicionando de cualquier forma su actuación– que las que le atribuyan las leyes (o sus equivalentes) y no ninguna otra norma: sólo las que provienen de las Cortes o, en su caso, de los Parlamentos regionales. Lo que se pretende –y así se comprende el sentido último de la regla y su conexión directa con los postulados teóricos de nuestro sistema político– es que la libertad sólo puede estar limitada por la voluntad de la representación popular: sólo la voluntad popular expresada en el Poder legislativo puede limitar la libertad genérica de los ciudadanos. Entroncamos así con el más profundo significado y finalidad del Estado de Derecho y con sus valores más elevados.

Conviene hacer cuatro aclaraciones complementarias:

1^a) Como la vinculación positiva a la ley de la que hablamos no es la reserva de ley, no exige una regulación completa en la ley: bastan las habilitaciones legales a la Administración, incluso habilitaciones amplias; no es necesaria una regulación detallada de la materia ni de cómo habrá de actuar la Administración en cada caso. Esa regulación detallada sólo será necesaria si no se trata ya sólo de limitar la libertad genérica sino alguno de los aspectos concretamente reservados a la ley por la Constitución. Por esto es equivocado el intento de un sector doctrinal

que, para intentar corregir los defectos de la construcción que reduce la vinculación positiva a la ley a las materias reservadas a la ley, incluye en la reserva constitucional de ley lo que afecte a la libertad genérica de los ciudadanos, aunque no se trate de una manifestación de alguna de las libertades constitucionales consagradas en los arts. 14 y siguientes de la CE. Pero eso no tiene fundamento en nuestra Constitución y conduce a soluciones erróneas por excesivas: no exige ya una habilitación legal, sino una completa regulación legal.

2^a) Las restricciones que del valor de la libertad genérica se deducen para la Administración sólo afectan a sus potestades limitativas de modo sólo parcialmente reducen el significado de ciertas habilitaciones constitucionales. Por ejemplo, si se trata de actuaciones administrativas dirigidas a hacer efectivo el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, el art. 47 CE contiene ya un apoderamiento directo a la Administración y, desde luego, también los reglamentos pueden habilitar a la Administración para realizar las actividades necesarias. Pero ello sólo permite actuaciones administrativas de prestación favorables para los ciudadanos (construcción y ofrecimiento de viviendas por la Administración, ayudas a los que compradores o constructores, etc.); no permite que la Administración imponga deberes a los ciudadanos para que se realice ese derecho a la vivienda. Naturalmente que ello será posible, pero sólo en la medida en que lo establezca una ley. Así puede decirse que la vinculación positiva a la ley que hemos reconocido no afecta nunca a los fines sino a los medios: la Administración, sin ley, puede realizar actuaciones para cualquier fin de interés general siempre que no supongan restricción de la libertad de los ciudadanos. Como ejemplifica Beladíez, la Administración puede emprender una campaña contra el tabaco con anuncios sin necesidad de ley; lo que no podrá, sin ley habilitante, es limitar la libertad de fumar o la de producir o vender tabaco.

3^a) La misma idea de la libertad genérica de los ciudadanos (cuyo reflejo en las relaciones entre particulares es la autonomía de la voluntad) comporta que la Administración no puede entrar en las relaciones entre particulares nada más que en la medida en que una ley –precisamente una ley y no la simple voluntad de la Administración, aunque la exprese por reglamento– lo permita. Por tanto, la Administración no tiene potestades para interferir en las relaciones entre sujetos privados (e interferir así en la autonomía de la voluntad) nada más que en la medida en que

una ley se las confiera. Esto protege sobre todo a las relaciones contractuales privadas.

4ª) Al margen de lo anterior y en otro orden de cosas, debe añadirse que hay otros ámbitos en que con distinto fundamento constitucional también es necesario el apoderamiento legal. El supuesto más relevante es el que suministra la proclamación constitucional de la autonomía de ciertas Administraciones, como los municipios (art. 140 CE) o las universidades públicas (art. 279 CE): así, ninguna Administración tendrá potestades que permitan interferir en la actividad de otra Administración autónoma nada más que cuando lo haya establecido una ley; sólo la ley limita la autonomía de una Administración; y, por ello, sólo la ley puede atribuir potestad a una Administración para limitar o condicionar de cualquier forma la autonomía de otra. Por ejemplo, la autonomía municipal pone a los municipios al resguardo de la Administración estatal o regional correspondiente: por aquella autonomía, estas Administraciones no podrán autoatribuirse poderes sobre las Administraciones locales; sólo lo podrá hacer la ley.

9. CLÁUSULAS AMPLIAS DE APODERAMIENTO Y POTESTADES IMPLÍCITAS

Tanto la vinculación positiva al bloque de la legalidad como la vinculación positiva a la ley, allá donde esta rija, son compatibles con la admisión de apoderamientos relativamente amplios de potestades a la Administración. Se habla a veces de cláusulas generales de apoderamiento. No son “generales” en el sentido de que autoricen a la Administración a realizar cualquier actividad. Eso ya lo hemos rechazado y la admisión de una sola de esas cláusulas sería suficiente para arruinar todo el edificio. Pero sí que son admisibles y sí que hay apoderamientos amplios. Nada impide que las leyes o, donde sea posible, los reglamentos se expresen en términos relativamente amplios que confieran extensas potestades y permitan a la Administración realizar multitud de actividades. Tampoco está reñida la vinculación positiva con la aceptación de potestades implícitas o inherentes. Se trata sólo de deducir de ciertas normas que atribuyen unas determinadas potestades que existe la voluntad implícita de otorgarle otra. Así, por ejemplo, si se atribuye a la Administración una potestad para sancionar las conductas de fabricación de alimentos contrarias a la

salud pública, cabrá considerar implícita la atribución de una potestad de inspección sobre esas actuaciones privadas. A este respecto lo que procede no es negar la posibilidad misma de amplios apoderamientos (como los que se dan en materia de policía, como luego veremos) ni rechazar por completo la doctrina de las potestades inherentes (que surgen ampliamente, por ejemplo, ante la declaración de ciertos bienes como de dominio público o de ciertas actividades como de servicio público, así como ante las relaciones de sujeción especial, a las que después nos referiremos) sino de manejar estos conceptos con cautela para no convertirlos en un fácil artificio con el que justificar cualquier actuación administrativa y en un peligro desbocado para la libertad y derechos de los ciudadanos.

10. LAS SUPUESTAS O REALES EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Se habla a veces de excepciones al principio al principio de legalidad administrativa. Normalmente, más que de excepciones, se trata de matizaciones. Oportuno es referirse a las principales, aunque sea someramente y con el propósito, más bien, de reafirmar el principio de legalidad.

A) La excepción más falsa es la de las *potestades discrecionales* de la Administración. Hoy es claro que si las potestades discrecionales existen no es al margen del ordenamiento ni porque haya una laguna jurídica sino precisamente porque las confiere el ordenamiento o, si estamos ante algunas de las materias en que es necesaria, concretamente la ley. Y sólo existen con la medida que las haya atribuido el ordenamiento, que es siempre tasada y mensurada. Así que nada hay en ellas contrario a la vinculación positiva. Tampoco contradice la vinculación negativa porque, además de que siempre son configuradas dentro de un cierto marco y con límites, quedan sometidas al respeto de todas las normas generales y muy destacadamente de los principios generales del Derecho. Con lo que sí choca la existencia de potestades discrecionales es con la tendencia del Estado de Derecho a que las normas regulen verdadera y materialmente la actuación administrativa, a que esté predeterminada y sea previsible para todos conforme a reglas generales. Pero esto es sólo, como decimos, una tendencia, una aspiración del Estado de Derecho que no se puede realizar plenamente ni por igual para todos los sectores del

actuar administrativo. En algunos ámbitos, en virtud de principios distintos del de legalidad, debe quedar excluida radicalmente la discrecionalidad (por ejemplo, para imponer sanciones administrativas o para imponer límites a las libertades públicas), pero en otros muchos es admisible e inevitable sin que ello suponga arbitrariedad ni excluya el control judicial para garantizar que permanece dentro de sus límites. No es ésta ocasión para abordar cuestión tan trascendental y nuestro propósito queda cumplido afirmando que la discrecionalidad administrativa sólo existe en la medida en que la admita el ordenamiento por lo que nada hay en ella contrario al principio de legalidad.

B) Más seria es la objeción que alza la teoría de las *situaciones de necesidad*. Con frecuencia, el mismo Derecho positivo contiene normas que establecen un régimen distinto para la actuación de los poderes públicos –sobre todo, del Ejecutivo y, más concretamente, de la Administración– cuando surgen esas situaciones de necesidad o urgencia: o les confieren potestades más extensas o permiten su desenvolvimiento con menos límites procedimentales o con menos garantías para los ciudadanos. Así hay, por ejemplo, expropiaciones de urgencia, procedimientos de urgencia o formas de contratación administrativa de urgencia, etc. Por otra parte, la misma Constitución se refiere a los estados de alarma, excepción y sitio (art. 116). Y, al margen de estas declaraciones formales, muchas leyes prevén normas especiales para situaciones de crisis sanitarias, incendios u otras catástrofes. O se permite al Gobierno ejercer la potestad legislativa cuando hay necesidad de ello (art. 86.1 CE) o a los Alcaldes dictar reglamentos de necesidad... En la medida que todo esto también está previsto en normas, no hay aquí una real confrontación con el principio de legalidad. Si acaso puede decirse que hay una legalidad para situaciones normales y otra para ciertas situaciones anormales.

Pero lo que ahora nos interesa es que, además de lo anterior, la teoría ha admitido excepcionalmente que, incluso sin previsiones específicas, la Administración puede actuar sin que se le haya otorgado la correspondiente potestad e incluso en contra de lo establecido en las normas. No sólo ante circunstancias de crisis general del sistema en que se ponga en peligro la subsistencia del Estado; sino también hay quienes aceptan la actuación administrativa *praeter legem* o incluso *contra legem* en situaciones de normalidad general pero en las que aparece un peligro concreto para el mantenimiento del orden público o el funcionamiento

de los servicios públicos (o el suministro indispensable de los bienes y servicios esenciales); siempre que, además, se trate de un peligro que no se pueda conjurar por los medios previstos por las normas, ni siquiera por las establecidas para casos anormales. El fundamento de esta teoría, como ha explicado Álvarez García, es éste: el Derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para conseguir determinados fines sociales; por tanto, el Derecho nunca puede ser un obstáculo para conseguir hasta los fines vitales de la sociedad confiados a la Administración. Invoca la autoridad de De Laubadère para quien la teoría de la necesidad “encuentra su fundamento en los deberes generales de las autoridades administrativas. Éstas, en efecto, tienen como primera obligación asegurar el orden público y el funcionamiento de los servicios públicos; cuando esta obligación se encuentre obstaculizada por la aplicación de la legalidad, la autoridad administrativa podrá suspender la aplicación de ésta última...”. Las normas no pueden ser un impedimento para que las autoridades logren los fines para los que sobre todo existen. Si las normas -ya sean de procedimiento, de competencia o de fondo- constituyen ese obstáculo para que los poderes públicos garanticen esos mínimos imprescindibles de la convivencia, los poderes públicos pueden actuar al margen de ellas e incluso en contra de ellas. La actuación será, acaso, formalmente ilegal pero, en el fondo, conforme con el ordenamiento porque consigue los fines de éste.

Se observa así la contradicción entre esta teoría y el principio de legalidad pues la necesidad podría permitir a la Administración imponer deberes y limitaciones a los ciudadanos sin una habilitación legal (es decir, contrariamente a la vinculación positiva) o realizar otras actuaciones con vulneración de las normas (o sea, contrarias a la vinculación negativa). Álvarez García ha intentado compatibilizar esta teoría con el principio de legalidad: “La necesidad en tanto que principio general del Derecho no debería entenderse como una excepción al principio de legalidad positiva, sino como su auténtico complemento... En estos casos, la necesidad sirve como cláusula habilitante para la actuación de la Administración, que, según el art. 103.1 CE, debe actuar con sometimiento pleno no únicamente a la Ley, sino a todo el Derecho en general, se encuentre o no positivizado”. Pero esto, si acaso, armoniza esta teoría con una simple vinculación al ordenamiento en el que, claro está, se incluyen los principios generales del Derecho. Esto no es más que el simple principio de juridicidad. Pero, por el contrario, sí contradice el principio de legalidad como vinculación negativa y como vinculación positiva al bloque de la legalidad y, allí

donde rige, como vinculación positiva a la ley en sentido estricto. O sea que, en efecto, existe una contradicción entre el principio de legalidad y la teoría de la necesidad que, además, conlleva riesgos de abusos y de daños para los derechos de los ciudadanos. Pese a ello, creo que se debe aceptar esta teoría de la necesidad, aunque constituye efectivamente una excepción al principio de legalidad. Habrá que encorsetarla cuanto sea posible, reducir la situación de necesidad a las que verdaderamente sean graves, permitir sólo las medidas imprescindibles para la preservación de los bienes esenciales, etc., y todo ello, además, sin perjuicio del control judicial sobre el respeto de esos límites y sobre, en su caso, los derechos de indemnización. Pero aun con todo eso, forzoso es reconocer que la teoría de la necesidad sí comporta una excepción al significado normal del principio de legalidad.

C) alguna relación con la excepción anterior tiene la tercera de las que queremos referir: la de la *actividad de policía* en sentido estricto, esto es, aquélla en la que la Administración impone deberes y límites a la libertad de los particulares para garantizar el orden público. De esta supuesta excepción me he ocupado extensamente en otra ocasión y aquí sólo procedo a apuntar algunas ideas para descartar que la policía comporte esa exclusión frontal del principio de legalidad. Desde luego, salvo en situaciones de extrema necesidad a las que nos acabamos de referir, nunca se ha afirmado que la preservación del orden público permita vulnerar el ordenamiento jurídico; es decir, que nunca se la ha considerado una excepción a la simple vinculación negativa. Sólo a la vinculación positiva en tanto que se ha afirmado, a veces, que la Administración tenía sin necesidad de habilitación legal los poderes necesarios para garantizar el orden público, incluidos los poderes para imponer deberes y límites a la libertad de los ciudadanos. Esto tenía justificación específica en algunas Constituciones decimonónicas que atribuían al Gobierno, no sólo la ejecución de las leyes, sino también el mantenimiento del orden público, de manera que se presentaba a esta segunda labor como distinta de la de ejecución de las leyes y, por tanto, no necesitada de ley. Se trataba, entonces, de la existencia de un apoderamiento directamente contenido en la Constitución que permitía a la Administración imponer límites a los ciudadanos, incluso límites a sus derechos fundamentales. No suponía, por tanto, una negación de la vinculación positiva al ordenamiento, puesto que se partía de que la Administración podía actuar porque se lo permitía la

Constitución. Era sólo una excepción a la vinculación positiva a la ley en la medida en que permitía imponer límites a la libertad genérica de los ciudadanos e incluso a sus concretos derechos y libertades sin la base de una ley intermedia. Así, la Administración podía restringir la libertad de los ciudadanos mediante actos administrativos o actuaciones materiales (coacción directa) y, sobre todo, mediante reglamentos: por eso los llamados reglamentos de policía eran el campo abonado para los reglamentos independientes. Incluso sin una fundamento constitucional tan claro, durante mucho tiempo se ha mantenido –así, claramente en Francia– que en la Constitución había por lo menos una habilitación implícita al Gobierno para el mantenimiento del orden. Y en otros casos se ha hablado de un apoderamiento basado en la costumbre constitucional o en un principio general del Derecho o sencillamente de unos poderes naturales de la Administración. Nada de esto es hoy aceptado en nuestro Derecho. Lo que cabe admitir es sólo que la actividad de policía, íntegramente sometida al principio de legalidad (incluida la vinculación positiva a la ley para lo que comporte límites a la libertad de los ciudadanos), es una materia en la que por necesidades elementales se admiten más fácilmente que en otros ámbitos cláusulas amplias de apoderamiento y potestades implícitas. Sólo eso. No es poca cosa, pero, en cualquier caso, no se puede ir más allá de eso. Y, aun así, esta forma peculiar de adaptarse al principio de legalidad se compensa en materia de policía con una serie de límites adicionales que constriñen intensamente las potestades administrativas pues las basadas en esas amplias cláusulas de apoderamiento sólo se pueden ejercer ante perturbaciones reales del orden o riesgos concretos e inminentes y sólo contra el perturbador, no contra cualquier otro; sólo se pueden ejercer para que no se perturbe, no para que se coadyuve positivamente a las condiciones en que sea posible el orden; y únicamente con las medidas proporcionadas al peligro y, dentro de ellas, las menos restrictivas de la libertad. Así, a la postre, esas cláusulas de apoderamiento amplias de que goza la policía son, en realidad, mucho más estrechas de lo que aparenta su literalidad y la actividad de policía, aunque con alguna singularidad, queda domeñada conforme al principio de legalidad.

D) A muy distintas ideas responde la cuarta de las supuestas excepciones que viene constituida por las llamadas *relaciones de sujeción especial* (o, desde la perspectiva contraria, relaciones de supremacía especial). Concepto éste acuñado por la doctrina alemana (Mayer) y muy

extendido allí durante mucho tiempo, es ahora en gran parte abandonado y hasta denostado en su país de origen. Al menos, no se considera por muchos que sea la mejor forma de explicar la situación peculiar que sufren algunos individuos, como los funcionarios, los presos, los internados en un hospital público, etc. Pero, se crea o no en las relaciones de sujeción especial, haberlas, haylas; es decir, que sean o no la explicación más conveniente y dudando incluso de que todas respondan a unos mismos fundamentos y naturaleza, hay personas que tienen un más intenso sometimiento a la Administración y que ello comporta sobre todo algunas adaptaciones del principio de legalidad. Además, lo cierto es que los tribunales usan este concepto que ha acabado por asentarse entre nosotros. Ante ello lo que procede es tratar de acotarlo para que no se convierta en una válvula por la que se escapen las garantías del principio de legalidad. Ese riesgo existe porque los tribunales no sólo han hecho uso sino abuso del concepto: en ocasiones, cuando no encuentran la base legal necesaria para justificar las potestades de la Administración y pese a ello quieren aceptar su legalidad, se sirven erróneamente de las relaciones de sujeción especial desorbitando tanto su amplitud como sus consecuencias. Frente a ello se impone, como mínimo, optar, de un lado, por un concepto restringido de tales relaciones y, de otro, por moderar sus consecuencias. En ambas tareas son capitales las aportaciones de López Benítez a quien ahora seguimos.

Sólo hay relaciones de sujeción especial cuando se produce “la incorporación duradera y efectiva del administrado en la esfera organizativa de la Administración”. No hay por tanto tales relaciones, aunque los tribunales y hasta la doctrina lo hayan entendido así a veces, por el mero hecho de utilizar el dominio público o de ser usuario o concesionario de cualquier servicio público ni por integrarse en corporaciones de Derecho público o por ejercer ciertas actividades como las de detective privado o las propias de una entidad de crédito, etc. Puede que en todos esos casos y otros muchos las leyes hayan conferido numerosas e intensas potestades a la Administración atendiendo a la peculiaridad de la actividad y a las necesidades de interés público; y puede que en tales casos sea fácil deducir potestades implícitas. Pero nada de eso permite hablar de relaciones de sujeción especial y de la relajación del principio de legalidad que comportan. Sólo cuando hay esa inserción estable en el seno de la organización administrativa se dan tales relaciones especiales.

Los sometidos a ellas sufren “modulaciones importantes” en su libertad genérica y hasta en sus derechos fundamentales. Como consecuencia de esa modulación de la libertad se admiten restricciones administrativas a su libertad sin una expresa base legal. La simple potestad de autoorganización, de la que gozan ampliamente las Administraciones, es suficiente para arrastrarles y afectarles en su situación personal y en su libertad y derechos. Por ello es campo en el que se dan fácil y frecuentemente los reglamentos independientes y las autoatribuciones de potestades, así como para admitir potestades implícitas o inherentes. Pero, aun así, estas relaciones de sujeción especial no llegan nunca a constituir “espacios ajurídicos o exentos del Derecho en donde reina la nuda arbitrariedad del Soberano o de la Administración”. Por el contrario, las modulaciones restrictivas de la libertad de los sometidos a estas relaciones sólo son admisibles en función de las necesidades y fines típicos de cada una de esas relaciones; y, en consecuencia, las matizaciones al principio de legalidad únicamente son aceptables en la medida en que estén justificadas por las exigencias y organización y funcionamiento de la Administración. Lo mismo y hasta con mayor razón y contundencia hay que afirmar si se pretende afectar a los derechos fundamentales sometidos a reserva de ley. Más allá de eso, será necesaria la habilitación legal. En suma, las relaciones de sujeción especial acotan un campo reducido y, además, no comportan una pura y frontal excepción al principio de legalidad sino sólo una cierta flexibilización de la exigencia de ley.

E) No es impertinente aclarar que cuando se proclama la autonomía de ciertas Administraciones (autonomía local, autonomía de las Universidades, etc.) nada tiene que ver con la autonomía de la voluntad privada: esa autonomía de algunas Administraciones es autonomía respecto a otras Administraciones, no autonomía respecto a las leyes o el ordenamiento; es posibilidad de orientar su actividad con independencia de otras Administraciones, no con independencia de las leyes o del ordenamiento en su conjunto. Así que en nada contradice esa autonomía de algunas Administraciones con lo que hemos dicho al negar rotundamente la existencia de autonomía de la voluntad administrativa. Ahora bien, es necesario añadir que hay ciertas posturas doctrinales que sobre todo en relación con la *autonomía de los municipios* sí están admitiendo una cierta relajación del significado normal del principio de legalidad. Para llevar al máximo esa autonomía municipal y teniendo en cuenta que los municipios no

pueden aprobar leyes en sentido formal ni normas con rango de ley sino sólo reglamentos, pretenden que esos reglamentos municipales pueden cubrir las funciones de la ley. En particular, pretenden que los reglamentos locales, sin ningún fundamento legal específico y sin desarrollar o ejecutar ninguna regulación legal, pueden introducir nuevas limitaciones a la libertad genérica de los ciudadanos y hasta cubrir las reservas constitucionales de ley. Para ello se invocan distintos argumentos: desde los históricos hasta los que se fundamentan en el carácter democrático del órgano municipal máximo lo que, según estas tesis, permitiría asimilarlo a una especie de parlamento local. No es ésta la ocasión de abordar tan delicada y compleja cuestión. Digamos tan sólo que, aunque es cierto que los reglamentos municipales no tienen que ser siempre reglamentos de simple ejecución de leyes, eso no permite asimilarlos de ninguna forma a las leyes ni desactivar de esta forma el significado del principio de legalidad. Ni el carácter electivo de las autoridades locales ni la autonomía municipal justifican esa construcción que trastocaría aspectos esenciales del Estado de Derecho y que colocaría a los municipios en una posición insólita para lo que es y debe seguir siendo una Administración pública. Lo que puede admitirse es mucho más modesto: que el sometimiento a la legalidad del resto de Administraciones -sobre todo, respecto a la ley en sentido formal y estricto- no es tan intenso como algunos autores consideran. Una vez que se reduce su significado en el sentido en que lo hemos hecho en este trabajo y se superan los errores de partida en que incurren algunos autores, no surge la necesidad de hacer concesiones especiales para los municipios. En especial, hay que destacar que justamente los ámbitos en los que se hacen más patentes las necesidades de un desenvolvimiento municipal algo más laxo son los tradicionales de su actividad de policía y que, entonces, esas supuestas particularidades de la actividad municipal no son tales, sino simple reflejo de la forma peculiar en que rige el principio de legalidad en materia de policía. Así lo he explicado junto con Izquierdo Carrasco al comentar el art. 84 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Con el mismo profesor y con Alarcón Sotomayor he criticado, en particular, lo que consideramos excesos doctrinales y jurisprudenciales sobre la flexibilización de la reservas de ley frente a los reglamentos locales, en especial, ante los que establecen sanciones administrativas.

F) En otro plano muy distinto, es oportuno descartar una supuesta excepción al principio de legalidad de la que en ocasiones se habla. Las consecuencias que el ordenamiento prevea para las actuaciones ilegales de la Administración pueden ser muy variadas: nulidad radical, anulabilidad, derecho a indemnización de quienes sufran la ilegalidad, responsabilidad disciplinaria o hasta penal de los responsables de la ilegalidad, etc. No cabe una sistematización completa de todas las posibles consecuencias. Desde luego es natural y lo más normal que el ordenamiento tienda a evitar que las actuaciones administrativas antijurídicas tengan efectos y, si ya los han producido, que tienda a aniquilarlos. Pero por muy distintas razones y atendiendo a diversos valores protegidos por el Derecho (seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima, funcionamiento de los servicios públicos, intangibilidad de las obras públicas, etc.) es perfectamente posible que *el ordenamiento admita que actos administrativos antijurídicos produzcan efectos* y, más frecuentemente aún, que mantenga total o parcialmente los ya producidos. A veces, impide incluso su declaración de nulidad; y otras, aunque la admite, modera las consecuencias de la nulidad manteniendo algunos efectos. Lo que aquí importa destacar es que nada de esto supone la más mínima quiebra del principio de legalidad. Esta precisión, no por obvia, huelga, dada la confusión en la que frecuentemente se incurre. El principio de legalidad sólo expresa la posición de la Administración respecto al Derecho o, concretamente, respecto a la ley; pero no impone una determinada consecuencia para las actuaciones antijurídicas. Por eso, el hecho de que a veces prevalezcan otros principios (sobre todo, derivados de la seguridad jurídica y de las necesidades de funcionamiento de los servicios públicos) frente a la regla general de la nulidad o anulación de los actos ilegales y frente a la aniquilación de sus efectos no comporta ninguna excepción y ni siquiera una matización al principio de legalidad. En estos casos, no es que prevalezcan otros principios frente al de legalidad; es que prevalecen otros principios frente a la regla general de la invalidez o de la ineficacia de los actos ilegales, y ello porque así lo quiere el propio ordenamiento, o sea, la legalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en el Derecho público*, Civitas; Madrid, 1996.
- BELADÍEZ ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2ª, 2001.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson/Civitas, Madrid, 18ª ed, 2007.
- DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1924.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Thomson/Civitas, Madrid, 13ª ed., 2006.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1974.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Universidad de Córdoba/Civitas, Madrid, 1994.
- MERKL, A., *Teoría general del Derecho Administrativo*, trad. esp., México, 1980.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2ª ed., 2006.
- REBOLLO PUIG, M., “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, nº 125, 1991, págs. 7 a 173.
- REBOLLO PUIG, M., “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 54, 1999, págs. 247 a 282.

- REBOLLO PUIG, M., “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, en la obra *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V congreso luso-hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, págs. 41 a 60.
- REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., “Comentario al artículo 84”, en REBOLLO PUIG., M. (Dir) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, Tomo II, págs. 2153 a 2256.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Comentario a los artículos 139, 140 y 141”, en REBOLLO PUIG., M. (Dir) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, Tomo IV, págs. 3675 a 3768..
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en España

Ricardo Rivero Ortega*

I. INTRODUCCIÓN

Es un honor poder participar en esta nueva etapa de la *Revista de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, publicación periódica de insigne tradición jurídica en América Latina que me ofrece la oportunidad de reafirmar mi interés y preocupación por el Derecho administrativo iberoamericano¹.

También me permite poner énfasis en uno de los aspectos esenciales de nuestro Derecho administrativo, cual es la protección de los derechos de los ciudadanos (de las personas en general) en sus relaciones con la Administración en España, que ha experimentado notables evoluciones a resultas de la Constitución y el Derecho europeo.

Este trabajo expondrá de forma panorámica las principales normas vigentes que rigen las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, tanto en el nivel estatal (normativa básica y normas de la Administración

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca.

1 *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Reforma del Estado en América Latina: las instituciones administrativas como clave del desarrollo", en HERNÁNDEZ MENDIBLE, Victor, *El Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en Homenaje al Postgrado en Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 2007.

del Estado) como en el nivel autonómico, tomando como ejemplo la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

No se agotarán las referencias normativas en el nivel del Estado dado que las fundamentales a tener en cuenta son aquellas que tienen carácter básico, condicionando por tanto la intervención normativa ulterior de los poderes autonómicos en sus competencias de desarrollo y establecimiento del régimen de sus propias administraciones. No obstante, las principales normas reguladoras de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración del Estado serán también comentadas, en la medida que el Derecho del Estado (no básico) puede ser también un ejemplo a valorar en el momento de hacer balance del grado de desarrollo de los derechos de los ciudadanos frente a las administraciones en España.

Todo este estudio se cerrará, necesariamente, con unas breves conclusiones que expondrán las que a nuestro juicio pueden considerarse las mejores opciones formales (rango de la norma a emplear para regular los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración) y materiales (mejores contenidos para realizar efectivamente estos derechos). Conclusiones que podrán ser tenidas en cuenta a la hora de ponderar las mejores opciones normativas de futuro en esta empresa, verdadero desafío democrático, de mejorar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en España y en cualquier otro país iberoamericano.

II. NORMAS BÁSICAS REGULADORAS DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA

1. Aspectos formales: rango de las normas estatales que regulan las relaciones entre Administración y ciudadanos

Cualquier análisis del sistema de fuentes debe partir de una cita de la Constitución, como primera y principal fuente, que también regula cuestiones fundamentales de Derecho administrativo, y condiciona el reparto de funciones normativas entre los distintos poderes territoriales.

Más allá de estas cuestiones relativas a derechos fundamentales, el Derecho administrativo del Estado, en España, se encuentra suficientemente codificado gracias a nuestra larga tradición de procedimiento administrativo. Incluso hoy, en un Estado compuesto y complejo, también

en sus proyecciones sobre el sistema de fuentes, se mantiene cierta unidad de los aspectos básicos del Derecho administrativo gracias a la cautela de nuestros constituyentes, reflejada en el apartado 18 del artículo 149.1 de la Constitución.

Este precepto garantiza el mantenimiento de un mínimo común denominador en los aspectos más relevantes reguladores de las relaciones entre Administración y ciudadanos, al contemplar la competencia estatal para dictar las normas relativas a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, del procedimiento administrativo común y del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. De estos dos títulos surgirán las principales leyes reguladoras de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, dictadas por el Estado.

Continuando con la línea codificadora que arranca en 1888 (Ley Azcárate) y profundizando en esa tendencia, en la línea de los países más desarrollados del mundo (Estados Unidos, Alemania...), el legislador estatal dictó en 1992 la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, un texto que regula tanto los derechos de los ciudadanos como el procedimiento administrativo, la potestad sancionadora y el sistema de responsabilidad de la Administración, sus funcionarios y agentes.

Algunos aspectos de las relaciones entre Administración y ciudadanos se encuentran en otras leyes, como la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Petición, que vino a sustituir a su precedente preconstitucional. Y, desde luego, en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en su condición de Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos de los ciudadanos. Pero para las relaciones ordinarias entre los ciudadanos y la Administración, la Ley 30/1992 es la legislación básica, dictada al amparo del artículo 149.1.18 del a Constitución (“Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas...”). Ello implica que las Comunidades Autónomas no podrán desconocer, en sus normas jurídicas, ninguno de los derechos que posteriormente veremos y que se perfilan en la Ley 30/92.

Junto a la Ley 30/92, hoy es preciso tener muy presente la nueva Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Ley 11/2007, de 22 de junio, que además de ofrecer un marco general para los desafíos planteados por la e-Administración, regula una serie de

principios y derechos claves para comprender la nueva relación tecnológica entre ciudadanos y Administraciones públicas: El artículo 6, dentro de su Título I, es en este sentido clave: “Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular o licitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.² Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos: a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas. b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos. c) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas. d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos. e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado. f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente. g) A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública. h) A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el

ámbito de las Administraciones Públicas. i) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas. j) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos. k) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos. 3. En particular, en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios, los ciudadanos tienen derecho a obtener la siguiente información a través de medios electrónicos: a) Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio. b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como de las asociaciones y organizaciones profesionales relacionadas con las mismas. c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios y las vías de recurso en caso de litigio entre cualesquiera autoridades competentes, prestadores y destinatarios”.

Muchos de estos derechos coinciden con los que veremos en el artículo 35 de la Ley 30/92, por lo que desde el punto de vista de la técnica normativa y la codificación podría plantearse eventualmente la conveniencia de recodificar las normas reguladoras de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones “clásicas” con la Administración y los derechos en las relaciones “electrónicas”. Pues si al fin y al cabo estamos hablando de los mismos temas (acceso a información, cautelas documentales...), el tratamiento podría ser común. Estamos seguros de que en un medio o largo plazo ésta será la tendencia normativa, aunque de momento la novedad de la Administración electrónica haya dado lugar a la aprobación de leyes específicas sobre la materia.

También hay que tener en cuenta la figura del Defensor del usuario de la Administración electrónica, que puede servir de modelo a las Comunidades Autónomas a la hora de crear instituciones que eviten que el salto tecnológico perjudique la realización de los derechos de los ciudadanos.

Artículo 7. *Defensa de los derechos de los ciudadanos*. 1. En la Administración General del Estado, se crea la figura del Defensor del usuario de la administración electrónica, que velará por la garantía de los

derechos reconocidos a los ciudadanos en la presente Ley, sin perjuicio de las competencias atribuidas en este ámbito a otros órganos o entidades de derecho público. Será nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas entre personas de reconocido prestigio en la materia. Estará integrado en el Ministerio de Administraciones Públicas y desarrollará sus funciones con imparcialidad e independencia funcional. 2. El Defensor del usuario de la administración electrónica elaborará, con carácter anual, un informe que se elevará al Consejo de Ministros y se remitirá al Congreso de los Diputados. Dicho informe contendrá un análisis de las quejas y sugerencias recibidas así como la propuesta de las actuaciones y medidas a adoptar en relación con lo previsto en el apartado 1 de este artículo. 3. Para el ejercicio de sus funciones, el Defensor del usuario de la administración electrónica contará con los recursos de la Administración General del Estado con la asistencia que, a tal efecto, le presten las Inspecciones Generales de los Servicios de los Departamentos ministeriales y la Inspección General de Servicios de la Administración Pública. En particular, las Inspecciones de los Servicios le asistirán en la elaboración del informe al que se refiere el apartado anterior y le mantendrán permanentemente informado de las quejas y sugerencias que se reciban en relación con la prestación de servicios públicos a través de medios electrónicos. A estos efectos, la Comisión Coordinadora de las Inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales realizará, en este ámbito, las funciones de coordinación que tiene legalmente encomendadas. 4. Reglamentariamente se determinará el estatuto del Defensor del usuario de la administración electrónica, así como la regulación de sus relaciones con los órganos a los que se refiere el apartado anterior de este artículo.

Fuera de la legislación básica, la enunciación de los derechos de los ciudadanos se encuentran a nivel de la Administración del Estado, en la LOFAGE, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, Ley 6/97. Cuando las Cámaras legislativa aprueban la Ley 6/97, resaltan en la Exposición de Motivos que el carácter básico de la Ley 30/92 obligaba a que muchos aspectos de su regulación deberían ser precisados normativamente para cada Administración. Y eso es precisamente lo que hace la Ley 6/97, en el punto que nos ocupa.

Otras normas del estado, ya de rango reglamentario, que regulan cuestiones relevantes desde el punto de vista de las relaciones con los ciu-

dadanos, son el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, sobre los servicios de información administrativa y atención al ciudadano y el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayor, sobre presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, expedición de copias y documentos y devolución de originales.

2. Aspectos de contenido: grado de profundización y satisfacción de los derechos ciudadanos

No vamos a reiterar aquí el catálogo de derechos y principios que consagra la Constitución española de 1978, pero conviene advertir que todo el contenido de nuestra norma fundamental, y especialmente algunos preceptos (el derecho a la participación, el derecho de petición, el acceso a documentos, los principios de la Administración, responsabilidad administrativa), produce consecuencias inmediatas a la hora de configurar las relaciones entre la Administración – las Administraciones – y los ciudadanos en España.

Algunos de estos derechos, como el de petición del artículo 29, han sido desarrollados en Leyes. Es el caso de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. Una norma que procura distinguir las peticiones presentadas al amparo del meritado derecho, del derecho de instancia al que hace referencia la Ley 30/92, en su artículo 70, cuando regula el procedimiento a instancia del ciudadano.

Existen supuestos en la práctica donde esta distinción se hace difícil. La Ley 4/2001, en cualquier caso, obliga a la Administración a que conteste estas peticiones, aunque sólo sea para exteriorizar la recepción o desestimarla sin más. En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/93, de 14 de julio.

Los principios enunciados por la Ley 30/92 tienen sus repercusiones en las relaciones entre Administración y ciudadanos. Así, el artículo 3.1, segundo inciso, de la Ley 30/92, preceptúa que las Administraciones públicas deben respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima. A estos principios podrían sin duda añadirse otros (como la equidad) que constituyen principios generales del Derecho, y no sólo del Derecho administrativo.

El apartado 2 del artículo 3 alude a la actuación de la Administración conforme al criterio de servicio a los ciudadanos. Luego puede sostenerse

la existencia de un principio de servicio a los ciudadanos. Finalmente, el apartado 5 del citado artículo 3 señala que “en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación”.

El principio de transparencia forma parte a nuestro juicio del principio de objetividad, consagrado constitucionalmente en el artículo 103. Y del principio deben derivarse derechos concretos, como el acceso a la información, así como recíprocas obligaciones informativas de la Administración pública.

De igual manera, el principio de objetividad difícilmente puede realizarse sin una más exacta y garantista configuración de instituciones concretas de procedimiento administrativo, como la abstención y recusación.

Más allá de estos principios, sin embargo, la Ley 30/92 ofrece como principal aportación de contenidos la previsión de los derechos de los ciudadanos del artículo 35. Decálogo que incluye tanto derechos de estricto carácter procedimental como otros que tienen un alcance en todo el funcionamiento de la Administración y las obligaciones de las autoridades y personal a su servicio.

Otros contenidos de la Ley 30/92 muy relevantes a la hora de comprender las relaciones entre la Administración y los ciudadanos en nuestro país son los relativos a la responsabilidad administrativa, partiendo de su artículo 130, precepto que perfila el artículo 106.2 de la Constitución precisando que la responsabilidad puede serlo por el funcionamiento normal o anormal. Precepto éste que constituyendo legislación básica, no pueden desarrollar en sentido contrario las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, no todos los aspectos del régimen de la responsabilidad administrativa regulados en la Ley 30/92 merecen una valoración positiva, a nuestro juicio. El artículo 145, que ha terminado con la probabilidad de que el ciudadano pueda exigir directamente responsabilidad patrimonial al personal al servicio de la Administración o a las autoridades, puede ser cuestionado desde nuestro punto de vista.

Aunque el propio artículo 145 contempla la vía de regreso para repetir frente a las autoridades o funcionarios verdaderamente responsables de los daños ocasionados a los ciudadanos, en los casos más graves, y

pese a que la reforma de 1999 llevada a cabo en la Ley 30/92 sustituyó el verbo “podrá” por un “exigirá”, es bien sabido que la vía de regreso no se ejerce prácticamente nunca.

En estas circunstancias, el ciudadano no puede proceder legalmente de forma directa contra una autoridad o empleado al servicio de la Administración, a diferencia de lo que ocurría mientras estuvo vigente la benemérita Ley MAURA. Y esta solución se aparta de la que encontramos en el Derecho comparado, tanto en el ámbito europeo como en el latinoamericano.

A nuestro juicio, una regulación tal blinda en exceso a autoridades y funcionarios incluso cuando cometen irregularidades graves, no compaginándose fácilmente con el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos cuando se relacionan con la Administración. Como tampoco está en sintonía con las nuevas tendencias de la gestión pública, que ponen especial énfasis en el principio de responsabilidad.

Pese a tan graves limitaciones prácticas aplicativas del artículo 145 de la Ley 30/92, somos de la opinión de que puede encontrarse un equilibrio entre el correcto funcionamiento de la Administración pública y lo que podríamos definir como una tranquila y responsable actuación al servicio de la Administración, combinando adecuadamente el principio de eficacia, la buena administración y el derecho de los ciudadanos a exigir responsabilidades al personal a su servicio cuando su comportamiento les haya ocasionado un daño grave.

Nuestra propuesta iría en la línea de que la vía de regreso prevista en la Ley 30/92 pudiera ponerse en marcha no sólo de oficio, sino también a instancia de parte, conforme a la propia Ley 30/92, por la persona física o jurídica que hubiera sufrido el daño en sus bienes y derechos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los daños morales.

Este planteamiento, a nuestro juicio, no invade competencias estatales, y tiene su apoyo en el propio concepto de interesado de la Ley 30/92, pudiendo ser perfectamente asumido por las Comunidades Autónomas en su regulación de la materia, dentro del marco de las relaciones entre Administración y ciudadanos. A diferencia de alguna regulación autonómica (Cataluña) que directamente parece permitir la exigencia de responsabilidad inmediata a funcionarios, en oposición directa a la legislación básica.

Sobre los contenidos de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos ya nos hemos pronunciado. Los consideramos en líneas generales positivos, quizás necesitados de una regulación de mayor detalle, que puede ser realizada por los poderes normativos autonómicos.

Pasando ahora a la legislación estatal, no básica, hay que recordar la LOFAGE, Ley 6/1997, que cita desde su Exposición de Motivos algunos de los principios que deben presidir la actuación de la Administración pública, como la objetividad y la transparencia.

También en la LOFAGE encontramos una formulación detallada del principio de servicio a los ciudadanos, en su artículo 4.

Los principales derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración se encuentran previstos en la legislación básica, muy destacadamente en la Ley 30/92, cuyo artículo 35 supuso a todas luces un punto de partida en la pretensión de realzar la posición del ciudadano (aunque en nuestra normativa previa de procedimiento ya se garantizaban varios de los derechos previstos en este artículo).

Sin embargo, la tardanza en el desarrollo y la realización práctica de algunos de los derechos previstos en el artículo 35 también deben ser criticadas.

III. EL DERECHO AUTONÓMICO: EL EJEMPLO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN

1. Aspectos formales: rango de las normas reguladoras de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica

A la hora de analizar el rango de las normas que tratan las relaciones entre la Administración y los ciudadanos en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, es imprescindible comenzar con la cita del nuevo Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre. Con esta reforma de la nuestra norma institucional básica se incorpora un catálogo de derechos, entre los que se encuentran los de participación en los asuntos públicos (artículo 11) y el de buena administración (artículo 12).

El derecho de participación en los asuntos públicos nos interesa especialmente en su proyección del apartado 6 del meritado artículo 11, pues reconoce que “Todas las personas tienen derecho a dirigir peticiones a las Instituciones y Administraciones públicas de la Comunidad, así como a los ente que dependan de las mismas, en relación con asuntos que sean de su competencia”. De momento no hay un desarrollo normativo del derecho de petición en el nivel autonómico, pero tal vez haya que plantearse, tras la reforma del Estatuto de Autonomía, la conveniencia de su regulación, al menos en las especialidades procedimentales que competen a los poderes autonómicos.

Mayor alcance tiene, sin embargo, el derecho a la buena administración previsto en el artículo 12, porque bajo este rótulo, que proviene del Derecho administrativo europeo, se relacionan varios derechos trascendentales en la garantía de la posición jurídica del ciudadano frente a la Administración pública. Conviene tener presente en todo momento el contenido de este precepto, porque ha de ser el norte de todas las estrategias de modernización administrativa que se emprendan en los próximos años:

“La ley garantizará los siguientes derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica:

- a) A recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones de acceso a los mismos.
- b) A un tratamiento imparcial y objetivo de los asuntos que les conciernan y a la resolución de los mismos en un plazo razonable.
- c) Al acceso a los archivos y registros administrativos, a los documentos de las instituciones y administraciones públicas de Castilla y León, y a la información administrativa, con las excepciones que legalmente se establezcan.
- d) A la protección de los datos personales contenidos en ficheros dependientes de la Administración autonómica, garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos. Mediante ley de Cortes podrá crearse la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Castilla y León para velar por el respeto de estos derechos en el marco de la legislación estatal aplicable.

- e) Al acceso en condiciones de igualdad y con pleno respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad a los empleos públicos en la Administración autonómica y en los entes de ella dependientes
- f) A formular quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos”.

Lo primero que hay que apuntar en la interpretación del nuevo artículo 12 es su mención a “La ley”, lo que significa que tiene que existir una Ley, o varias leyes (la lógica codificadora aconseja reducir en la medida posible el número) que garantice los derechos enunciados. Estas leyes, en parte, ya existen, porque la legislación estatal se ocupa de la mayoría de las cuestiones tratadas, pero si los autores del nuevo Estatuto se han preocupado de hacer esa remisión a la Ley, no puede ser sólo con un afán retórico, sino que deben estar pensando en una Ley propia (autonómica, de Castilla y León) que profundice en las garantías de estos derechos.

Porque, como veremos a continuación, a pesar de que el ordenamiento administrativo de nuestra Comunidad Autónoma presenta un notable grado de desarrollo, no puede decirse que exista una Ley, ni varias leyes tampoco, que se ocupen de garantizar el derecho a recibir información suficiente, ni el derecho a un tratamiento imparcial u objetivo, ni el acceso a los archivos, registros y documentos, ni la protección de datos personales (sí el acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, garantía que se encuentra en la Ley de Función Pública de Castilla y León).

Una vez se contemplan estos derechos en el Estatuto de Autonomía, hay que entender que su desarrollo se entiende, al menos en parte, como de la competencia autonómica. Lo que es preciso tener en cuenta a la hora de interpretar otro de los preceptos de referencia en la nueva redacción de nuestro Estatuto de Autonomía: el artículo 32, sobre Administración autonómica. En su apartado 3, que es el que ahora más nos interesa, establece lo siguiente: “Asimismo, en el ejercicio de la competencia de organización, régimen y funcionamiento, prevista en el artículo 70.1.1 del presente Estatuto, y de acuerdo con la legislación del Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma, entre otras materias, el establecimiento del régimen de los empleados públicos de la Comunidad y de su Administración Local, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo

149.1.18 de la Constitución; la elaboración del procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia; la regulación de la responsabilidad de la Junta y de los entes públicos dependientes de la misma, así como la regulación de los bienes de dominio público y patrimoniales cuya titularidad corresponda a la Comunidad, y la de los contratos y concesiones administrativas en su ámbito”.

En esta redacción podemos señalar varias expresiones genéricas que habilitan el desarrollo normativo (dentro de las bases estatales, por supuesto) de aspectos relevantes del Derecho administrativo. Así, cuando se habla de “régimen y funcionamiento”, o cuando se menciona el “procedimiento administrativo”, pues procedimiento administrativo, en sentido amplio, incluye todo el abanico de instituciones de relación entre el ciudadano y la Administración. Y es desde luego la normativa de procedimiento administrativo la que resuelve cuestiones como la información a los ciudadanos, el régimen de los documentos, el tratamiento imparcial y objetivo o la presentación de quejas. Al menos así lo ha sido en la tradición española de los últimos dos siglos.

Si aceptamos esta interpretación, en el sentido de que el nuevo Estatuto apunta hacia una regulación propia, respetuosa con las bases estatales, de los distintos ingredientes del derecho a la buena administración, entonces tendremos que valorar hasta qué punto estas materias han sido ya tratadas por nuestras leyes en la Comunidad Autónoma.

El actual tratamiento de las materias objeto de análisis se encuentra fundamentalmente recogido en tres leyes (la Ley 3/2001, de 3 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Castilla y León; la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León; y la Ley 7/2005, de 2 de mayo, de Función Pública de Castilla y León) y en una serie de decretos que se ocupan de cuestiones aparentemente organizativas pero que tienen un notable impacto sobre el sistema de relaciones entre la Administración y los ciudadanos

Hay por tanto varias normas con rango de Ley que realzan la posición de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, regulando también cuestiones de modernización administrativa. La Ley de Gobierno y Administración, la Ley del Procurador del Común y, en menor medida, la Ley de Función Pública. Pero la mayoría de las disposiciones que se ocupan de cuestiones cada vez más trascendentes en

lo que se refiere a las relaciones entre los ciudadanos y la Administración hoy se encuentran en Decretos, normas de rango reglamentario.

Obviamente, de momento la norma de cabecera en cuestiones de Derecho administrativo es la Ley de Gobierno y Administración. El desarrollo de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y en general las previsiones del artículo 149.1.18, se encuentran en este texto, que sin embargo no cumple desde nuestro punto de vista con las demandas del artículo 12 del nuevo Estatuto.

Así, la Ley 3/2001, de 3 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Castilla y León, regula las principales cuestiones organizativas del Gobierno y la Administración de la Comunidad, incorporando también previsiones relevantes sobre principios de funcionamiento de la Administración autonómica (artículo 31). Curiosamente, sin embargo, no contempla catálogo alguno de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, seguramente porque es una norma más pensada desde una perspectiva organizativa que relacional.

Si buscamos las normas que se preocupan de la realización de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica, necesariamente hemos de dirigirnos a la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, encomienda a esta institución la protección y defensa de los derechos de los ciudadanos, función que se ejerce mediante la supervisión de la actuación de la Administración autonómica (artículo 1). Las personas (no sólo los ciudadanos, estrictamente considerados) pueden dirigirse a él para tramitar sus quejas y peticiones sobre ejercicio de derechos (artículos 10 y 11).

Conviene destacar también de esta norma la previsión de responsabilidades de los funcionarios y autoridades obligadas a colaborar con el Procurador, pues caso de no hacerlo pueden incurrir en responsabilidad penal.

La Ley 7/2005, de 2 de mayo, de Función Pública de Castilla y León, también incorpora previsiones a tener en cuenta. Así, por ejemplo, los valores éticos de “responsabilidad y servicio a los ciudadanos” (artículo 4). Igualmente, la regulación de los deberes y responsabilidades (en concreto, las disciplinarias) de los funcionarios, debe tenerse en cuenta en esta aproximación.

Muchas de las cuestiones claves para la realización de los derechos del nuevo Estatuto de Autonomía se hallan en normas reglamentarias, lo que demuestra por un lado que nuestros poderes normativos no se han despreocupado de ellas, pero también que no les han dado el rango suficiente, como explicaré en el apartado siguiente.

El Decreto 2/2003, de 2 de enero, por ejemplo, por el que se regulan los servicios de información y atención al ciudadano y la función de registro en la Administración de la Comunidad de Castilla y León se ocupa de una cuestión capital, cada vez más importante hoy, como es la información administrativa. Sin apenas conexiones directas con las leyes que hemos citado, que no contienen ni un título o capítulo ni un artículo específico sobre información administrativa.

Pleno sentido tiene el tratamiento en norma puramente reglamentaria del teléfono 012 de información administrativa y atención al ciudadano de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, regulado por el Decreto 193/2001, de 19 de julio.

Aun refiriéndose a relaciones entre los ciudadanos y la Administración autonómica, la regulación vía Decreto de otras cuestiones está perfectamente justificada, así el sistema interno de sugerencias (Decreto 14/2002, de 24 de enero); o las Cartas de Servicios.

Puede decirse, en líneas generales, que las leyes autonómicas que se ocupan en este momento de las principales cuestiones relativas a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos han cubierto las exigencias de la reserva de Ley en esta materia. Pero la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, con las previsiones de derechos de los artículos 11 y, sobre todo, el 12 (derecho a la buena administración), aconsejan la elevación de rango de algunas cuestiones hoy tratadas en reglamentos, y la regulación en Ley de otras necesarias para garantizar debidamente las manifestaciones del derecho a la buena administración.

Las leyes actualmente vigentes en el ordenamiento autonómico de Castilla y León cubren de manera suficiente las exigencias de la reserva de Ley formal y material en la regulación de las relaciones entre Administración y ciudadanos, al menos desde nuestro punto de vista. Quizás podría achacárseles, no obstante, cierta falta de codificación, agravada por el hecho de que tras la Ley de Gobierno y Administración se han

ido aprobando Decretos sobre materias muy importantes, como calidad de los servicios o Administración electrónica, que merecerían tal vez una elevación de rango.

Así, el Decreto 40/2005, de 19 de mayo, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por el que se regula la utilización de técnicas de Administración electrónica por la Administración de la Comunidad de Castilla y León. A pesar de que su preámbulo le asigna una finalidad muy relevante, como es “regular los elementos precisos para la implantación de la administración electrónica e impulsar su utilización en el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las competencias de la Administración de Castilla y León”, no deja de ser un reglamento. También las Cartas de Servicio al Ciudadano se regulan por Decreto, el 230/2000, de 9 de noviembre.

Cuestiones muy relevantes se encuentran fuera de las normas, propiamente dichas. Esto es lo que sucede con el Plan Estratégico de Modernización de los Servicios de la Administración de Castilla y León, 2004-2007, aprobado por Acuerdo 29/2004, de 19 de febrero de 2004, de la Junta de Castilla y León.

Este tratamiento en norma de rango reglamentario de cuestiones de primer orden que afectan al sistema de relaciones entre el ciudadano y la Administración autonómica no supone, sin embargo, un demérito especial del Derecho castellano y leonés en la materia. Porque si comparamos nuestra situación con la que ofrecen otras Comunidades Autónomas, en las que cuestiones aun más trascendentes, como los derechos de los ciudadanos, se regulan por Decreto (un ejemplo sería el Decreto 149/2004, de 14 de octubre, por el que se aprueba la Carta de Derechos de los Ciudadanos de Extremadura).

Al menos en Castilla y León se está planteando, a la vista de la comparecencia en Cortes de la actual titular de la Consejería de Administración autonómica, elevar el rango legal de la norma que regula las cuestiones, en sintonía con la comprensión que consideramos más correcta de la reserva de Ley, entendiendo que por Ley deben ser reguladas las cuestiones más importantes.

2. Aspectos de contenido

Desde el punto de vista del contenido, puede ser subrayado como positivo, desde luego, el tenor del nuevo artículo 12 del Estatuto. Supone un avance en la línea apuntada por el Derecho europeo, que llegó a incorporarlo al abortado Tratado constitucional, a partir de su formulación por la mejor doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Que el Derecho administrativo de Castilla y León se vea hoy encabezado por esta lista de derechos resulta a nuestro juicio digno de consideración favorable, en sí mismo, y por el desafío que supone a los poderes normativos y administrativos de la Comunidad de poner el resto de las normas y su organización a la altura de las circunstancias exigidas por el derecho a la buena administración.

Ya hoy, sin embargo, observamos contenidos muy positivos en las leyes y los reglamentos de la Comunidad Autónoma que se ocupan de estas materias.

En la Ley de Gobierno y Administración, Ley 3/2001, de 3 de julio, son destacables los principios de funcionamiento de la Administración del artículo 31, y muy especialmente los referidos en el apartado segundo, sobre relaciones con los ciudadanos: “En sus relaciones con los ciudadanos, la Administración de la Comunidad, para el servicio efectivo a los mismos, actúa con objetividad y transparencia en la actuación administrativa con arreglo a los principios de simplicidad, claridad y proximidad, agilidad en los procedimientos administrativo y en las actividades materiales de gestión y con pleno respeto a sus derechos”. También dentro del apartado cuarto, es oportuno citar los principios de responsabilidad por la gestión, racionalización de sus procedimientos y actuaciones y economía de los medios.

Hay otras previsiones en esta Ley que tocan los contenidos analizados en este informe, como el artículo 81, sobre régimen de la responsabilidad patrimonial, pero este precepto se limita a hacer una remisión a la legislación básica de las Administraciones públicas.

En la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de Función Pública de Castilla y León, ya hemos destacado los valores éticos de “responsabilidad y servicio a los ciudadanos”, previstos en el artículo 4. Y dentro de los deberes de los funcionarios, en el artículo 63, el del apartado j: “Tratar con atención

y respeto a los ciudadanos y facilitar el cumplimiento de sus derechos y deberes”.

Sobre las responsabilidades, el artículo 74 de la Ley se limita a enunciar que “1. Los funcionarios serán responsables del correcto desarrollo y ejecución de las funciones que tengan encomendadas. 2. La responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa reguladora del régimen disciplinario”. Dentro de las faltas disciplinarias, varias se refieren además a las relaciones con los ciudadanos: en las muy graves (artículo 81), la discriminación o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a los ciudadanos, en las graves (artículo 82), la grave falta de consideración con el ciudadano; y en las leves (artículo 83), la leve incorrección hacia el público o hacia superiores, compañeros o subordinados.

Los contenidos del Decreto 2/2003, de 2 de enero, por el que se regulan los servicios de información y atención al ciudadano y la función de registro en la Administración de la Comunidad de Castilla y León nos parecen valiosos y útiles a la hora de reformular legislativamente las relaciones entre Administración y ciudadanos en nuestra Comunidad Autónoma, pues se establecen principios y garantías de notable importancia procedimental. Así, el deber general de atención al ciudadano (artículo 2), el concepto de información administrativa (artículo 5), la función de registro (Capítulo IV), los puntos de información y atención (artículo 31), o los libros de sugerencias y quejas (Capítulo VI).

Este Decreto, junto con el que comentaremos a continuación, establecen un cauce concreto para realizar, en las relaciones entre el ciudadano y la Administración autonómica de Castilla y León, el derecho contemplado en el apartado g) del artículo 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”.

Muy importante para hacer realidad este derecho, como decimos, es el Decreto 193/2001, de 19 de julio, por el que se regula el servicio telefónico 012 de información administrativa y atención al ciudadano de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, cuyos contenidos coinciden perfectamente con el sentido del derecho básico arriba citado.

Basta con repasar la lista de prestaciones del servicio previstas en el artículo 3 del Decreto para darse cuenta de ello.

Los contenidos del Decreto 40/2005, de 19 de mayo, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por el que se regula la utilización de técnicas de Administración electrónica por la Administración de la Comunidad de Castilla y León, merecen también ser subrayados. Partiendo de su objeto, nada menos que “regular la implantación y utilización de las técnicas de la administración electrónica por la Administración General de la Comunidad de Castilla y León...” (artículo 1).

Por cierto que en el artículo 3 de este Decreto se enumeran los derechos de los ciudadanos a respetar cuando se utiliza la administración electrónica, a saber: el honor y la intimidad personal y familiar (protección de datos); el derecho a la igualdad (prohibición de discriminaciones); el derecho a identificar a la autoridad o funcionario responsables, y a recibir información sobre las aplicaciones y medios utilizados; y el derecho de acceso a archivos y registros administrativos.

Otros elementos de la administración electrónica y, en general, del régimen jurídico del empleo de las nuevas tecnologías por parte de la Administración, regulados en este Decreto, son: las medidas de seguridad; los sistemas de identificación y autenticación; las aplicaciones; la validez de documentos y copias; el depósito de originales electrónicos; la gestión electrónica de procedimientos; la utilización de la firma electrónica; o las oficinas de acreditación.

Se trata, en suma, de numerosos contenidos coincidentes con los hoy regulados con carácter básico en la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Ley 11/2007, de 22 de junio. Mejor tratados algunos de ellos en este Decreto que en la citada Ley, pero necesitados de una elevación de rango como dijimos en el apartado anterior.

Igualmente relevantes son los contenidos del Decreto 230/2000, de 9 de noviembre, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por el que se regulan las Cartas de Servicios al Ciudadano en la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Y son relevantes, decimos, porque marcan los estándares de realización de los derechos, que es tanto como decir su alcance.

Las Cartas de Derechos son los documentos que informan a los ciudadanos sobre cómo ejercer los derechos que les corresponden ante la Administración. Al tiempo son herramientas de control del cumplimiento de los objetivos de acercamiento al ciudadano, y de los compromisos en lo referido a la realización de los derechos, aunque en esta materia es obligado citar aquí también el Decreto 232/2001, de 11 de octubre, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por el que se regula el Sistema de Evaluación de la Calidad de los Servicios de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Entre los contenidos a comentar por su efecto sobre las relaciones entre los ciudadanos y la Administración autonómica de Castilla y León también se encuentra el Decreto 14/2002, de 24 de enero, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por el que se crea y regula el Sistema Interno de Sugerencias de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Aunque en principio este sistema esté pensado para que los empleados públicos de la Comunidad puedan dirigirse a su organización para proponer mejoras, el fin último es la mejora de la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. No estaría de más que, en la línea de lo exigido por el derecho a la buena administración, se contemplaran posibilidades similares para los ciudadanos.

Las carencias del ordenamiento de nuestra Comunidad Autónoma en lo relativo a las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos pueden considerarse, en cierto modo, “sobreenvidas”. Ha sido el nuevo Estatuto de Autonomía, con su reconocimiento del derecho a la buena administración, el que ha dejado relativamente cortas las previsiones de contenidos de nuestras normas administrativas. Porque los desafíos que plantea para “garantizar” los derechos reconocidos son considerables.

A esto habría que añadir la tendencia de interpretación restrictiva de las bases estatales, al menos en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones públicas. Aunque esta tendencia puede invertirse en algún momento, lo cierto es que el protagonismo de los poderes normativos autonómicos a la hora de regular las relaciones entre sus aparatos administrativos y los ciudadanos es cada vez mayor. Esto se pone claramente de manifiesto a la vista del Derecho autonómico comparado,

porque muchas Comunidades Autónomas han ido más lejos que la de Castilla y León en las materias objeto de análisis.

Algunas novedades del Derecho básico estatal también repercuten en los últimos tiempos sobre los contenidos que hemos analizado en las normas de Castilla y León. Por ejemplo, las cuestiones de la Administración electrónica en sus conexiones con los derechos de los ciudadanos se han ido ampliando, más aún tras el dictado de la Ley 111/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de manera que el Decreto 40/2005, de 19 de mayo, puede estar necesitado de una puesta al día, no de gran envergadura, pero suficiente para que podamos considerarlo a fecha de hoy, incompleto, a resultas del vertiginoso ritmo de evolución de las nuevas tecnologías, también en sus proyecciones administrativas.

Otros aspectos del derecho a la buena administración no se han desarrollado lo suficiente, pero no sólo en el Derecho autonómico de Castilla y León, sino también en el Derecho estatal. Así sucede por ejemplo con el derecho de acceso a archivos y registros (a documentos administrativos), probablemente necesitado de una Ley completa de transparencia administrativa, en la línea de lo que nos muestran las Democracias más avanzadas del mundo. Pero en tanto en cuanto el legislador estatal no se decida a profundizar en las exigencias constitucionales de transparencia administrativa, bien puede (y ahora debe, como consecuencia del nuevo artículo 12 del Estatuto de Autonomía) el legislador autonómico cubrir las carencias del Derecho del Estado.

Por lo demás, hay contenidos del Derecho administrativo de Castilla y León que producen también cierta insatisfacción, a pesar de ser muy correctos, por compartir algunas carencias propias de nuestras instituciones administrativas. Esto es lo que sucede con algunos aspectos del régimen del procedimiento administrativo, como los relativos al cumplimiento de los plazos y el silencio administrativo. Una normativa verdaderamente novedosa de garantía del derecho a la buena administración podría y, en mi opinión, debería plantearse, convertir en auténtico derecho público subjetivo el derecho de los ciudadanos a recibir en todo caso una respuesta de la Administración autonómica dentro de un plazo, razonable y legal, sin aceptar como alternativa del incumplimiento de los plazos la anacrónica ficción del silencio administrativo.

Los contenidos del actual Derecho administrativo de Castilla y León en lo relativos a las relaciones entre ciudadanos y Administración merecen, al fin, un juicio positivo, pero responden más al planteamiento de estas relaciones a finales del siglo pasado que a los desafíos que se abren en los comienzos del presente, y para el futuro.

IV. SOBRE EL RANGO PREFERIBLE DE LAS NORMAS REGULADORAS (Y LA NECESIDAD DE CODIFICACIÓN) DE LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN Y CIUDADANOS

La opción de la Ley para regular derechos no es aún predominante, aunque sí la encontramos en algunas comunidades cuyo ordenamiento en esta materia ha merecido un juicio en general positivo, aunque necesitado de un ulterior desarrollo reglamentario.

En la mayor parte de las Comunidades autónomas españolas, normas con rango de Decreto presiden la regulación de esta materia, o al menos recogen los contenidos más novedosos y fundamentales para la nueva forma de entender las relaciones entre Administración y ciudadanos.

No nos parece aconsejable el modelo de Carta de Derechos recogida en un Decreto, modelo por el que han optado, por ejemplo, Cantabria o Extremadura. Sin perjuicio de que los contenidos de estas cartas merecen ser tenidos en cuenta en cuanto al fondo de la regulación, la opción formal de darle mero carácter reglamentario nos parece insuficiente.

Tampoco nos parecen modélicas situaciones normativas como la de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde la descodificación predomina en esta materia, dada la elevada dispersión normativa, la falta de sistematización de los derechos de los ciudadanos en un único texto.

Como opción preferible desde el punto de vista de la técnica normativa, nos decantamos por la solución de la Ley única de derechos. Así, por ejemplo, Galicia y la Comunidad Foral de Navarra nos ofrecen dos buenos ejemplos de leyes reguladoras del funcionamiento de la Administración que ponen énfasis en las relaciones con los ciudadanos, regulando en mayor o menor medida sus derechos.

Desaconsejamos, en cambio, tanto la multiplicación de las leyes como la opción meramente reglamentaria. Y consideramos que la alter-

nativa codificadora preferible alcanza incluso a la posibilidad de refundir en un único texto legal la regulación de las relaciones de los ciudadanos con la Administración en su formato clásico y las relaciones con empleo de las nuevas tecnologías.

Sin embargo, necesariamente esta solución legal deberá seguirse de un adecuado desarrollo reglamentario. Porque el rango de la norma en la que se incluyan los nuevos derecho ciudadanos ante la Administración, no parece ser neutral desde el punto de vista de la concreción, precisión y alcance, pues, el texto con rango de ley, tenderá a la generalidad y la enumeración de los “principios” sin comprometer un listado completo de prestaciones “debidas” por la Administración como contenido operativo de los derechos que proclama. Sería necesario buscar una formula legal que, al tiempo que con este rango enumerara derechos, acertara a descomponer su contenido en una serie de facultades y de obligaciones concretas de hacer de la Administración.

V. CONCLUSIÓN: TODO LO QUE TODAVÍA ESTÁ POR HACER EN MATERIA DE DERECHOS DEL CIUDADANO EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN

Aunque podría pensarse que en un país como España la tradición del Derecho administrativo garantiza una posición sólida del ciudadano en sus relaciones con la Administración, lo cierto es que, como hemos intentado mostrar con este trabajo, la obra por hacer es mucha. Carecemos de una Ley de Transparencia administrativa, la Administración electrónica presenta nuevos desafíos y los algunos derechos reconocidos hace más de quince años, en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, están aún por realizar.

El Derecho europeo empuja decididamente al Derecho español en estas reformas. Desde la Carta de derechos y el reconocimiento del derecho a la buena administración, hasta la Directiva de Servicios, Directiva 123/2006, que supone una verdadera “revolución” del Derecho administrativo, nos vemos influenciados positivamente por Europa, y por ello también en condiciones de ofrecer lo mejor de nuestros resultados a América Latina.

El proceso arbitral en el ámbito de la Junta Arbitral de consumo de Barcelona

Jordi Nieva Fenoll*

1. INTRODUCCIÓN

Si el éxito hubiera que juzgarlo sólo a través de las cifras, sin duda habría que decir que el arbitraje de consumo es el más exitoso del mundo, puesto que es el que con mayor frecuencia se ha utilizado en los últimos años. La estadística anual de muchos órganos arbitrales de consumo convierte en prácticamente irrisoria la de cualquier otra institución arbitral¹.

Por otra parte, el nivel de satisfacción de los justiciables comparecidos parece bastante aceptable², al menos en los arbitrajes administrados

* Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

1 La memoria de 2004 del Instituto Nacional de Consumo registra 65.577 solicitudes (www.consumo-inc.es/arbitraje/INTERIOR/MEMORIA/MemArb04.doc). En ese mismo documento pueden analizarse buena parte de los detalles sociológicos de los que partiré en este trabajo. Concretando la cuestión en la Junta Arbitral de Barcelona, durante el periodo 2006 se celebraron 4.975 arbitrajes, dato al que he tenido acceso por la gentileza de su presidente, el Sr. Jordi Baulies Cortal, a quien le agradezco expresamente su colaboración para conocer el funcionamiento de la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona.

2 Vid. CLAVEL VILA, Mercè, *Estudi per a conèixer el grau de satisfacció actual dels usuaris del sistema arbitral de consum*, en: "AAVV (ed. Florensa Tomàs) El arbitraje de consumo", Valencia 2004, pp. 133 y ss. Para EEUU, vid. MULLERAT BALMAÑA,

por instituciones dependientes de los Poderes Públicos. Asunto diferente es si esta manera de juzgar es la óptima para los casos que nos ocupan, porque también existe insatisfacción, y no se han dado precisamente pocos casos de abusos por parte de las empresas obligando a los consumidores a celebrar el arbitraje³, incluso en el extranjero⁴, sin que hubiera mediado un auténtico consentimiento del consumidor, problema⁵ que viene a paliar la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que reforma el art. 31 de la Ley 26/1984.

En cualquier caso, no se suele tratar de asuntos económicamente muy relevantes⁶, ni normalmente complejos. Pero sí que son litigios que provocan mucha inquietud e insatisfacción soterrada en el ciudadano cuando no son resueltos. Y de hecho, la mayoría de esos litigios no son solventados, puesto que aunque un análisis superficial de las cifras pueda llevar a pensar lo contrario, lo cierto es que, por desgracia, son una minoría muy reducida los consumidores damnificados que deciden acudir al arbitraje de consumo. Los ciudadanos nos hemos acostumbrado a prescindir de estas pequeñas reclamaciones porque creemos que no llevan a ninguna parte. El arbitraje de consumo, ciertamente, supone un paliativo a esta generalizada renuncia ciudadana al ejercicio de su derecho fundamental a la protección jurisdiccional. Pero como decía, cabe reflexionar sobre si, tal y como está concebido actualmente, se trata de la mejor solución en estos casos de escasa cuantía y reducida complejidad, ante la realidad

Ramón María, *El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América*, La Ley, n. 3, 1998, p. 1724.

3 Vid. PICÓ JUNOY, Joan, *El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales*, La Ley, nº 6198, 25-2-2005. CHECA BRAVO, Jesús, “Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo: (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la LGDCU en el arbitraje de consumo)”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 18, n. 2, 2006, pp. 267 y ss.

4 Vid. GONZALO QUIROGA, Marta, “Marco arbitral de protección jurídica al consumidor: la contrariedad al arbitraje internacional privado de consumo en el sistema español”, en: “Sánchez Arísti, (coord.), *La protección jurídica de los consumidores*”, 2003, p. 112.

5 Que había estudiado la doctrina. RUBIO ESCOLAR, Pedro M., *¿El sometimiento contractual del consumidor al arbitraje de consumo: ¿sumisión expresa o mera opción a favor del arbitraje?: referencia a la nueva ley de arbitraje*, La Ley, n. 3, 2004, págs. 1720 y ss.

6 De 785.14 como media, oscilando entre los 180.000 euros y los 30 céntimos, según la memoria de 2004 del Instituto Nacional de Consumo.

de que la enorme mayoría de litigios de consumo no llega ni siquiera a trascender del ámbito de lo privado de cada conflicto.

El presente trabajo, por las características de la obra en la que va inscrito, ni puede ser ni pretende ser un análisis del arbitraje de consumo, repitiendo comentadamente lo que dice el RD 636/1993 de 3 de mayo por el que se regula el sistema arbitral de consumo, ni tampoco lo que se desprende de la Ley 60/2003 de arbitraje, la tercera de los últimos cincuenta años, por cierto. De esa labor se han encargado ya otros autores y a su lectura me remito⁷. Por el contrario, se va a analizar la manera en la

7 Además de la obra monográfica de ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Jerez de la Frontera 1999, y la de QUINTANA CARLO / BONET NAVARRO (coords.), *El sistema arbitral de consumo: comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona 1997, que pese a ser previas a la Ley de Arbitraje de 2003 son de obligada consulta, deben citarse, entre otros muchos, los trabajos de FRAGUAS GADEA, Lourdes, *El arbitraje de consumo*, La Ley, n. 4, 1994, págs. 1022 y ss. DÍAZ ALABART, Silvia, *El arbitraje de consumo (RD 636/1993, 3 de mayo)*, Estudios sobre el derecho de consumo, 1994, pp. 170 y ss. CAMAS JIMENA, Manuel, *Aspectos procesales del arbitraje de consumo*, La Ley, T. 5, 1998, LETE DEL RÍO, José Manuel, *Arbitraje de consumo*, Actualidad civil, T. 3, 1998, pp. 709 y ss. p. 1498-1505. GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Comentario a la Disposición Adicional Única”, en: AAVV (dir. Garberí Llobregat), *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, T. II, Barcelona 2004, pp. 1485 y ss. PALAO MORENO, Guillermo, *Comentario a la Disposición Adicional Única*, en: “AAVV (coord. Barona Vilar), *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*”, Madrid 2004, pp. 1621 y ss. CADARSO PALAU, Juan, *Comentario a la Disposición Adicional Única*, en: “AAVV (coord. González Soria), *Comentarios a la nueva Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*”, Cizur Menor 2004, pp. 557 y ss. LEÓN SANZ, Francisco José, *Comentario a la Disposición Adicional Única*, en: “AAVV (coord. Arias Lozano), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*”, Cizur Menor 2005, pp. 459 y ss. BESES MIGUEL, María Dolores, “Tutela efectiva y arbitraje de consumo”, *Revista internauta de práctica jurídica*, n. 13, 2004. YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia 2004, pp. 1051 y ss. GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, *La asistencia judicial en materia probatoria en el arbitraje de consumo a partir de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Estudios sobre consumo, n. 75, 2005, pp. 43 y ss. VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, “Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, ISSN 0214-7246, Vol. 17, N° 2, 2005, págs. 395-408. DÍAZ ALABART, Silvia, *El arbitraje de consumo y la nueva Ley de arbitraje*, Actualidad civil n. 11, 2005, pp. 1285 y ss. CASADO CERVIÑO, Alberto, *El arbitraje de consumo*, Actualidad civil, n. 4, 2006, pp. 389 y ss. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas”, *Revista de derecho*

que se está llevando y se puede llevar a cabo el arbitraje de consumo a nivel municipal, es decir, con una cierta tutela del Poder público, en una urbe como Barcelona. Para ello, se analizarán algunos problemas de la regulación, pero sobre todo se abordarán cuestiones prácticas, derivadas muchas veces, todo debe decirse, de profundas lagunas e imprecisiones del ordenamiento jurídico.

Todo ello viene al hilo del régimen municipal de Barcelona, del que, por cierto, el actual arbitraje de consumo supone su único exponente existente hoy en día de Justicia auténticamente municipal. Pese a que en la Ley 1/2006 de 13 de marzo por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona, no se cite ni una sola vez al arbitraje de consumo, en cambio la ley autonómica que completa el marco normativo –Ley 22/1998 del Parlament de Catalunya que aprueba la Carta municipal de Barcelona– sí que alude en su art. 141 a dicho arbitraje, aunque sólo sea para decir poco más que lo obvio, intentando además delimitar vagamente el ámbito territorial de la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona⁸. En cualquier caso, ello obliga a abordar ese sistema de arbitraje de consumo en esta obra.

2. MARCO JURÍDICO-PROCESAL DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN BARCELONA

Puede que extrañe observar cómo para regular algo que debería y debe ser tan sencillo como el arbitraje de consumo, se descubra un panorama normativo que debe reconocerse que es algo complejo.

En primer lugar, resulta quizás algo sorprendente que una norma reglamentaria como un Real Decreto, indique expresamente en su artículo

privado, Año nº 90, mes 9-10, 2006, págs. 3-76. CASADO CERVIÑO, Alberto, “El arbitraje de consumo”, en: Martín Muñoz / Hierro Anibarro (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid 2006, pp. 909 y ss.

8 Artículo 141. 1. La Junta Arbitral de Consumo de Barcelona tiene la finalidad de administrar el sistema arbitral de consumo en el ámbito territorial del municipio de Barcelona.

2. La Junta Arbitral de Consumo es un órgano especializado de la organización municipal ejecutiva que debe someter su actuación a las leyes reguladoras de la defensa de los consumidores y usuarios, del arbitraje, así como a las disposiciones que apruebe el Consejo Municipal.

3. La Junta Arbitral cumple sus funciones con independencia y objetividad, mediante el impulso, investigación y resolución de oficio de todas las reclamaciones que le sean sometidas.

primero que una LEY de arbitraje, por tanto de rango superior, sea de aplicación supletoria en lo no dispuesto por el reglamento. Y es que la lógica de las cosas indica que es la ley la que regula en primer lugar una situación de la realidad material, y en lo no dispuesto en la misma entra en vigor el reglamento, que desarrolla la ley. Pero sin embargo, justo lo contrario es lo que dispone el RD 636/1993 nada menos que en su art. 1: “*El sistema arbitral de consumo se rige por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*”⁹. Debe decirse, además, que lo que indica el reglamento es en buena medida redundante con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 1988. Actualmente, como es sabido, es la Ley de Arbitraje de 2003 el régimen al que debe adaptarse el reglamento, por lo que todas las normas que se opongan a la misma deben considerarse inaplicables. Pero las que simplemente reproduzcan la ley deben considerarse innecesarias.

Sea como fuere disponemos, por tanto, de dos normas: la Ley de Arbitraje y el reglamento (RD 636/1993) que desarrolla el arbitraje de consumo. En cuanto a la materia procesal, razonablemente, poco más tendría que añadirse.

Pero sin embargo, en cuanto al ejercicio de la jurisdicción arbitral de consumo debe tenerse en cuenta, además, un conglomerado de normas con fuerza normativa muy variable. Por un lado tenemos el art. 51 de la C.E.¹⁰ que establece que “*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. Al margen de la eficacia del procedimiento (arbitral), que será debatida después, debe indicarse que no existe un equivalente a este precepto constitucional que proteja a los empresarios¹¹, partes también en el arbitraje de consumo, lo cual puede afectar decisivamente al ejercicio de la jurisdicción¹².

9 Obviamente, la referencia a la Ley de Arbitraje tiene que entenderse realizada a la actual, a la Ley 60/2003.

10 Sobre su exégesis, BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *El fundamento constitucional del arbitraje de consumo*, La Ley, n. 2, 1993, pp. 964 y ss.

11 A las posibles suspicacias de los mismos se refiere DÍAZ ALABART, Silvia, *Apuntes sobre el arbitraje de consumo: El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Actualidad civil, T. 1, 1996, p. 109.

12 La estadística del Instituto Nacional de Consumo (Memoria 2004) revela que un 66,37 % de los laudos fueron estimatorios, total o parcialmente. Este dato, por sí

Además, al margen de lo anterior, debe tenerse también presente lo que dispone el art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece normas programáticas para el arbitraje de consumo, tales como que tiene que ser informal, voluntario, con fuerza de cosa juzgada y ejecutivo, lo que fue una novedad, ciertamente, en 1984, pero que ahora debería entenderse superado como una reiteración del régimen actualmente vigente.

No obstante, en ese mismo precepto también se establece la necesidad de que el sometimiento de las partes sea expreso, lo que se separa de lo que dispone el art. 9 de la Ley de Arbitraje. Además, se realizan dos exclusiones: en cuanto a los sujetos procesales, se impide la posibilidad de ser parte a los empresarios concursados. Y en cuanto al objeto del proceso, se prohíbe que puedan formar parte del objeto del arbitraje de consumo los litigios en que exista intoxicación, lesión o muerte, o indicios racionales de delito.

Además debe contarse con la ley autonómica de la Carta municipal de Barcelona, que delimita el ámbito territorial de la junta arbitral de consumo de la misma ciudad.

Y por último, debe tenerse en cuenta también el conglomerado de normas comunitarias que han intentado favorecer el despliegue en Europa del arbitraje de consumo, y que pueden considerarse normas programáticas del mismo¹³.

No obstante, centrándonos en lo esencial y recapitulando, resulta que para celebrar un arbitraje de consumo en Barcelona debe consultarse, en primer lugar y como marco general, la Ley de Arbitraje. Tras ello, la Ley 26/1984 de consumidores y usuarios, del mismo rango legal que la anterior pero de aplicación preferente por ser ley especial. Contemporáneamente, debe atenderse a lo dispuesto en la Carta municipal de Barcelona (Ley catalana 22/1998). Y una vez consultado todo lo anterior, debe acudir a lo dispuesto en el RD 636/1993.

13 mismo, no demuestra nada, habida cuenta de las altísimas tasas de cumplimiento voluntario de los laudos, que analizaré después. Pero debe ser tenido en cuenta. Vid. algunas de ellas en ROMERO HERRERO, Francisco J., *El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista*, Anuario de justicia alternativa, n. 4, 2003, pp. 14 y ss. GONZALO QUIROGA, Marta, *Marco arbitral de protección jurídica al consumido*, cit. pp. 113 y ss. CASADO CERVIÑO, *El arbitraje de consumo*, cit. p. 402 y ss.

Debe reconocerse que todo ello dista mucho de ser un régimen normativo sencillo, lo que plantea evidentes inconvenientes de compatibilidad de las distintas normas, que han sido destacados por la doctrina. Pero si se piensa además en el hecho de que los árbitros pueden ser legos en derecho, y que además las partes suelen comparecer sin defensa técnica, me temo que el legislador tendría que haber hecho un esfuerzo suplementario para simplificar al máximo este régimen. De hecho, es lo que en parte se ordena en la Disposición Final 6ª de la antes citada Ley 44/2006¹⁴, en la que se da un plazo de un año (a contar desde 31 de diciembre de 2006) al Gobierno para regular un nuevo sistema arbitral de consumo. Si bien ello traerá algo de claridad, supondrá solamente la elaboración de un nuevo reglamento. Pero no se solucionará la referida dispersión normativa.

3. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

La formación y constitución del órgano jurisdiccional, es decir, de lo que se conoce con el nombre de “colegio arbitral”, se confía a la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona, que actúa a la vez como órgano administrador del arbitraje. Dicha administración supone el desempeño de las funciones de selección de los árbitros, y además el otorgamiento de la sede de celebración del arbitraje, disponiendo todos los medios materiales necesarios para que el proceso arbitral pueda tener lugar.

No obstante la buena labor de todos aquellos que trabajan en la Junta Arbitral referida, existen una serie de cuestiones que, por estar indebidamente resueltas en la ley, condicionan el éxito final de este tipo de arbitraje. Veámoslas.

14 Disposición final sexta. *Regulación del Sistema Arbitral del Consumo*. 1. En el plazo de un año, desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual. 2. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje. 3. Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

a. Competencia territorial del colegio arbitral designado por la Junta Arbitral de Barcelona

Este punto es, desde la realidad normativa, una especie de arcano. El art. 3.3 del Reglamento 636/1993 dice lo que acostumbran a reproducir después la mayoría de los acuerdos entre las juntas arbitrales municipales y el Instituto Nacional de Consumo. Y en este sentido se fija el ámbito territorial de la Junta en el municipio de Barcelona, otorgando preferencia al domicilio del consumidor, y salvaguardando los posibles acuerdos de las partes en cuanto a la elección de la junta.

Poco más dice después el art. 141.1 de la Carta municipal de Barcelona. Pero lo que es necesario destacar es que ese art. 141 no delimita la competencia territorial del órgano jurisdiccional de arbitraje, sino simplemente de la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona. Ello quiere decir que los árbitros por ella designados podrán conocer de litigios acaecidos fuera de Barcelona, siempre y cuando esa sea la voluntad del consumidor, o bien las partes de común acuerdo lo consientan.

Podría pensarse que esta regulación favorece, de ese modo, al consumidor, que es la parte evidentemente débil en los contratos de consumo. Y de esa forma podría decirse incluso que se sigue la línea marcada por el Reglamento CE 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 (arts. 15 a 17)¹⁵, que otorga clara preferencia al domicilio del consumidor en los procesos judiciales de consumo. Pero en este caso no es así.

Debe decirse que, de hecho, en la regulación se vuelve en parte al que había sido el principal criterio de otorgamiento de la competencia territorial desde muy antiguo, y que sólo últimamente había sido limitado por las leyes procesales. En este caso, aunque no se diga expresamente, se le está dando total preferencia a la llamada prórroga de jurisdicción, es decir, a la sumisión expresa y tácita. Y se está haciendo de una manera bien curiosa. El consumidor, de hecho, puede acudir a la Junta Arbitral que desee, pero siempre y cuando se dé una circunstancia que es la que, de hecho, acaba marcando la competencia territorial (y en parte también la objetiva) del colegio arbitral: que el empresario que se pretende demandar esté en la lista de entidades adscritas al sistema en esa Junta en concreto¹⁶.

15 Y antes que él, por el Convenio de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

16 La lista de adhesiones de la Junta Arbitral de Consum de Barcelona puede consultarse en AJUNTAMENT DE BARCELONA, *Junta Arbitral de Consum de Barcelona. 10 anys*, Barcelona 2003, pp. 215 y ss.

Para ello no tendrá más que observar si el establecimiento comercial en concreto tiene el distintivo acreditativo de estar adherido al sistema de arbitraje. Pero después de eso, lo más recomendable es acudir a la propia Junta Arbitral de Consumo de Barcelona para comprobar la adhesión, así como en qué términos está realizada, es decir, si es para cualquier litigio, o bien si el empresario excluyó algunos de dichos litigios del ámbito de la Junta.

Por ello, lo que acaba determinando la competencia del colegio arbitral establecido por la Junta Arbitral de Barcelona, no es tanto la voluntad del consumidor, sino la del empresario, al adherirse al sistema de arbitraje. Ello, lamento decirlo, invierte el esquema tradicional que, de buena fe, se suele exponer en esta materia. Porque no es el consumidor quien decide en libertad real acudir al arbitraje, sino el empresario quien, en el fondo, le deja o no hacerlo. Y además, cuando acude, no es que lo tenga precisamente fácil, sino que tendrá que molestarse en acudir a la Junta Arbitral (averiguando dónde está), suponiendo que ya, de entrada, sepa lo que es un arbitraje, cosa que la enorme mayoría de ciudadanos suele desconocer. Y una vez en la Junta Arbitral, tendrá que comprobar si el establecimiento en cuestión está adherido al sistema de esa Junta en concreto. Y eso es lo que, finalmente, acabará determinando la jurisdicción de los árbitros, y a la postre la competencia territorial de los mismos: la adhesión del empresario al sistema arbitral de consumo.

b. La selección de los árbitros y constitución del colegio arbitral

La Ley 26/1984 ya indicó hace más de 20 años que los órganos de arbitraje estarían “integrados por representantes de los sectores integrados, de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias.” Y el art. 11 del RD 636/1993 concreta que el colegio arbitral estará integrado por tres personas:

- un presidente, que será licenciado en derecho y a la vez personal al servicio de las Administraciones públicas¹⁷. Lo escogerá, o bien discrecionalmente la junta arbitral, o bien ambas partes de común acuerdo.

17 Salvo que la entidad reclamada esté vinculada a una Administración pública, en cuyo caso las partes pueden elegir a alguien que no trabaje para dichas Administraciones (art. 11.1.a.III RD 636/1993).

- Un representante de los consumidores, que escogerá la propia organización de consumidores reclamante, o bien la Junta Arbitral discrecionalmente en caso de que reclame individualmente el consumidor. En este último caso, se tratará de un representante propuesto por estas organizaciones que ya figurará en una lista de la que dispondrá previamente la Junta. Acostumbra a seleccionarse a alguna persona que conozca el ámbito de consumo por el que se está reclamando.

- Un representante de los empresarios, escogido por la organización de la que forme parte el empresario reclamado. Y si no forma parte de ninguna organización, el que escoja la Junta de la lista previamente confeccionada con los representantes designados por las organizaciones empresariales. Igualmente, acostumbra a seleccionarse un miembro de alguna organización del sector empresarial implicado.

De este sistema debe decirse que, al menos, es algo más transparente que el que tienen algunas otras organizaciones arbitrales. Normalmente impera el más férreo oscurantismo en la elaboración de las listas de árbitros, y sin embargo en el arbitraje de consumo todos sabemos de dónde provienen dos de los árbitros y, sobre todo, por qué han sido escogidos. Esta ventaja, sin embargo, no concurre en el presidente del colegio arbitral, salvo cuando las partes lo eligen de común acuerdo. No voy a dudar en absoluto de la regularidad del procedimiento de elección del presidente de cada colegio, y de su total capacitación para formar parte del mismo, acreditada fundamentalmente con la formación que debe concurrir en esa persona. Pero ello no impide que deba reconocerse que esa designación es perfectamente discrecional, en esos casos, por parte de la Junta Arbitral. Y hasta el momento, ha constituido decisión de la Alcaldía de Barcelona.

Estimo que, por buena labor que hayan desempeñado los presidentes hasta ahora designados, ni que fuera a nivel interno de la propia junta deberían concretarse y hacerse públicos los criterios que se tienen en cuenta para proceder al nombramiento, porque con ello ganaría en transparencia el sistema, y en prestigio este sistema arbitral. De ese modo, nada obstaría a que, por ejemplo, se elaborara una lista de funcionarios públicos licenciados en derecho que, voluntariamente, estén en disposición de aceptar el cargo. Esa disposición podría comprobarse a través de un sencillo cuestionario que se repartiera por correo electrónico a todos

esos funcionarios. Con los que estuvieran dispuestos se confeccionaría la lista y, finalmente, se escogería por sorteo puro a cualquiera de ellos. Incluso se podría pensar en añadir más criterios, como por ejemplo que fueran mayores (o menores) de 60 años, o bien que hayan estado más de cierto tiempo desempeñando la función pública como licenciados en derecho. Todo es cuestión de concretar los criterios dándoles una razón de ser. Creo que, de ese modo, el sistema ganaría un prestigio que actualmente, por desgracia y probablemente injustamente, no tiene entre demasiados juristas.

c. ¿Imparcialidad del colegio arbitral?

Es sumamente arriesgado el juicio sobre si es imparcial el colegio arbitral designado en las condiciones anteriores. La normativa específica excluye, ya de entrada, la imparcialidad de dos miembros del colegio arbitral, porque la imparcialidad de los representantes de empresarios y consumidores no puede existir más que a nivel particular, personal si se quiere. Pero es ilusorio pensar que han sido escogidos para que sean objetivamente imparciales, por su forma de designación. Y si en un órgano jurisdiccional existen dos miembros de tres que *a radice* no son imparciales según las exigencias constitucionales, costaría mucho defender la imparcialidad del órgano en su conjunto. Por no hablar de su independencia, orgánica al menos¹⁸.

Sin embargo, como digo, se trata de una exigencia constitucional –que por razones de pura justicia material también debe ser aplicable al arbitraje– que se respete a las partes su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), dentro de las cuales, según reiterada jurisprudencia constitucional, se halla el derecho fundamental al juez imparcial. Por ello, una normativa que no garantizara esa imparcialidad debería ser radicalmente inconstitucional y, llevada al extremo, podría propiciar la nulidad de buena parte de los laudos. Por esa razón, el art. 17 de la Ley de arbitraje exige que *“todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”*. Y ese precepto es evidentemente aplicable al arbitraje de consumo.

18 Vid. GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, *La independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje de consumo*, en: “Estudios sobre consumo”, n. 55, 2000, p. 64.

Entrando en el análisis de la imparcialidad de los árbitros de consumo, creo que para decidir debidamente esta cuestión debe descenderse al caso concreto. El tópico fácil será pensar que el representante de los empresarios defenderá sistemáticamente al empresario, y el de los consumidores al consumidor. Y que el presidente, apreciando según su conciencia el tema en cuestión, moverá hacia uno u otro lado el fiel de la balanza.

Sin embargo, la experiencia que he podido percibir durante la investigación que ha llevado a la redacción de este trabajo, demuestra que no es así, o al menos que no siempre es así. Salvo casos concretos en los que se puedan producir irregularidades, lo cierto es que el representante de los empresarios y el de los consumidores son completamente ajenos al concreto litigio que se les plantea. Tienen además la conciencia de que el miembro más ajeno de todos al problema en concreto, el presidente del colegio, va a fallar en estricta equidad. Por ello, psicológicamente, y tácticamente incluso, lo más razonable es tratar de resolver en justicia, que de hecho es lo que reclama la equidad. Y por ello la enorme mayoría de los laudos (83,50 % en 2004, según la memoria del Instituto Nacional de Consumo), son adoptados por unanimidad. Las cifras se mantienen en la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona, en donde de 1.462 laudos dictados en 2006, 1.402 lo fueron por unanimidad.

Observando esta realidad de la formación del órgano arbitral, precondicionada por el art. 31.3 de la Ley 26/1984, cabría concluir que con esos elementos legales no se puede hacer mucho más, y el resultado, por tanto, entra dentro de los parámetros de lo adecuado. Pero no obstante, debe reconocerse objetivamente que el sistema ideado no es ni mucho menos el que en mejor disposición está de favorecer la imparcialidad, porque parece dar por sentado que la única forma de conseguir dicha imparcialidad es disponiendo en el colegio a personas que, por su nombramiento, no sean imparciales, reitero, con independencia de cuál sea la realidad práctica de su actuación.

En mi opinión, el sistema arbitral de consumo podría mejorar mucho en este aspecto concreto si se interpreta el precepto citado de una forma distinta. Dicho precepto no dice que el “colegio arbitral” deba estar integrado en la forma que prevé el RD 636/1993, sino que “*los órganos de arbitraje*” tendrán la referida integración. Y nada impide interpretar que dichos “órganos de arbitraje” sean, no los colegios arbitrales, sino las Juntas arbitrales.

Con ello, se ampliaría el margen de maniobra que aparentemente está confiriendo la Ley 26/1984, porque de ese modo, dichos representantes podrían desempeñar otras funciones diferentes de la de árbitros. Y creo que la más adecuada es que ejercieran de defensores de las partes, habida cuenta de que, en la mayoría de las ocasiones, estas partes acuden sin Letrado al tratarse, en general, de arbitrajes de equidad y por cuantías muy pequeñas. De esa forma, dejarían de existir todas las dudas que hasta ahora ha expuesto la doctrina sobre la imparcialidad del órgano arbitral¹⁹. Si además, al árbitro único que resolvería la controversia se le designa del modo que antes hemos referido para la designación del presidente –por sorteo puro entre los funcionarios licenciados en derecho dispuestos a desempeñar el cargo–, creo que por fin surgiría un órgano jurisdiccional sobre el que cualquier duda sobre su imparcialidad habría de ser infundada, salvo que se incurriera, lógicamente, en causas de recusación.

Así se constituiría un órgano que respete el derecho al juez imparcial hasta las últimas consecuencias, siendo plenamente constitucional y, por tanto, siendo perfectamente equiparable a cualquier otro órgano jurisdiccional de la justicia ordinaria. Con la debida publicidad, por fin se habría hallado, probablemente, una alternativa verdaderamente eficaz para estas reclamaciones de pequeña cuantía, siempre y cuando se pulan otros detalles que veremos seguidamente.

4. Las partes

Los sujetos litigantes en el arbitraje de consumo siempre son los mismos: un consumidor, que será siempre el demandante, y un empresario, que siempre será la parte demandada. La inversión de posiciones procesales no es posible, por disposición del art. 2.1 del RD 636/1993, que mantiene que la finalidad del sistema arbitral de consumo es atender y resolver “*las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios*”. No son inimaginables, en absoluto, los litigios planteados por empresarios, por ejemplo en caso de impago del precio de la compraventa, o de cuotas por la prestación de un servicio. Pero las dificultades de localización y

19 GUTIÉRREZ SANZ, *La independencia e imparcialidad*, cit. p. 66. CASADO CERVIÑO, *El arbitraje de consumo*, cit. pp. 410 y ss. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Comentario a la Disposición Adicional Única*, en: “AAVV (dir. Garberí Llobregat), Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje”, T. II, Barcelona 2004, p. 1492.

notificación de los consumidores podría colapsar el sistema arbitral, que de por sí dispone de pocos medios. Por ello, parece razonable que, por el momento, a través de este arbitraje de consumo se resuelvan solamente reclamaciones de consumidores.

No obstante, debe decirse que se ha dado la posibilidad de que se presentara reconvencción. Desde luego, dicha reconvencción no plantearía problemas en cuanto al objeto del juicio, estando el consumidor ya comparecido, y además favorecería la economía procesal al evitar un proceso ante la jurisdicción ordinaria. Pero con todo y con eso, y pese a que ha habido importantes opiniones favorables en este sentido²⁰, el tenor del reglamento parece bastante estricto en el sentido de que sólo se aceptarán quejas y reclamaciones de consumidores y usuarios y, por ello, en mi opinión debería ser excluida la reclamación del empresario formulada a través de reconvencción, quedando a salvo el planteamiento de excepciones, entre ellas la de compensación²¹. Quizás sea mejor así, de hecho, a fin de que el consumidor no se encuentre con una demanda

20 A favor de la reconvencción, MARÍN LÓPEZ, *Presente y futuro*, cit. p. 42. ÁLVAREZ ALARCÓN, El sistema español de arbitraje de consumo, cit. p. 228. CARRASCO PERERA, Angel, *Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo*, en: “Florensa i Tomàs, Carles Enric (coord.), El arbitraje de consumo : una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado, 2004, p. 94.

21 De esa forma, uno de los objetos más importantes de esas reconvencciones podrá seguir alegándose, pero como excepción, sin que el laudo tenga, de ese modo, efectos más allá de la cantidad compensada, de forma que el consumidor es posible que no cobre del empresario, pero nunca tendrá que acabar pagando, porque sólo se juzgó sobre la posibilidad de que el crédito del empresario compensara al del consumidor, pero no se pretendió que el empresario cobrara su crédito totalmente en el mismo proceso, para lo que, ciertamente, sería necesaria la formulación de reconvencción. Todo ello, por supuesto, al margen de los efectos de cosa juzgada del pronunciamiento del laudo sobre el crédito del empresario en un ulterior proceso, materia en la que no puedo entrar ahora (vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, pp. 190 y ss). De ese modo se desactiva uno de los principales temores del consumidor, temor que desincentiva sistemáticamente las quejas: la prevención a reclamar por miedo a que le hagan pagar lo que el consumidor considera no debido, y sin poder defenderse debidamente, porque lo más seguro es que se percate de la existencia de reconvencción en la misma audiencia.

sorpresiva en un momento y lugar en los que pensaba que podía ganar o quedarse como estaba, pero jamás perder teniendo que pagar²².

Dando lo anterior por supuesto, las principales dificultades que se producen en materia de partes se destacan a continuación.

a. Identificación de la empresa demandada y averiguación de la adhesión de la misma al arbitraje de consumo

Una de las mayores dificultades con las que puede encontrarse cualquier consumidor será la identificación de la empresa demandada. Puede pensarse que ello no ofrece mayores problemas, pero como antes decía ello requiere un esfuerzo por parte del consumidor para identificar dicha empresa a través de su nombre comercial y de su domicilio, en su caso. Tras ello, deberá acudir a la Junta Arbitral –averiguando primero qué es y donde está, lo que normalmente desconocerá– y, finalmente, habrá de investigar si el litigio que se propone entablar está dentro del ámbito que el empresario libremente sometió en su día al arbitraje de consumo de aquella Junta²³.

Las evidentes dificultades burocráticas anteriores han intentado ser paliadas a través de la colocación del distintivo, que puede verse en varios comercios, de empresa adherida al sistema arbitral de consumo. Pero para que ese distintivo fuera eficaz, el ciudadano tendría que conocerlo, y por desgracia no está demasiado difundido entre la población de Barcelona, y acostumbra a pasar completamente desapercibido. Y además, aunque se identifique el distintivo y se sepa lo que es el arbitraje, siempre podrá surgir la sorpresa final de que el litigio en concreto que piense plantear el consumidor, no forme parte de la adhesión realizada en su día por el empresario.

En la situación legislativa actual es muy difícil de solucionar esta situación que, pese a las cifras de arbitrajes celebrados, debe reconocerse que dificulta la celebración del arbitraje de consumo, porque la cifra podría ser mucho más alta. Lo más sencillo sería obligar a las empresas a someterse al sistema arbitral sin restricciones, pero ello desincentivaría

22 Como destaca DÍAZ ALABART, *El arbitraje de consumo*, cit. p. 1293, aunque en otra línea de pensamiento, la gratuidad del arbitraje de consumo es una de sus notas que en mayor medida influyen en su aceptación.

23 Sobre estas limitaciones, vid. MARÍN LÓPEZ, *Presente y futuro*, cit. pp. 16 y ss.

probablemente las adhesiones, sobre todo de las empresas de mayor volumen, al no poder matizarse²⁴.

Otra de las medidas que podrían proponerse se cifraría en dar prioridad al arbitraje por encima de la jurisdicción ordinaria, de manera que a los empresarios que operen en ciertos sectores del consumo se les obligara a estar adheridos al sistema arbitral, quedando en todo caso la opción de acudir al arbitraje o a los tribunales realmente en manos del consumidor. Desde el punto de vista constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, y pese a que el Tribunal Constitucional se pronunció en contra de la constitucionalidad de una medida aparentemente –sólo aparentemente– similar²⁵, quizás no debieran existir inconvenientes tan

24 No obstante, esta parece ser la vía que se está siguiendo en la práctica. El formulario de adhesión a la Junta Arbitral de Consum de Catalunya (<http://www.consum.cat/jacc/adhesions.asp?idi=cas>) no admite matizaciones. Y el formulario de adhesión al sistema arbitral de consumo, a través de la Junta Arbitral Nacional de consumo (<http://www.consumo-inc.es/arbitraje/interior/adhesion/adhesion.htm>), sólo permite matizar el ámbito territorial de la adhesión (nacional, autonómico, provincial o municipal), pero nada más.

25 STC 174/1995 de 23 de noviembre, F.J. 3. No obstante, el tenor del precepto entonces declarado inconstitucional era diferente a lo que aquí se propone. Dicho tenor era el siguiente: art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres: *“Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes, someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”*. Lo que propongo en el texto principal es que el consumidor pueda optar por acudir al arbitraje, sin trabas del empresario, en ciertos supuestos, para mejorar su protección. Decía el Tribunal Constitucional de ese precepto declarado inconstitucional que *“quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T., que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24.1 de la Constitución”*. En el caso actual se trata, por el contrario, de que el consumidor no tenga que contar con el consentimiento de la parte contraria para acudir al arbitraje, y no que precise de su permiso para acudir a los tribunales, que es lo que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional. En ese caso, por tanto, se pueden oponer razones de concepción dogmática del arbitraje, pero no creo que puedan pretextarse razones de constitucionalidad, al menos no basándose en la jurisprudencia referida. De hecho, en la STC 352/2006, de 14 de diciembre de 2006, se ha asumido la constitucionalidad del art. 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, que

profundos, teniendo en cuenta que el árbitro, superando por completo las visiones contractualistas²⁶, también es un órgano jurisdiccional en quien concurren todas las características que debe poseer un juez, salvo la formación, cuestión que podría ser paliada si todos los árbitros fueran, como propuse, funcionarios y licenciados en derecho, como actualmente ocurre con los presidentes de los colegios arbitrales. La empresa no podría alegar como infringido su derecho a la tutela judicial efectiva, porque dispone de un órgano jurisdiccional, y además siempre le queda la oportunidad de acudir a la jurisdicción ordinaria reclamando la nulidad del laudo.

Creo que el inconveniente fundamental para la anterior solución habría de ser básicamente teórico, aunque en el estado actual de la legislación, también de Derecho positivo. Desde el punto de vista de la teoría contractualista del arbitraje, e incluso desde la teoría mixta, la base del arbitraje es un contrato –el convenio arbitral– celebrado entre ambas partes por el que deciden someterse a un arbitraje. Y desde el punto de vista legal el art. 9 de la Ley de Arbitraje parece exigir siempre la presencia del citado convenio arbitral.

Sin embargo, cuando se acude al art. 10 del mismo cuerpo legal y se tiene presente el arbitraje testamentario, se observa que alguien diferente de las partes en litigio –el *de cuius*– puede forzar la celebración del arbitraje. Desde luego, siempre se podrá decir que el convenio arbitral se tiene por celebrado con la aceptación de la herencia, pero lo cierto es que ha sido un tercero quien ha decidido la celebración del arbitraje.

Por tanto, si es posible en este caso concreto dicha celebración a instancia de un tercero, quizás no habrían de producirse tantos problemas para que una norma con rango legal exigiera la adhesión de las empresas al arbitraje de consumo en supuestos en los que, justo es reconocerlo, es prácticamente imposible, sociológicamente hablando, que el consumidor

tiene un redactado que deriva el consentimiento para la celebración del arbitraje, del mero silencio de las partes,: “*Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado*”.

26 Para una completa exposición de sus fundamentos, junto con el del resto de teorías, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1969, pp. 573 y ss.

acuda a la jurisdicción si quiere reclamar. Y además, parece un poco excesivo que todo el aparato estatal de la justicia deba ponerse en funcionamiento porque, por ejemplo, el autobús no dejó a un consumidor en la parada que le correspondía, o bien porque su compañía telefónica le cargó una factura con un error de 15 euros. Para esos supuestos, podría plantearse la posibilidad de establecer el carácter forzoso del arbitraje para las empresas, porque la amarga alternativa que se observa en la realidad, es que el consumidor aguanta estoicamente los abusos de las empresas, sin acudir a Justicia alguna. Además, de ese modo, el consumidor sabría dónde tiene que ir a quejarse sin realizar investigación alguna de la adhesión de la empresa. Y lo más seguro es que acudiera al arbitraje, lo que con toda probabilidad haría que, de una vez por todas, ciertas empresas que ofrecen bienes de consumo mejoraran por fin la prestación de sus servicios, sin abusar de los consumidores.

En conclusión, pese a que en la situación legal actual sea materialmente imposible, podría pensarse en la posibilidad de establecer una normativa que obligue a una adhesión forzosa de las empresas de ciertos sectores al arbitraje de consumo, al menos en el supuesto de pequeñas cuantías. Los sectores a seleccionar habrían de ser los más próximos a la vida cotidiana de los ciudadanos, y se podría ir haciendo por etapas, para ir valorando los resultados de la experiencia. El consumidor sabría que dispondrá de un juicio auténticamente rápido para el que no precisará los servicios de abogado alguno. Y, por supuesto, siempre le quedaría abierta la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria, haciendo que, realmente y como decía, sea el consumidor quien decida la celebración del arbitraje de consumo, y no el empresario²⁷.

No obstante, y pese a lo dicho, deben tenerse muy en cuenta los inconvenientes teóricos de una tal opción. Como recuerda el Tribunal Constitucional, la esencia del arbitraje es el acuerdo previo entre las partes. Y obrando del modo indicado, se romperá esa tradicional esencia, en beneficio de una nueva concepción en la que los arbitrajes serían celebrados sin el acuerdo de una de las partes, lo que supone un cambio radical en la historia de la institución. Ello supondría introducir definitivamente al arbitraje en el campo del Derecho Público, aunque deba reconocerse que algo de eso ya ocurre, de hecho, cuando se acepta la tutela de organismos

27 Incluso ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español de arbitraje de consumo*, cit. p. 37, que descarta la posibilidad que propongo, reconoce que de esa forma, los consumidores tendrían mejor atendidos sus derechos.

públicos (las Juntas Arbitrales) para la celebración de arbitrajes y, sobre todo, para la designación de árbitros.

Y si, tras esa reflexión, se acaba opinando que todo lo anterior no es posible en absoluto y que, por tanto, debe mantenerse la concepción tradicional del arbitraje, en ese caso debe pensarse en darles una urgente solución a esos litigios de pequeña cuantía, para evitar la enorme desprotección que están sufriendo los consumidores en ese ámbito en la actualidad. Una posible salida sería la justicia de proximidad, pero sobre ello se debatirá en otro capítulo de esta obra.

b. Postulación de las partes

Por dos veces se recuerda en el RD 636/1993 (arts. 10.2 y 13.1), que las partes pueden intervenir en el proceso por sí mismas, o debidamente representadas. Los arbitrajes de consumo acostumbra a ser prácticamente todos de equidad, aunque eso se debía a que la Ley de arbitraje de 1988 daba prioridad a este tipo de arbitraje. Actualmente, el art. 34 de la L.A. de 2003 indica justamente lo contrario, que “*los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello*”. Y este redactado, pese a que ha causado una cierta perplejidad en los arbitrajes de consumo²⁸, no ha afectado a los mismos, que siguen celebrándose mayoritariamente en equidad²⁹, como por otra parte parece lo lógico en estos casos de consumo³⁰, en los que, sin vulnerar el ordenamiento jurídico³¹, las disquisiciones jurídicas quizás estén fuera de lugar, observando simplemente el fondo de los asuntos, como después veremos.

Que el arbitraje sea de equidad no quiere decir que la parte no pueda venir acompañada de un Letrado, pero en un proceso arbitral que se caracteriza por su “gratuidad” (art. 10.1 RD 636/1993), no es previsible que ello vaya a suceder con frecuencia, al menos por la parte del consumidor. El problema puede producirse cuando una de las partes venga acompañada de Letrado, y la otra en cambio no. El colegio arbitral, apreciando “*la suficiencia de la representación*” como le ordena el art. 10.1

28 Vid. CASADO CERVIÑO, *El arbitraje de consumo*, cit. p. 393.

29 En 2004, según la memoria del Instituto Nacional de consumo, el 98,69 % de los laudos emitidos fueron en equidad.

30 Vid. YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, cit. p. 1054.

31 Realiza esta importante matización SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, cit. pp. 608-609.

RD 636/1993, podría intentar restablecer “*la igualdad entre las partes*”³². Pero ello se presenta sumamente difícil en el mismo momento de celebración del arbitraje, e incluso antes, puesto que si el empresario advierte que va a acudir representado por Letrado, o bien el propio empresario es un Abogado, ¿qué tendrá que hacer el consumidor? Actualmente sólo le queda confiar en que le acabe siendo favorable el resultado de la neutralización de juicios de valor de los árbitros, quizás opuestos, que se produce por la peculiar formación actual del colegio arbitral. De hecho, dicha neutralización se ve favorecida por la libertad procedimental, que provoca que los debates entre árbitros y partes sean bastante ágiles, por lo que he podido observar en la práctica.

Por ello, pese a que sea posible comparecer asistido de Letrado en estos arbitrajes, no parece que el tipo de proceso que se va a sustanciar en estos casos merezca normalmente la presencia de un Letrado, porque sus honorarios podrían superar en mucho el interés económico del litigio. Desde ese punto de vista creo que, nuevamente, se presenta como acertada la posibilidad de que sean los representantes de las organizaciones de empresarios y de consumidores los que asistan a las partes, propiciando el cambio normativo en ese sentido. De esa forma, aunque el empresario acuda al proceso enviando como representante a un abogado, el consumidor siempre encontrará amparo en su representante, elegido por las organizaciones de consumidores, y que presumiblemente también será un Letrado.

Así se evitará también que sea el propio órgano jurisdiccional, es decir, los árbitros, quienes intenten restablecer la igualdad con su actuación, obrando al tiempo de juez y parte, lo que no resulta admisible. Pero para todo ello insisto en que es necesaria la reforma al menos del RD 636/1993.

5. OBJETO DEL JUICIO ARBITRAL EN MATERIAS DE CONSUMO

El objeto de los arbitrajes de consumo puede ser de lo más variopinto, Consultando la página-web de la Junta Arbitral de Barcelona, que

32 Principio que también rige para el arbitraje de consumo, según disposición expresa del mismo art. 10.1 RD 636/1993.

publica los laudos³³, los asuntos versan, por ejemplo, sobre cuestiones de aparcamientos, pasando por el sector de la hostelería, la telefonía, o incluso el sector de la venta de muebles³⁴. Ello da una idea de la enorme proximidad con el ciudadano que tienen los asuntos que resuelven.

Con todo, el problema jurídico más complejo en materia de objeto del juicio se cifra en la identificación de las materias indisponibles, así como de las excluidas del arbitraje de consumo (art. 2.2 RD 636/1993) y su separación del objeto del pleito que sí puede ser juzgado por los árbitros. No obstante, el problema no es frecuente en el arbitraje de consumo, y es común con el resto de arbitrajes, por lo que no lo voy a tratar en este lugar³⁵.

Lo que sí es específico del arbitraje de consumo es la precisión del objeto del juicio que *a priori* puede realizar el empresario, excluyendo de su ámbito algunos litigios. No obstante, el problema que se plantea es el mismo que en el supuesto tratado en el párrafo anterior, de separación de la materia arbitrable de la no arbitrable. Lo que importa destacar en este momento es más bien la perplejidad que puede provocar en el consumidor que una vez que ha visto el distintivo en el comercio del empresario, se va a encontrar a la postre con que el arbitraje no podrá ser celebrado. La solución ante este inconveniente es la que antes ofrecí, en el sentido

33 <http://www.bcn.es/juntarbitral/laudes.htm>

34 En concreto, dicha página cita como sectores principales los siguientes: Aparcamientos, electrodomésticos, electrónica, enseñanza, vivienda, hoteles, restaurantes, bares, colchonería, mobiliario, obras, talleres de reparación de vehículos, telefonía, textil, tintorería y viajes.

35 Lo traté en NIEVA FENOLL, Jordi, *Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición*, Anuario de Justicia Alternativa, n° 3, 2002, pp. 11 y ss, y en parte en NIEVA FENOLL, *El art. 22 de la nueva Ley de arbitraje. Modo de plantear y resolver las excepciones y atisbo de jurisdicción sobrevenida por silencio del demandado*, Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, n° 5, 2004, p. 79. Vid. también MONTERO AROCA, Juan, *Artículo 2. Materias objeto de arbitraje*, en: "BARONA VILAR (coord.), Comentarios a la Ley de Arbitraje", Madrid 2004, pp. 99 y ss. PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, Cizur Menor 2005, pp. 127 y ss. YÁÑEZ VELASCO, Ricardo (con Escolà Besora), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia 2004, pp. 155 y ss. GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, Comentario al art. 2, en: "GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje", Barcelona 2004, pp. 27 y ss. SANCINENA ASURMENDI, Camino, *Materias objeto de arbitraje*, en: "GUILARTE (dir.), Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje", Valladolid 2004, pp. 64 y ss.

de obligar a los empresarios de determinados sectores de consumo a adherirse incondicionalmente al sistema arbitral de consumo.

Pero existe otra circunstancia, que también afecta al objeto del juicio, y que puede frustrar igualmente la celebración del arbitraje. Me refiero al patente desconocimiento, por parte de la ciudadanía en general, de que el arbitraje de consumo tan siquiera existe. Y se trata de un problema absolutamente real y comprobable incluso en cualquier conversación cotidiana. La población desconoce, en suma, que el objeto de sus controversias puede ser resuelto gratuitamente en un arbitraje.

En esta materia creo que habría que hacer un gran esfuerzo de imaginación, empezando en primer lugar por una pedagogía ciudadana sobre lo que es el arbitraje de consumo, a través de una publicidad que sea tan difundida como la que se suele hacer, por ejemplo, para luchar contra los accidentes en carretera. Estamos ante una solución jurisdiccional a los problemas que causa uno de los aspectos más cotidianos de la vida del ciudadano: sus consumos. Y por consiguiente, debe existir la máxima prioridad a la hora de dar publicidad a dicho arbitraje. Para ello, los recursos económicos que se empleen deben ser mucho más ambiciosos que hasta ahora, aunque eso sí, aumentando sustancialmente la capacidad cuantitativa de resolución de asuntos que actualmente tiene la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona. Soy consciente de que justamente en este último punto puede estripar el problema si se da más publicidad, habida cuenta de que los tiempos actuales de resolución (menos de 1 mes en la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona³⁶, y de 1 a 2 meses³⁷ en general) podrían alargarse mucho más, lo que resultaría inadmisibles teniendo en cuenta el tipo de litigios que estamos considerando. Una persona a la que, por ejemplo, una compañía telefónica le ha facturado mal un servicio, no debería esperar más de pocos días antes de obtener una respuesta jurisdiccional, porque de lo contrario perderá todo interés en la reclamación.

36 Según las cifras de la estadística de 2006, que arroja un resultado aproximado del 80% de los casos que fueron resueltos en ese plazo. Para las estadísticas de años anteriores, vid. AJUNTAMENT DE BARCELONA, *Junta Arbitral de Consum de Barcelona*. 10 anys, cit. pp. 27 y ss.

37 El 81,98% de los laudos se resolvieron en esos plazos, según las cifras de la Memoria de 2004 del Instituto Nacional de Consumo. Ya era así, pese a las importantes matizaciones que expresa el autor, en 1998. Vid. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español de arbitraje de consumo*, cit. p. 33.

No debería permitirse por más tiempo que los conflictos que realmente más acucian al ciudadano –aunque suela renunciar a defenderse ante los obstáculos del sistema– sean sistemáticamente dejados de lado a la hora de pensar en las soluciones a los males que desde hace demasiados siglos, viene padeciendo nuestra Justicia. Por ello, debe solucionarse este inconveniente de la desinformación ciudadana, antes de entrar a debatir complicados problemas acerca del objeto del juicio, que se acaban resolviendo teniendo en cuenta que las materias no arbitrables, o bien forman parte de una acumulación de acciones y, por ello, la materia no arbitrable puede separarse del objeto principal del pleito, o bien dichas materias pueden ser resueltas en muchos casos a los solos efectos prejudiciales por el propio árbitro. Pero, como digo, esos son problemas que habrá que resolver cuando la celebración del arbitraje de consumo se generalice realmente.

6. PROCEDIMIENTO

El proceso arbitral discurrirá a través del procedimiento que dispone la Ley de Arbitraje, así como el RD 636/1993. La primera de las normas citadas establece en su art. 25 la libertad procedimental para las partes, dentro del respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción que menciona el art. 24 de la misma ley.

Por ello, cuanto dispone el RD 636/1993 en cuanto a que el proceso se sustanciará en una audiencia, hay que entenderlo sin perjuicio de lo que acuerden las partes a tal efecto, que lógicamente, al amparo de la Ley de Arbitraje, podrían optar libremente por complicar algo más procedimentalmente el proceso, estableciendo fases escritas, o audiencias específicas, sin que ningún miembro del colegio arbitral pudiera oponerse a ello, con el límite del respeto a los principios referidos anteriormente. Veamos en qué se traduce todo ello.

a. La sencillez procedimental y la publicidad del proceso

Fue en su momento el art. 31 de la Ley 26/1984 el que dispuso que el Gobierno habría de establecer un sistema arbitral “*sin formalidades especiales*”, subrayando así la especial sencillez procedimental que debía concurrir en el arbitraje de consumo, superior incluso a la de un arbitraje

ordinario. A partir de ahí, fue el art. 12 del RD 636/1993 el que dispuso un procedimiento que parece destinado a celebrarse, en principio, en una única audiencia, sin más trámites.

Ello resulta especialmente adecuado por las razones que diré después, pero debe reconocerse que choca con lo que dispone la Ley de Arbitraje con respecto a la libertad de las partes en cuanto a la determinación del procedimiento. No obstante, la Ley de Arbitraje, como acabamos de ver, supedita esos cambios procedimentales al acuerdo de *todas* las partes. Y debe observarse que es muy poco probable que un consumidor, normalmente lego en derecho, decida realizar esos cambios, y mucho menos en el marco de un arbitraje que suele ser de equidad³⁸. Si se trata de una asociación de consumidores puede ser más probable que, quizás teniendo más complejidad el objeto del juicio, las partes decidan aumentar sus posibilidades procedimentales de defensa. Y siendo así, insisto, el colegio arbitral no podría oponerse a dichos cambios, salvo que se vulneraran los principios de igualdad, audiencia o contradicción.

Partamos, no obstante, de la base de que no van a existir cambios procedimentales. Y que, por tanto, se va a seguir el procedimiento que muy a grandes rasgos dibuja el art. 12 del RD 636/1993. Como decía, el proceso será celebrado en única audiencia, otorgando posibilidades la norma al tribunal para que realice funciones conciliatorias. Dicha “audiencia” puede ser oral o escrita, según la misma norma citada, lo que confirma la libertad procedimental de las partes en este sentido, que podrán optar por uno u otro modelo.

El modelo escrito puede ser especialmente adecuado cuando no sea necesario practicar prueba que no sea simplemente documental, lo que se sabrá definitivamente tras la contestación del empresario. En este caso se abre la posibilidad de celebrar incluso el arbitraje en línea³⁹, es

38 Como expone gráficamente SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, El proceso arbitral, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1969, p. 607, “el procedimiento en el arbitraje de equidad es tan simplificado que pudiera muy bien decirse que este arbitraje se caracteriza por la falta de procedimiento.”

39 Vid. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, *Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line el marco del sistema español de protección de los consumidores*, Estudios sobre consumo, n. 65, 2003, pp. 37 y ss. ABELLÁN TOLOSA, Luis, El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, nº 10, 2006, pp. 65 y ss. MONTESINOS GARCÍA, Ana, Arbitraje *on line* en la nueva Ley de Arbitraje

decir, por correo electrónico o a través de internet, siendo el laudo emitido de la misma forma.

Pero cuando sea preciso celebrar prueba que no sea meramente documental, la audiencia oral resulta imprescindible. Sin embargo, no creo que ello debiera complicar especialmente el procedimiento, por las razones que expondré en el epígrafe siguiente, y que se basan fundamentalmente en la sencillez procedimental exigida legalmente. Como digo, abordaré ese tema a continuación.

Sin embargo, antes de concluir este epígrafe, como último detalle procedimental desearía referirme al carácter “privado” que el art. 12.1 RD 636/1993 confiere a la audiencia. Dicho carácter podría entenderse reafirmado por lo dispuesto en el art. 24.2 de la Ley de Arbitraje, en el sentido de que *“los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”*.

Pues bien, debe recordarse que la Constitución, por dos veces, recuerda que los procesos jurisdiccionales son públicos. Y podría decirse que la referencia del art. 120.1 C.E. en torno a que las actuaciones judiciales serán públicas, hace referencia solamente a los jueces y tribunales, por la rúbrica del título en el que va inscrita (“Del Poder Judicial”). Y también podría argumentarse que según la jurisprudencia constitucional⁴⁰, los derechos contenidos en el art. 24 sólo hacen referencia a los juzgados y tribunales. Pero sin embargo, no es eso lo que dice la citada jurisprudencia.

Bien al contrario, lo único que ha dicho el Tribunal Constitucional es que no puede ocuparse de esas violaciones de los órganos arbitrales a través del recurso de amparo⁴¹, porque no provienen de un Poder público, estando su competencia restringida a la actuación de dichos poderes

60/2003, de 23 de diciembre, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2004, pp. 243 y ss. MONTESINOS GARCÍA, Ana, Arbitraje y nuevas tecnologías, Madrid 2007.

40 STC 9/2005, de 17 de enero de 2005, F.J. 2.

41 Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz, *El Arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1993, p. 83.

públicos⁴². Pero en absoluto está diciendo el Tribunal Constitucional, todo lo contrario, que el órgano arbitral no deba respetar esas fundamentales garantías, si bien el examen sobre su vulneración queda reservado a la Audiencia Provincial a través de la acción de anulación⁴³.

Por ello, no creo que ni siquiera las teorías más estrictamente contractualistas puedan llegar tan lejos como para afirmar que en el arbitraje debe prescindirse de derechos fundamentales como los contenidos en el art. 24 de la Constitución, entre ellos nada menos que el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, el derecho a un proceso con todas las garantías o, precisamente, el derecho a un proceso público. Ello supondría que habría una parcela de la jurisdicción en la que toda violación de garantías constitucionales sería legítima, lo que no resulta en absoluto de recibo.

42 STC 9/2005, de 17 de enero de 2005, F.J. 2. "...conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). "Sólo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)."

43 STC 9/2005, de 17 de enero de 2005, F.J. 5. "Por otra parte, es manifiesto que dicha Sentencia (fundamentos de Derecho cuarto y sexto) examina y se pronuncia expresa y motivadamente sobre los dos reproches mencionados (nota del autor: se trataba de la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión) dirigidos contra el Laudo arbitral, que fueron también alegados en el recurso de anulación y sobre los que el órgano judicial dio una respuesta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que de ninguna manera puede decirse de aquélla que sea irrazonable o arbitraria."

Por consiguiente, las actuaciones que implican ejercicio de jurisdicción deben ser públicas, salvo las excepciones que prevén las normas de procedimiento, lógicamente y como recuerda el referido art. 120 C.E.. El arbitraje es una actuación jurisdiccional, como lo demuestra el hecho de que la resolución del árbitro tenga efectos de cosa juzgada, además de determinar claramente el derecho en el caso concreto⁴⁴. Y en el caso del arbitraje no existe ley alguna de procedimiento que imponga el carácter secreto de las actuaciones. Lo que impone el art. 24.2 L.A. a árbitros, partes e instituciones arbitrales, es simplemente un deber de sigilo prácticamente idéntico al que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial para los jueces en su art. 417.12, y que se deriva del derecho fundamental a la intimidad de las partes. Pero lo que no puede hacer jamás un reglamento como el RD 636/1993 es imponer el carácter secreto de las audiencias, porque ello es radicalmente inconstitucional.

Por ello, las instituciones arbitrales deben establecer las condiciones para que cualquier ciudadano pueda acudir libremente, sin necesidad alguna de preparación previa, a las audiencias orales que se celebren, del mismo modo que cualquier ciudadano puede acudir a cualquier tribunal para presenciar cualesquiera procesos, con las excepciones previstas en la ley, lógicamente. Siendo ello así, y discutiéndose a través del arbitraje los mismos casos que se pueden debatir a través de la jurisdicción ordinaria, carece de todo sentido que el procedimiento deba ser secreto (decir que es “privado” no es más que un eufemismo) cuando se trate de un arbitraje, y sin embargo deba ser público si el mismo objeto del juicio se lleva ante un juzgado de primera instancia.

Entiendo que, nuevamente, lo que ha ocurrido aquí es un arrastre de la antigua legislación (de la Ley de arbitraje privado de 22 de diciembre 1953) que establecía el carácter contractual del arbitraje y, por tanto, de Derecho privado. Actualmente no tiene justificación alguna que ello sea así, como se acaba de ver, y bien al contrario, poner trabas a la publicidad de las audiencias puede favorecer una cierta imagen de oscurantismo, que en absoluto es deseable para una institución que con tantísimos esfuerzos se está desarrollando y difundiendo, como es el arbitraje de consumo. La publicidad ha constituido siempre una garantía de la regularidad de las

44 Ello según la definición de SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Jurisdicción*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1969, p. 50, seguida en todo o en parte por buena parte de la doctrina, que ve en la cosa juzgada un elemento distintivo de la actividad jurisdiccional.

actuaciones jurisdiccionales, y por ello la misma debe ser implantada en cualesquiera arbitrajes, pero especialmente en los arbitrajes de consumo por el tipo de materias que en los mismos se discuten.

b. Cuestiones probatorias y cautelares. Posible carácter *prima facie* del enjuiciamiento arbitral de consumo

En el arbitraje es perfectamente factible la práctica de prueba, como es sobradamente sabido. El art. 33 de la Ley de Arbitraje nos habla incluso de la asistencia judicial para la práctica de pruebas. Y por su parte, el art. 13 del RD 636/1993 se refiere también a la posibilidad de practicar pruebas en el arbitraje de consumo, centrándose sobre todo en la cuestión de los costes de las mismas, y en el siempre necesario trámite de conclusiones una vez practicada la actividad probatoria.

Sin embargo, teniendo en cuenta la sencillez que exigen las normas legales a este arbitraje, y teniendo presentes las materias que se discuten, quizás podría recuperarse una interesante y útil institución de antiguo origen, aunque lamentablemente abandonada *de iure* –pero no de facto– en la actualidad. Me estoy refiriendo a los antiguos procedimientos auténticamente sumarios⁴⁵, en los cuales los jueces fallaban a primera

⁴⁵ El precedente más antiguo se halla en el Usatge Quoniam ex conquestione, que puede hallarse en *Constitucions i altres drets de Catalunya, compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de les Corts per la S.C.Y.R. Majestat del Rey Don Philip IV. nostre Senyor en la ciutat de Barcelona any MDCCII*, Barcelona 1704, reedición facsímil de esta edición, Col. “Textos jurídics catalans”, Lleis i costums IV/2, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona 1995, CYADC, volumen I, libro 3, título 26, constitución 1 (p. 233): “*Ab inviolabile observatio manam fermament esser guardat que con se esdevendra algun caminant o estranger ab alguns dels nostres sotmesos pledejar, que tost e sens triga aytal plet sie ab deguda fi termenat, car unica cosa seria si aytals personas, qui a perills de camins e fortuna de rius ells mateixs e lurs bens sovint exposan, contra arbitre de lur propia voluntat en algun loc bavien a fer longa triga*”. El Derecho castellano, por su parte, también tiene otro precedente todavía más claro en la Partida III, tít XXII, Ley 7: “*Escodriñada, e sabida la verdad del pleyto, deue el Judgador dar su juycio, assi como de suso mostramos. Pero pleytos y ha, que el Judgador non ha por que fazer gran escodriñamiento, si non oyrlos, e librarlos llanamente*”. El juez en estos casos decidía “*si fallare por algunas razones, o señales, maguer non sean mucho afincadas nin que prueuen el fecho claramente*”. Más tarde vendrían los procesos de la la Decretal Saepe contingit de Clemente V de 1306, en los que debía fallarse simpliciter et de plano, sin estrépito ni figura de juicio. Y aún más tarde los juicios de despojo de 1476, en Castilla, que se reolvían en una única vista.

vista, según lo que observaban en el momento de la audiencia y las partes podían probar justo en ese mismo momento.

Siguiendo esa línea, los árbitros deberían pronunciar su laudo basándose únicamente en la prueba que pueda presentarse en el acto de la audiencia. Es decir, técnicamente hablando, y salvo casos excepcionales de tremendas dificultades probatorias, estimo que el enjuiciamiento en el arbitraje de consumo debiera ser *prima facie*, sin más complicaciones que la práctica de la prueba que se pueda celebrar en el acto⁴⁶, y desde luego sin la adopción de medidas cautelares, absurdas en un procedimiento en el que el laudo habría de emitirse en el mismo día de la vista. Las medidas cautelares sólo tendrían sentido en el caso de que entre la solicitud de arbitraje y la emisión del laudo hubiera de transcurrir demasiado tiempo, lo que nunca debiera ocurrir⁴⁷.

Y es que una reclamación de tan escasa cuantía⁴⁸ e importancia no debe merecer mayor esfuerzo jurisdiccional que un juicio *prima facie* realizado tras una vista en la que ambas partes hayan tenido ocasión de ofrecer su versión. Consultando la página-web de la Junta Arbitral de Barcelona, se observará que estamos hablando de supuestos en los que se está reclamando el cumplimiento debido de una oferta de telefonía, o la sustitución de un mueble defectuoso, o bien la reparación de una prenda de ropa mal confeccionada, por ejemplo. Salvo que la cuantía sea elevada, esos pleitos no deben provocar el dispendio jurisdiccional

46 El consumidor, además, es muy probable que, en algunos casos, disponga de muy pocos medios de prueba, lo que hace especialmente necesaria la intervención de los árbitros aplicando debidamente el principio de facilidad probatoria como norma directriz de las reglas sobre carga de la prueba. Ello puede suceder en los supuestos de telefonía, por ejemplo, en los que la desinformación del consumidor es enorme. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Valoración y carga de la prueba en el Procedimiento Arbitral de Consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)*, Estudios sobre consumo, n. 52, 2000, pp. 41 y ss. ALONSO FRANCO, Francisco, *Valoración y carga de la prueba en el ámbito de la telefonía*, en: “Florensa i Tomàs, Carles Enric (coord.), El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado”, 2004, p. 179.

47 SAMANES ARA, Carmen, *La intervención judicial en el arbitraje de consumo: incidencia de la LEC 2000*, Estudios sobre consumo, n. 63, 2002, pp. 30, entiende que la razón de que exista poca tutela cautelar en el arbitraje es la escasa cuantía de los procesos que se sustancian.

48 Destacando esa escasa cuantía, SOPENA GIL, Jordi, *Arbitratge de consum: Visió jurídica-econòmica*, Juris: Quaderns de política jurídica, n. 3, 1994, p. 259.

habitual⁴⁹. De hecho, los supuestos en que se han practicado pruebas periciales son mínimos, 635 casos (610 de oficio) a nivel nacional en todo 2004, según la Memoria del Instituto Nacional de Consumo. Y en la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona, de 1462 casos en 2006, solamente se celebró peritaje en 68 ocasiones.

No hay, por tanto, que intentar emular a la primera instancia civil, porque quien acude al arbitraje es precisamente porque quiere evitar esa primera instancia y sus inconvenientes, y por consiguiente busca una solución gratuita, rápida y sencilla. Es decir, el consumidor está buscando que alguien le escuche y le diga rápidamente si tiene razón. Y para ello, en la enorme mayoría de los casos bastará con que los árbitros escuchen a cada parte, observando a lo sumo la documentación que aporten, e incluso practicando reconocimiento judicial de los objetos que traigan al proceso, y que de hecho pueden ser el objeto del juicio. Además, si los árbitros han sido designados, como antes indiqué, teniendo en cuenta que conozcan el sector de consumo implicado, pueden practicar, de hecho, un peritaje, sin necesidad de acudir a perito alguno⁵⁰.

De ese modo, la alternativa del arbitraje a la primera instancia civil será realmente atractiva, y sobre todo comprensible para el ciudadano, al que siempre le queda, obviamente, la opción de acudir al periplo judicial habitual. Por consiguiente, el arbitraje de consumo ideal será aquel que, de hecho, ya se está practicando en la mayoría de casos: resolución de la cuestión previa la celebración de una audiencia con alegaciones, prueba, en su caso y con las limitaciones señaladas, y conclusiones, sin más formalismos. Y si ni tan siquiera es necesaria la práctica de prueba, se puede evitar incluso la celebración de la vista, como ya indiqué, aunque

49 De lo contrario acaban accediendo a los tribunales cuestiones que no merecen más que un pronunciamiento rápido. Tal es el caso relatado por RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *¡Qué caro resulta aprender a tocar el piano!*, Justicia 2006, nº 1-2, pp. 243 y ss, comentando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao de 11 de octubre de 2005, acerca de un vecino que se quejaba por las molestias que le provocaba otro vecino cuyo hijo tocaba el piano. Un caso tan sumamente pintoresco no hubiera debido merecer todo un proceso declarativo ordinario en el que hasta fue practicada prueba pericial.

50 En uno de los casos que presencié, se trataba de una reclamación de tintorería. Los dos árbitros designados por consumidores y empresarios, al pertenecer al sector textil implicado, pudieron valorar la calidad de la prenda, sabiendo el tipo de lavado al que habría sido sometida. Acabaron fallando unánimemente en consecuencia con lo que observaron.

siempre y cuando la solicitud de arbitraje del consumidor se haya planteado en términos que permitan su debida defensa, porque de lo contrario sería conveniente la celebración de vista para que los árbitros concreten exactamente el objeto del juicio propuesto por el consumidor.

Si el procedimiento discurre por ese camino, y además las instituciones arbitrales disponen suficientes árbitros y medios para celebrar los distintos procesos, el arbitraje de consumo acabará siendo una alternativa real a la justicia ordinaria, y sobre todo a la renuncia a la justicia que los consumidores suelen realizar en estos casos.

7. EL LAUDO

Los detalles de cómo debe ser el laudo son conocidos, y además están explicitados tanto en la Ley de Arbitraje como en el RD 636/1993, por lo que no merece la pena entrar en su exégesis. Simplemente son dignas de ser comentadas en este momento dos cuestiones: el plazo para dictar el laudo y la motivación del mismo.

En cuanto al plazo, tanto el de 6 meses prorrogable a dos más, a contar desde la presentación de la contestación (art. 37.2 L.A.) como el plazo de 4 meses a contar desde la designación del colegio arbitral (art. 14 RD 636/1993)⁵¹, son manifiestamente excesivos. Un consumidor no debe esperar tanto tiempo para obtener una resolución, porque la distancia temporal transcurrida desde que se produjo el hecho litigioso hasta que éste se juzga, puede hacerle olvidar los detalles de lo sucedido. Y además, es posible que si tarda tantísimo tiempo, acostumbrado a hacer dejación de su derecho a la jurisdicción en los asuntos de consumo, acabe por olvidarse de la cuestión, lo que resulta negativo para conseguir mejorar la prestación empresarial de los servicios de consumo.

Puede parecer exagerado, pero un asunto de consumo no debiera tardar más de 2 semanas en resolverse, puesto que ese es un tiempo más que suficiente para que el empresario adherido sea contactado, y pueda preparar debidamente su defensa. Y también es un tiempo razonable para que el consumidor no se desentienda del posible agravio que se

51 Vid. sobre la discrepancia normativa, LA MONEDA DÍAZ, Francisco, *La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo*, La Ley, n. 3, 2004, p. 1781.

le ha provocado. Reitero, una vez más, que ello sólo será posible si la Junta Arbitral de Barcelona dispone de los medios suficientes para poder celebrar el arbitraje en ese plazo.

Y con respecto a la motivación del laudo, debe destacarse que el art. 16 del RD 636/1993 es completamente contrario a cuanto dispone el art. 37.4 L.A., por lo que debe ser considerado ilegal. Dispone dicho art. 16 que el laudo sólo será motivado si se ha celebrado un arbitraje de derecho. Y sin embargo, el art. 37.4 L.A. exige sin matizaciones la motivación. De lo que se deduce que el laudo tiene que ser forzosamente motivado⁵².

Asunto distinto es que esa motivación deba ser extensa, lo que no resulta en absoluto necesario en un arbitraje que se ha celebrado con una audiencia y es decidido prácticamente *prima facie*. Bien al contrario, lo único que requiere dicho laudo, y requieren las partes para poder ejercitar la acción de anulación si lo creyeren conveniente, es que los árbitros expongan las razones que les han llevado a adoptar una determinada decisión, de manera lógicamente sucinta. Ejemplos de tal motivación los tenemos en la página-web de la Junta Arbitral de Barcelona⁵³, y no es necesaria más que una explicación breve, siempre que –y esto es lo más importante– a las partes les sea posible conocer, a través de la misma, las razones que llevaron a los árbitros a decidir en tal sentido. Si la motivación no cumple el requisito indicado, y deja a cualquier observador perplejo ante la imposibilidad de conocer las razones que llevaron a los árbitros a emitir un determinado pronunciamiento, la motivación del arbitraje será insuficiente, y sería posible su anulación *a posteriori*. La falta de motiva-

52 Vid. MARÍN LÓPEZ, *Presente y futuro del arbitraje de consumo*, cit. p. 59. BARONA VILAR, Silvia, “El Laudo en el Arbitraje de consumo”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1997, pp. 16-17.

53 Reproduzco uno de ellos: “(El consumidor) *Va portar a l'establiment reclamat tres abrics per a transformar i els deixà 600 euros a compte dels 1.670 euros pressupostats. No està conforme amb l'import abonat per l'arranjament del primer abric de visó, ja que no s'ajusta al pressupost. Demana la devolució de l'import abonat. S'estima la reclamació havent l'empresa reclamada d'abonar a la reclamant, en el termini màxim de quinze dies des de la notificació d'aquest laude, l'import de 350 euros, doncs es considera que el preu cobrat per l'arranjament de l'abric de visó ha estat molt superior al pressupostat i, en cap moment, s'advertí a la clienta d'aquest increment. S'aprova per unanimitat*”. Se pueden localizar más tanto en la página-web de la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona, como en el libro AJUNTAMENT DE BARCELONA, *Junta Arbitral de Consum de Barcelona*. 10 anys, Barcelona 2003, pp. 71 y ss.

ción suele encubrir la arbitrariedad. En este caso la motivación sólo es necesario que sea muy sintética, pero no hasta el punto de no saber qué llevó a los árbitros a decidir en un sentido o en otro.

De hecho, es perfectamente factible una motivación *in voce*, que se haga constar en el acta del proceso arbitral. De esa forma, con la lectura del acta, las partes podrán ejercitar la acción de anulación si lo estiman conveniente. Desde luego, el ejercicio de esta acción es muy poco probable del lado del consumidor, habida cuenta de que si acudía al arbitraje era precisamente para no tener gastos, y además por la confianza que, en principio le merecía el arbitraje organizado por la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona. Diferente podría ser el caso del lado del empresario, quien sí podría estar interesado en ejercitar dicha acción, y económicamente *a priori* puede tener más posibilidades para ello, aunque no siempre sea así, ni mucho menos⁵⁴. Pero evidentemente, todo va a depender del interés económico del asunto para valorar si merece o no la pena intentar la anulación, que no comentaré por no diferir en absoluto de la establecida para la generalidad de los arbitrajes, por lo que me remito a las obras generalistas antes citadas.

54 De hecho, según la memoria de 2004 del Instituto Nacional de Consumo, sólo se ejercitó la acción de anulación en el 0,86 % de los casos, siendo altísimas las tasas de cumplimiento voluntario del laudo (98,05 %), sin necesidad de ejecución forzosa.

Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*

Ricardo Alonso García**

I. ACLARACIONES PREVIAS: SUPRANACIONALIDAD VS. INTERGUBERNAMENTALIDAD

Sabido es que el Tribunal de Justicia actuó desde los orígenes de las Comunidades Europeas como auténtico “motor de la integración”, en el sentido de decidido impulsor del reconocimiento de su naturaleza *sui generis*, propensa a hacer realidad la cesión de soberanía operada en su favor por los Estados miembros.

Tal protagonismo del Tribunal de Justicia, desempeñado en un primer momento, como se acaba de señalar, en el ámbito de la configuración de la naturaleza misma de la integración europea y de los principios esenciales llamados a regir las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho de los Estados miembros, se extendió progresivamente a los demás “ámbitos constitucionales” del ordenamiento jurídico comunitario, significativamente a la hora de definir los contornos del poder europeo, incluidos los límites de ese poder frente al ciudadano.

* El presente trabajo reproduce, sin notas a pie de página, la exposición presentada por el autor con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina), el 18 de octubre de 2007.

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

En efecto, el Tribunal va intervenir de manera decisiva, inspirándose en una visión *pro integracione* de la aventura iniciada en 1951 en el ámbito del carbón y del acero, en la concreción de las reglas de juego entre las instituciones políticas europeas, y del marco competencial de dichas instituciones consideradas en conjunto frente a los Estados miembros; también va a intervenir de manera decisiva en la concreción de las reglas de juego del poder judicial europeo desde una perspectiva global (esto es, incluidos en dicho poder los jueces y tribunales nacionales en su faceta de “jueces comunitarios” a través de ese mecanismo privilegiado de cooperación con el Tribunal de Justicia que es la cuestión prejudicial); y, en fin, decisiva va a ser igualmente su labor a la hora de configurar los límites del poder público europeo (incluido el poder público nacional en su faceta de brazo ejecutor del Derecho comunitario) frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del establecido antes del nacimiento de las Comunidades Europeas, en el contexto del Consejo de Europa (a saber, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950).

El presente trabajo pretende, en su primera parte, exponer el referido protagonismo desempeñado por el Tribunal de Justicia en términos *pro integracione*; una segunda parte se dedicará al análisis acerca de si esa labor *pro integracione* se ha mantenido tras el nacimiento formal de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht firmado en 1992, sobre todo tras la reforma de Ámsterdam en 1997 y en relación, concretamente, con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Antes de comenzar, no obstante, conviene aclarar qué entiendo por la referida actitud *pro integracione* del Tribunal de Justicia. En esencia, se trata de una actitud tendente a potenciar los elementos supranacionales del sistema europeo de integración frente a los rasgos intergubernamentales no ajenos al mismo.

Ahora bien y a su vez, ¿qué cabe entender por “elementos o rasgos supranacionales”, y por “elementos o rasgos intergubernamentales”? También en esencia, la *supranacionalidad* es un concepto al que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización (con la consiguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira, creo, en torno a cuatro cuestiones: 1) quién decide (la estructura política propia de la organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual, y por tanto

soberano, de los Estados miembros de la organización); 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y 4) efectos de lo decidido (obligatorias para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización). Como contraposición a la supranacionalidad, la *intergubernamentalidad* nos situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las Partes Contratantes, auténticas protagonistas del “pacto interestatal” en detrimento de los ciudadanos.

Lo dicho teniendo en cuenta que los rasgos supranacionales y los intergubernamentales pueden coexistir en el seno de una organización y que, de hecho y como adelantaba, coexisten en la Europa comunitaria, paradigma de integración supranacional.

Tomemos como ejemplo el proceso decisorio en un específico sector como la armonización fiscal (artículo 93 TCE), donde el Consejo (órgano integrado por representantes gubernamentales) dispone por unanimidad. Se trata, pues, de un terreno presidido, en principio, por la intergubernamentalidad y la correspondiente ausencia de cesión de soberanía (al mantener cada Estado miembro su poder individual de veto); lo cual, sin embargo, no implica que sea terreno por entero abonado con rasgos intergubernamentales, habida cuenta de que el poder de iniciativa reside en la Comisión (institución independiente de los Estados miembros), y que el Parlamento (compuesto por representantes de los pueblos –que no los Estados– europeos) y el Comité Económico y Social (constituido por “representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada”) intervienen en el proceso decisorio al tener que ser consultados con carácter preceptivo; y en cuanto a la interpretación última y suprema de la armonización adoptada, corresponde al Tribunal de Justicia, auxiliado en su caso por los jueces y tribunales nacionales vía cuestión prejudicial.

Presencia también, por tanto, de rasgos supranacionales, cuyo peso aumentará en proporción a la pérdida de control de los Estados miembros sobre el proceso decisorio, manifestada principalmente en aquellos sectores (progresivamente ampliados con las sucesivas reformas del Tra-

tado) donde el Consejo decide por mayoría (lo que supone, en una de las manifestaciones más significativas de la supranacionalidad europea, sumisión de los Estados, aun habiendo votado en contra, a la voluntad del Consejo), y acentuada a medida que mayor sea el protagonismo del Parlamento (el cual comenzó en 1986, con el Acta Única Europea, a participar activamente en el proceso decisorio a través de los procedimientos de cooperación y dictamen conforme, participación incrementada con el procedimiento de codecisión introducido por el Tratado de Maastricht) y la exigencia de intervención consultiva, en términos facultativos o preceptivos según los casos, del ya referido Comité Económico y Social, y del Comité de las Regiones (también producto de Maastricht y que agrupa a “representantes de los entes regionales y locales”).

2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO MOTOR DEL MERCADO COMÚN

En 1963, el ordenamiento jurídico comunitario ya fue calificado por el Tribunal de Justicia como “propio” y “autónomo” respecto del ordenamiento jurídico internacional y del de los Estados miembros integrantes de las Comunidades Europeas. Tales características las vinculó el Tribunal, refiriéndose específicamente a la entonces Comunidad Económica Europea, al hecho de haber dotado a la misma “de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad”, que se traduciría en su aptitud para generar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros (*asunto Van Gend & Loos*).

Esta posibilidad de los ciudadanos de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho comunitario, proclamada concretamente en relación con el artículo 12 del Tratado constitutivo (actualmente modificado y ubicado como artículo 25), que preveía que “los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana, de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones recíprocas”, partió de una alteración por el Tribunal de Justicia de la *presunción* de Derecho Internacional consistente en que las obligaciones jurídicas internacionales están orientadas y dirigidas a los Estados, partes contratantes, cuyos respectivos

Derechos son los que determinan en qué medida y a través de qué método tales obligaciones pueden en su caso producir efectos jurídicos en el ámbito interno (incluida su invocabilidad por los particulares ante las propias jurisdicciones nacionales), solventándose los posibles incumplimientos en el marco de reclamaciones interestatales.

Cierto es que, en cuanto presunción, podría ser destruida si del tratado internacional se desprendiera la intención de las partes contratantes en favor de su aplicabilidad directa; pero no lo es menos que tal intención, en cuanto excepción a la regla general, tendría que interpretarse de manera restrictiva.

Así las cosas, bien podía haber prevalecido una aproximación conforme a cánones clásicos de Derecho Internacional respecto de la eficacia del Tratado CEE, pues ninguna disposición suya preveía la posibilidad de su directa aplicación, con la consecuencia de poder implicar *per se* a los particulares, esto es, con independencia de los Derechos nacionales (ausencia de previsión esta, por lo demás, predicable no sólo del Tratado, sino del resto del Derecho comunitario, con la sola excepción de los reglamentos, cuya aplicabilidad directa se recogía expresamente en artículo 189, actual 249), al tiempo que sí preveía (como recalcó en sus Conclusiones el Abogado General de nacionalidad alemana Karl Roemer, partidario de negar la eficacia directa) un proceso por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, incluido el Tratado, en el que los particulares brillaban por su ausencia (artículos 169-170, actualmente 226-227). Es más, el artículo 12 TCEE, en concreto, imponía una obligación de abstención dirigida exclusivamente a los Estados miembros sin mencionar en ningún momento a los particulares (sin que resulte ocioso recordar que los Gobiernos neerlandés, belga y alemán, intervinientes en el proceso, hicieron hincapié en que tal silencio con relación a los particulares revelaba la voluntad inequívoca de los Estados miembros de no conferir al Tratado efecto directo).

El Tribunal de Justicia, sin embargo, objetivando al máximo la intención de las partes contratantes a través de los objetivos y del sistema instaurado por el Tratado, presidido por un espíritu de integración, concluyó que “el artículo 12 del Tratado produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger”.

El Tribunal de Justicia estaría así sentando las bases, por mor del propio Derecho comunitario (e independientemente, pues, del Derecho de

los Estados miembros), de un ordenamiento jurídico autónomo, situando las disputas relativas a su correcto cumplimiento no sólo en un plano interestatal-comunitario (a través del proceso por incumplimiento) sino también interno, con unos Estados miembros susceptibles de ser demandados por los ciudadanos ante sus propios órganos jurisdiccionales.

Y lo estaría haciendo, como señalaba, invirtiendo la presunción propia del Derecho Internacional, al establecerla en favor de la aplicabilidad o eficacia directa del Tratado (y del Derecho comunitario globalmente considerado, incluido el derivado, emanado unilateralmente de las Instituciones comunitarias), a concretar en cada caso a través de las exigencias de “claridad, precisión e incondicionalidad” de su contenido; con otras palabras, determinada la potencialidad global del Tratado para producir directamente efectos en los ordenamientos internos, su actualización concreta vendría de la mano del análisis del contenido (“claro, preciso e incondicional”) de cada uno de sus preceptos.

Admitida así la eficacia directa con relación al Tratado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se concentraría a partir de ese momento en la eficacia de las directivas, a las que, pese a tener como exclusivos destinatarios los Estados miembros, reconocería su aptitud para poder ser invocadas por los particulares ante los jueces nacionales frente a ausencias de ejecución interna (dentro del plazo prescrito) o ejecuciones incorrectas (*asuntos Van Duyn, 1974, y Becker, 1982*).

Incluso más allá del carácter preciso e incondicional de la directiva, el Tribunal de Justicia se decidiría en el *asunto Kraaijeveld (1996)* a recuperar una doctrina sentada veinte años antes (*asunto VNO, 1977*) y que había pasado prácticamente desapercibida, en virtud de la cual existiría la obligación de verificar “si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva”. Posibilidad, pues, de oponerse a la aplicación del Derecho nacional que haya sobrepasado el margen de maniobra permitido por la directiva, que, no obstante, no llega a traducirse en posibilidad de invocarla en caso de pasividad interna (i.e. en ausencia de normas nacionales de ejecución). O lo que es igual, aun en presencia de margen de apreciación, la directiva puede invocarse frente a normativa interna contraria (acción de naturaleza reaccional), no frente a ausencia de normativa (acción de naturaleza sustitutiva o aplicativa en sentido estricto).

También acabaría el Tribunal de Justicia admitiendo (*asunto Inter-Environnement Wallonie, 1997*) la posibilidad de que el particular invoque una directiva, aun no habiendo finalizado su plazo de ejecución, cuyo contenido preciso e incondicional haya sido vulnerado o cuyo margen de apreciación haya sido sobrepasado por el Derecho interno adoptado con posterioridad a la notificación de la directiva en cuestión, si el juez considera imposible, en función de las circunstancias, que, al expirar el plazo prescrito, pueda alcanzarse el objetivo por ella fijado.

Lo dicho, en fin, en un contexto sancionador en el que sería el Estado, responsable de la infracción que determina la entrada en juego de la eficacia aplicativa de la directiva, el único sujeto frente al cual se puede invocar ésta, excluyéndose así la invocabilidad vertical inversa (del Estado frente al particular) y, como recalcaría el Tribunal en el *asunto Faccini Dori (1994)*, horizontal (entre particulares). No obstante y por lo que respecta a esta última aserción, el Tribunal de Justicia parece haberla matizado en términos igualmente *pro integratione*, admitiendo la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible (*asunto Cia Security International, 1996*). Ello asumido que en estos litigios *inter privatos* (y en cualesquiera otros, con independencia de los actores –públicos o privados– en juego), el juez estaría obligado (doctrina de la “interpretación conforme”) a forzar la interpretación del Derecho interno hasta el límite del *contra legem* en la búsqueda de su conformidad con la directiva (*asunto Marleasing, 1990*).

Todo ello muestra, en definitiva, una decidida disposición del Tribunal de Justicia a hacer efectivas en el plano interno las decisiones (en el sentido amplio de la expresión) adoptadas en el plano comunitario, incluso cuando las mismas requieren, en principio, desarrollo o ejecución por los Estados miembros, de manera que la ausencia de desarrollo o la ejecución incorrecta no menoscabe la referida efectividad en los términos expuestos. Incluso dicha efectividad, rodeada de las necesarias precisiones, ha llegado el Tribunal a extenderla al terreno del *soft law* comunitario, por definición no vinculante, exigiendo a los operadores jurídicos a tenerlo en cuenta al aplicar el Derecho nacional o el propio *hard law* comunitario; particularmente, exigiendo en última instancia a los jueces y tribunales nacionales la obligación de motivar sobre el posible descarte del *soft law* comunitario en cuanto parámetro de interpretación de disposiciones internas con él vinculadas (*asunto Grimaldi, 1989*).

Volviendo sobre el *asunto Van Gend & Loos*, recordemos que el Tribunal de Justicia admitió el principio de eficacia directa apartándose de las Conclusiones de su Abogado General (y de la posición sostenida, como también vimos, por tres de los gobiernos intervinientes en el proceso, en un contexto, conviene no olvidar, en el que la Europa comunitaria contaba con sólo seis Estados miembros), quien propuso considerar que el artículo 12 del Tratado CEE sólo contenía una obligación dirigida a los Estados, negando así que pudiera producir efecto directo y crear derechos a favor de los particulares cuya protección correspondería en última instancia a jueces y tribunales nacionales.

En el trasfondo de la opinión del Abogado General pesaba el hecho de que, de reconocerse tal eficacia directa, la disparidad entre los Derechos nacionales en lo concerniente a la relación entre el Derecho supranacional o internacional y la legislación interna (esto es, en función del reconocimiento o no del valor prevalente de aquél sobre ésta) podría desembocar en una ruptura de la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no acogería los temores apuntados por el Abogado General, a sabiendas probablemente de que la cuestión prejudicial planteada procedía de un tribunal neerlandés, cuya Constitución, como recordó el propio Abogado General, otorgaba primacía a los acuerdos internacionales sobre el Derecho interno; por lo que el reconocimiento de la eficacia directa con relación al artículo 12 del Tratado CEE desembocaría, sin necesidad de pronunciamiento alguno acerca de la primacía del Derecho comunitario, en una inaplicación por el tribunal neerlandés al caso (del cual estaba conociendo y que originó la cuestión prejudicial) de la normativa interna incompatible con dicho precepto.

No obstante lo cual, quedaba en pie qué sucedería cuando en el futuro se planteara la posible incompatibilidad entre el Derecho comunitario y un Derecho nacional carente, a diferencia de lo que sucedía en los Países Bajos, de una apertura constitucional interna hacia el ordenamiento supranacional o internacional.

Pues bien, la cuestión sería resuelta apenas un año después (*asunto Flaminio Costa, 1964*), en el marco de un litigio cuyo importe ascendía a la cifra irrisoria de 1.925 liras (que equivaldría en la actualidad a menos de 1 euro), que Flaminio Costa, Abogado de Milán, se negaba a pagar, en concepto de suministro de electricidad, al Ente Nacional para la Energía

Eléctrica, alegando que la Ley italiana de 6 de diciembre de 1962, por la que se había nacionalizado la industria eléctrica en Italia, era contraria a determinados preceptos del Tratado de la CEE.

Al igual que en *Van Gend & Loos*, el Tribunal de Justicia, recurriendo a la naturaleza *sui generis* y autónoma del ordenamiento jurídico comunitario (independientemente, pues, del alcance que cada Constitución nacional reconociera en el ámbito interno al Derecho supranacional o internacional), afirmaría la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, con el efecto de descartar la aplicación de éste por los jueces y tribunales nacionales en el caso de resultar incompatible con aquél.

Así las cosas, puede señalarse que, a día de hoy, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno infraconstitucional, incluidas las leyes, ha sido aceptada por todos los Estados miembros en los términos sentados por el Tribunal de Justicia en el *asunto Simmenthal (1978)*, que se traducen en la obligación de jueces y tribunales nacionales de inaplicar aquéllas al caso concreto por su propia autoridad, sin esperar a su previa depuración por el legislador o la jurisdicción constitucional correspondiente; lo cual, conviene subrayar, no excluye, en virtud del principio de seguridad jurídica igualmente proclamado por el Tribunal de Justicia (*asunto Comisión v. Francia, 1974*), la obligación por parte de los Estados miembros de eliminar, formalmente y con carácter general (i.e., vía normativa o mediante pronunciamientos judiciales con efectos *erga omnes*), tal contradicción.

Lejos de limitar el alcance del principio de primacía a la inaplicación, sin más, de las normas nacionales incompatibles con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha ido construyendo a partir de dicho principio y apoyándose en otro como el de cooperación leal (artículo 10 TCE), todo un arsenal de poderes-deberes del juez nacional frente al Derecho interno incompatible con el comunitario: medidas cautelares (*asunto Factortame, 1990*), acciones de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario (*asunto Francovich, 1991*), revisión de sentencias con valor de cosa juzgada (habiendo declarado en el reciente *asunto Lucchini, de julio de 2007*, que “el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación

de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas”; aunque ceñida al terreno específico de las ayudas de Estado, debe advertirse que apenas un año antes, en el *asunto Kapferer*, el Tribunal había declarado con carácter general que “el principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho comunitario”), etc.

Y sería conveniente, siquiera como mínimo en aras de la seguridad jurídica, que todo ese arsenal de poderes-deberes del juez nacional en virtud del Derecho comunitario tuviera su reflejo en los textos constitucionales nacionales, la mayor parte de los cuales sólo contemplan la integración en términos de ida, y no de ida y vuelta. Con otras palabras, las Constituciones nacionales suelen abordar la cuestión de la integración en términos de competencias que, cedidas a la Comunidad, pasan a ser ejercitadas por ésta con el correlativo desapoderamiento de los poderes públicos nacionales, incluidos los órganos judiciales. No contemplan, en cambio, el efecto *boomerang* que dicha cesión trae consigo: el apoderamiento en favor de la Comunidad, lejos de producir en términos generales un *vaciamiento* del poder público interno (tanto en el terreno legislativo como ejecutivo y judicial), lo que produce es una *reestructuración* de dicho poder a los fines de la integración, asumido que el ordenamiento jurídico comunitario opera en términos de descentralización funcional.

Lo dicho, por lo demás, sin olvidar que los problemas que pudieran derivar del referido *silencio* constitucional interno ante los retos de esta jurisprudencia “derivada” o “de segunda generación”, centrada en llevar hasta sus últimas consecuencias el principio e primacía, se agudizan ante la cuestión crucial del alcance de éste cuando el Derecho comunitario entra en *colisión* con las Constituciones nacionales.

En efecto, no debe obviarse el hecho de que frente a la afirmación de la primacía en términos absolutos y globales (i.e. del Derecho comunitario considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional), que ya apuntaba el Tribunal de Justicia en *Flaminio Costa* y que consagrará explícitamente el

asunto Internationale Handelsgesellschaft (1970), los Tribunales Constitucionales y/o Supremos de los Estados miembros han ido formulando límites internos a la integración, reconducidos progresivamente al núcleo duro de la soberanía y de la identidad nacional, incluidos los derechos fundamentales, y también progresivamente matizados, como veremos, sobre la base de la “doctrina de la equivalencia”; ello completado, además, por la negativa a admitir la primacía comunitaria en caso de colisión abierta y manifiesta con disposiciones de los textos constitucionales, cualquiera que sea la naturaleza de la disposición y su ubicación sistemática en el texto constitucional en cuestión.

Siguiendo con la doctrina *pro integratone* del Tribunal de Justicia, hay que señalar que éste, una vez asentados los principios rectores de la relación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales, la extendió, como advertí al comienzo de la presente exposición, a los demás “ámbitos constitucionales” del ordenamiento jurídico comunitario, significativamente a la hora de definir los contornos del poder europeo, incluidos los límites de ese poder frente al ciudadano.

Así, en lo concerniente a la definición de dichos contornos desde una perspectiva horizontal (i.e., de las reglas de juego entre las propias instituciones políticas europeas), destaca el refuerzo por el Tribunal del papel del Parlamento Europeo y de la Comisión en el marco del proceso decisorio.

Valgan como ejemplo, por lo que respecta al Parlamento y a sus poderes en el terreno consultivo, la doctrina según la cual una alteración del texto de un proyecto con posterioridad a la emisión por aquél del correspondiente dictamen, exigiría una reconsulta en el supuesto de que la alteración fuera sustancial (*asunto ACF Chemiefarma v. Comisión, 1970*); o aquella otra en virtud de la cual una consulta solicitada al Parlamento con carácter facultativo, cuando debería haber tenido lugar con carácter preceptivo, podría conducir a la anulación de la disposición adoptada (*asunto Parlamento Europeo v. Consejo, 1994*). Ello acompañado (*asunto Chernobyl, 1990*) de un reconocimiento, pese a su no previsión por entonces en el Tratado, de la legitimación activa del Parlamento para recurrir en anulación en defensa de sus propias prerrogativas (reconocimiento este que constituiría uno de los *overruling* más espectaculares hasta la fecha en la jurisprudencia del Tribunal –concretamente, del *asunto comitología*,

1988—, y que sería incorporado poco después al propio Tratado con la reforma de Maastricht).

En cuanto a la Comisión, significativo resulta su cuasi monopolio sobre la iniciativa del proceso decisorio, potenciado no sólo por la exigencia prevista en el Tratado de obligar al Consejo a alcanzar la unanimidad cuando pretenda modificar la propuesta de la Comisión (salvo matices recogidos en el propio Tratado en el ámbito del procedimiento de codecisión), sino también por la exigencia jurisprudencialmente declarada de obligar al Consejo a que la modificación se mueva en todo caso dentro del “ámbito de aplicación” de la propuesta en cuestión (*asunto Eurotunnel*, 1997).

El propio Consejo, en fin, también se vería afectado por la corriente *pro integracione* que tradicionalmente ha inspirado la doctrina del Tribunal, la cual muestra una clara tendencia, a partir del Acta Única (que, recordemos, recuperó en términos políticos el espíritu supranacional que había quedado en entredicho, también en términos políticos, a partir del Compromiso de Luxemburgo de 1966, al tiempo que reconoció por vez primera un poder real de intervención del Parlamento en el proceso decisorio comunitario), a favorecer las bases jurídicas (i.e., los precepto del Tratado que en cada caso amparan la intervención de la Comunidad, así como el procedimiento que ésta debe seguir a la hora de hacer efectiva la intervención en cuestión) presididas por la mayoría cualificada en el seno del Consejo, en detrimento de aquellas otras presididas por la unanimidad (*asunto aranceles preferentes*, 1987).

Otro tanto cabe decir de la doctrina del Tribunal de Justicia en lo concerniente a la definición de los contornos del poder público europeo desde una perspectiva vertical (i.e., de los límites competenciales de la Comunidad frente a los Estados miembros).

Valga también como ejemplo la política de medio ambiente, incorporada expresamente como política comunitaria en 1986 con el Acta Única Europea. Pese al silencio del Tratado con anterioridad a dicha fecha, lo que parecía inducir a negar la competencia de la Comunidad para intervenir al respecto, lo cierto es que la Comunidad sí que legisló sobre materia medio ambiental recurriendo, en un primer momento, al entonces artículo 100 del Tratado (actual 94), alegando que la legislación en cuestión pretendía, como exigía el mencionado precepto, aproximar disposiciones nacionales que afectaban directamente al establecimiento y

funcionamiento del mercado común (caso de las Directivas sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, y sobre niveles de ruido y de emisiones de gases contaminantes por vehículos de motor).

A medida que la legislación comunitaria comenzó a hacerse “más esencialmente” medio ambiental, menor comenzó a ser su “incidencia directa” en el mercado común (y menor, por tanto, la posibilidad de basar tal legislación en el artículo 100), recurriéndose entonces a la doctrina de los poderes implícitos plasmada en el artículo 235 del Tratado (según el cual, “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes). Ello exigía en todo caso, una lectura generosa de los objetivos mencionados en el entonces artículo 2 del Tratado, donde no figuraba específicamente la protección del medio ambiente. Sí que entendió el Consejo, sin embargo, que tal protección derivaba de la búsqueda de, según rezaba dicho precepto, “un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, y una elevación acelerada del nivel de vida”; visión esta que sería respaldada por el Tribunal de Justicia en el *asunto ADBHU (1985)*, en el que, ante la impugnación de la legislación francesa y de la directiva que ejecutaba por excesivamente restrictivas de la actividad comercial e industrial de tratamientos de aceites usados y en consecuencia contrarias al principio comunitario de libre comercio, el Tribunal sostuvo que el medio ambiente era “uno de los objetivos esenciales de la Comunidad”, lo que justificaba que sobre la base del mismo no sólo los Estados, sino también la Comunidad, pudiesen restringir la libertad de comercio.

Si decisiva va resultar la doctrina *pro integratione* del Tribunal de Justicia en el terreno del proceso decisorio, no menos va a resultar su visión de las reglas de juego del poder judicial europeo, y más concretamente, de las relaciones entre los jueces y tribunales nacionales (en su faceta de “jueces comunitarios”) y el propio Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 (actual 234) del Tratado, calificada en Luxemburgo como auténtica “piedra angular” del sistema jurídico comunitario.

En efecto, asumido que la mayor parte del Derecho comunitario es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la “comunidad” propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que opera según se acaba de señalar en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (en última instancia, de sus órganos jurisdiccionales, competentes para conocer de los litigios que surjan en dicha fase aplicativa), con posibilidad de divergencias entre unos y otros y, por tanto, de quiebra en la práctica de la “comunidad” teórica.

A evitar tal riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial, el cual, calificado por el propio Tribunal, como se acaba de señalar, de “piedra angular” del sistema jurídico comunitario, se encuadra, como recuerda el *asunto Schwarze (1965)*, en el “marco muy particular de la cooperación judicial” en el que compete al juez europeo aclarar la interpretación o validez del Derecho Comunitario y al órgano jurisdiccional nacional resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de tal aclaración.

Sucedé que, más allá del concreto litigio nacional que está en su origen, la cuestión prejudicial tiene por finalidad primordial colocar a una institución comunitaria, el Tribunal de Justicia, en posición de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho comunitario, manteniendo la “comunidad” alcanzada en el estadio de producción normativa al pasar al de su efectiva aplicación: una norma común, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros a través del diálogo instaurado entre la diversidad de jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, al que pueden o en su caso deben plantear las dudas de interpretación o validez del Derecho comunitario que les surjan con ocasión de los litigios de los cuales estén conociendo, cuya resolución –imprescindible para poder emitir su fallo– por el Tribunal de Justicia, al tiempo que aclara el panorama al órgano jurisdiccional remitente, sienta doctrina uniforme a respetar por cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En tal contexto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha dirigido, por un lado, a reforzar su rol de supremo intérprete del ordenamiento

jurídico comunitario a través de las doctrinas del “acto claro” y del “acto aclarado” (*asunto CILFIT*, 1982). La primera propugna la ubicación del órgano jurisdiccional nacional, a la hora de decidir acerca del planteamiento o no de la cuestión, en el marco de la arquitectura judicial comunitaria (de la que forman parte los demás órganos jurisdiccionales nacionales actuando en colaboración con el Tribunal de Justicia), interpretando y aplicando de manera uniforme el Derecho, común, comunitario (autónomo respecto de los Derechos nacionales). Como recuerda el *asunto International Transports* (2005), el juez nacional debe valorar la eventualidad de una duda interpretativa “razonable” sobre el ordenamiento jurídico comunitario “en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Comunidad”. En cuanto a la doctrina del “acto aclarado”, implicó el reconocimiento a favor de jueces y tribunales nacionales del poder para aplicar, por su propia autoridad (i.e. sin plantear cuestión prejudicial), “jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas”; ello en el bien entendido (y es este matiz el que reforzaría la autoridad del Tribunal de Justicia) de que ningún órgano jurisdiccional nacional podría por su propia autoridad apartarse de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo (al que, no obstante, sí que podrían dirigirse para aclarar algún punto oscuro de la jurisprudencia en cuestión, para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos o, simplemente, para intentar una reconsideración de Luxemburgo al respecto).

Mayor aún resultó el reforzamiento del rol del Tribunal de Justicia, más allá del contexto interpretativo, en el marco del puro control judicial, al sentar el Tribunal en el *asunto Foto-Frost* (1987) su monopolio respecto de los juicios negativos de validez del Derecho comunitario (monopolio que, aun no estando previsto en el artículo 177, el Tribunal de Justicia dedujo de una interpretación sistemática –y *pro integratione*– de sus propias funciones: “dado que el artículo 173 [actual 230]”, sostuvo, “atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia”).

Monopolio este, por lo demás, que se mantiene, conforme aclararía el *asunto Gaston Schul* (2005), aun cuando el Tribunal “ya haya declarado inválidas disposiciones equivalentes de [otra norma comunitaria] comparable”.

Lo dicho teniendo por lo demás en cuenta que el Tribunal, que en el *asunto U.P.A. v. Consejo* (2002) rechazó la legitimación de los particulares para impugnar directamente actividad comunitaria de carácter general, hizo hincapié en ese mismo asunto, como contrapartida, en la necesidad de reforzar esta vía de impugnación indirecta que es la cuestión prejudicial de validez, declarando que “en este contexto [de asentamiento de un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva], y de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 5 [actual 10] del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto”.

Todo lo cual implica, en última instancia, un fortalecimiento de la naturaleza supranacional del Tribunal de Justicia no sólo en términos de conferirle la última palabra en relación con el alcance del propio Derecho comunitario, sino también en términos de conexión con el ciudadano litigante, en cuya causa, allí donde no existe acceso directo al Tribunal de Justicia, éste amplía las posibilidades de intervenir (indirectamente) a medida que intensifica la presión sobre el juez nacional a los efectos de hacerle asumir su condición de “juez comunitario”.

En fin y para concluir este breve repaso de la jurisprudencia comunitaria *pro integratione*, señalemos que decisiva ha sido también la labor del Tribunal de Justicia a la hora de configurar los límites del poder público europeo frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del que deriva del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, entre las consecuencias que en términos integradores implicó la elaboración por el Tribunal de Justicia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, pueden destacarse:

1) la reafirmación de la naturaleza autónoma del ordenamiento jurídico comunitario, capaz de proporcionar a los ciudadanos un catálogo propio de derechos fundamentales a partir del cual controlar la actividad de las instituciones europeas (y de los propios Estados miembros en su faceta de ejecutores del Derecho comunitario);

2) ello, a su vez, sentó las bases para superar las resistencias de los Estados miembros a la primacía argumentando que, en ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, serían los propios catálogos nacionales los que deberían entrar en juego como límite infranqueable por el poder público europeo;

3) también sentó las bases para la reforzar el monopolio del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez del Derecho comunitario por mor del propio Derecho comunitario (esto es, de su propio catálogo jurisprudencial de derechos fundamentales);

4) en fin, la referida autonomía del ordenamiento jurídico comunitario acabaría reafirmandose no ya frente al Derecho nacional (en el sentido señalado de que sólo el catálogo comunitario de derechos fundamentales sería canon de validez de la propia actividad comunitaria, y de que el único competente para manejar tal canon en términos negativos –de invalidez– sería el propio Tribunal de Justicia), sino incluso frente al sistema instaurado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con una renuncia genérica por parte del Tribunal de Estrasburgo (*asunto Bosphorus, 2005*) a ejercitar un control sobre el Derecho comunitario (indirectamente, a través del control ejercitado sobre la ejecución de éste por los Estados miembros, Partes Contratantes, a diferencia de la Comunidad Europea, del Convenio), sobre la base de la “doctrina de la equivalencia”, que otorga un amplio margen de confianza a un ordenamiento, como el comunitario, capaz de proporcionar una protección “comparable”, que no “idéntica”, a la que deriva del propio Convenio, en el marco de un sistema de control jurisdiccional capaz de asegurar la observancia de los derechos amparados por el ordenamiento en cuestión (doctrina esta de la protección equivalente que, por ejemplo y con sus correspondientes matices, asumen también los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, y el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en Francia).

Sucede, por lo demás, que el rol decisivo del Tribunal de Justicia en la configuración pretoriana del sistema comunitario de derechos fundamentales sigue siendo de extraordinaria actualidad pese a la proclamación

de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza (2000), no ya porque ésta carece, pese a su evidente valor hermenéutico, de fuerza jurídica vinculante en sentido estricto (según recuerda el propio Tribunal en el *asunto reagrupación familiar*, 2006, primero en citarla de manera expresa), sino incluso porque como recordaba la fallida Constitución Europea (cuya filosofía mantiene la versión provisional del en estos momentos futurible Tratado de Lisboa con el que se pretende superar la actual situación de *impasse* en que se encuentra la Unión), la Carta no excluye que los derechos y libertades en ella reconocidos sean completados, como antaño, vía principios generales configurados por el Tribunal de Justicia inspirándose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

3. LAS VICISITUDES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Tras este breve repaso del protagonismo desempeñado por el Tribunal de Justicia en el marco comunitario en términos *pro integracione*, corresponde ahora analizar de si esa labor *pro integracione* se ha mantenido tras el nacimiento formal de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht firmado en 1992, sobre todo, como adelanté al inicio de la exposición, tras la reforma de Ámsterdam en 1997 y en relación, concretamente, con el conocido como tercer pilar, dedicado a la “Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal”.

Comencemos por recordar que el Tratado Maastricht creó una nueva organización, la Unión Europea, que, heredando la doble naturaleza de la integración europea ya presente en el Acta Única (1986), parte en cuanto a su fundamento de las Comunidades Europeas, completadas con formas de cooperación en política exterior y de seguridad común (PESC), y en asuntos de justicia y de interior (AJAI), y que va a recibir como misión “organizar de modo más coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”. Para ello, la Unión va a contar con un marco institucional único, que funcionará con distintas reglas de juego según el ámbito de intervención: esencialmente supranacionales en el terreno de las Comunidades Europeas, y esencialmente

intergubernamentales en los ámbitos PESC y AJAI (que puede resumirse en el protagonismo cuasi absoluto de los Estados miembros en un proceso decisorio que nace de su iniciativa, concluye por unanimidad del Consejo y queda expresamente excluido del control por el Tribunal de Justicia), recurriéndose desde entonces a la figura del templo griego para describir plásticamente la estructura del Tratado, con sus tres pilares, el supranacional comunitario y los otros dos intergubernamentales.

Tras el Tratado de Maastricht, la reforma de Ámsterdam (1997) traerá consigo, entre otras modificaciones, un *doble proceso de comunitarización* operado en relación con el tercer pilar, en un contexto en el que entre los objetivos a perseguir por la Unión Europea, se define el de

mantener y desarrollar la Unión como un *espacio de libertad, de seguridad y de justicia*, en el que la libre circulación de personas esté garantizada conjuntamente con las medidas adecuadas relativas a los controles en las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y lucha contra la delincuencia.

Por un lado, comunitarización consistente en el traspaso de parte del tercer pilar, el concerniente al control de fronteras externas, la inmigración, el asilo y la cooperación judicial en temas civiles, al propio Tratado de la Comunidad Europea; comunitarización que, sin embargo, no fue total, al quedar sometido el referido traspaso a un régimen *sui generis* respecto del general comunitario en lo atinente tanto al proceso decisorio como al control jurisdiccional. Así, y en relación con el proceso decisorio, se distinguió entre antes y después de transcurridos cinco años a partir de la entrada en vigor de la reforma de Ámsterdam: antes, decidiría el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro (rompiéndose así el monopolio de iniciativa de la Comisión típicamente comunitario) y previa consulta al Parlamento Europeo (desnudo, pues, de sus poderes de intervención propios del pilar comunitario, particularmente del poder de codecisión); después, la Comisión asumiría en exclusiva el poder de iniciativa, y el Consejo podría (por unanimidad) implantar el procedimiento de codecisión. En cuanto al control jurisdiccional, se previó un régimen especial de cuestión prejudicial (limitando la activación de la misma a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia), al tiempo que se excluyó expresamente la competencia del Tribunal, en el contexto de la progresiva eliminación

de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, “sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

Por otro lado, “aires” de comunitarización, en grado sensiblemente inferior a la operación anterior, consistente en la introducción de algunos rasgos próximos al régimen comunitario en la parte del tercer pilar que allí permaneció como *cooperación policial y judicial en materia penal* (CPJP, ampliada a la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia). Así, se estableció un sistema de instrumentos jurídicos que recordaba al sistema comunitario, aunque con importantes correcciones respecto de los elementos supranacionales propios de éste (negándose expresamente el efecto directo de las decisiones y de las decisiones marco), al tiempo que el proceso decisorio continuaba descansando, como en el segundo pilar (PESC), en el Consejo funcionando en régimen de unanimidad (sin perjuicio de la apertura de la mayoría cualificada a las medidas de aplicación de las unánimemente adoptadas y de la posibilidad de activación de la cooperación reforzada; y sin perjuicio, también, de que la Comisión y el Parlamento Europeo vieran tímidamente incrementados, respecto de Maastricht, sus papeles en dicho proceso). En cuanto a la arquitectura jurisdiccional, se produjo una matizada apertura al control por el Tribunal de Justicia, admitiéndose su competencia prejudicial para pronunciarse sobre la validez (excluidos los convenios entre los Estados miembros) y la interpretación del sistema del tercer pilar, aunque supeditada dicha competencia a su aceptación por cada Estado (en la que, además, se debería especificar qué órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión podrían dirigirse al Tribunal de Justicia, esto es, si todos ellos, o sólo aquellos de última instancia); también se admitió la competencia del Tribunal para controlar la legalidad de las decisiones y de las decisiones marco vía recurso de anulación interpuesto por los Estados o la Comisión, así como para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros, o entre éstos y la Comisión (quedando expresamente excluida su competencia, en cambio, “para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”).

La principal conclusión a extraer de esta nueva reforma es que ya no cabría equiparar sin más los dos pilares intergubernamentales de Maastricht: amén del esencialmente supranacional que sería el comunitario, y del esencialmente intergubernamental que sería el correspondiente a la política exterior y de seguridad común, Ámsterdam habría convertido el concerniente a la cooperación policial y judicial en materia penal en un *tertium genus*, de carácter intergubernamental pero con presencia, al mismo tiempo, de peculiaridades supranacionales en los instrumentos de intervención y en los mecanismos de control jurisdiccional.

Sentado lo cual, el interrogante que se planteaba era cuál de los dos pilares en estado más puro, si el supranacional comunitario o el intergubernamental de la política exterior y de seguridad común, estaría llamado a ejercer una mayor *vis attractiva* sobre ese *tertium genus* (con otras palabras: si los rasgos supranacionales propios del tercer pilar tendrían una lectura en términos de potenciación hasta el punto de traducirse en distintivos de su personalidad, o si, por el contrario, serían objeto de interpretaciones restrictivas, convirtiéndolos en imperceptibles en el contexto de una balanza identitaria rigurosamente desequilibrada en favor de la intergubernamentalidad), decantándose el Tribunal de Justicia por una visión *pro communitate* en el *asunto Pupino* (2005).

Lo que estaba en juego en dicho asunto, concerniente al alcance de determinados preceptos de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, era si, negada expresamente por el Tratado de la Unión la eficacia directa de las decisiones marco del tercer pilar, cabía o no admitir su eficacia interpretativa en los términos proclamados por el Tribunal para las directivas (en el ya referido *asunto Marleasing*). Y la respuesta dependía fundamentalmente de la visión que se tuviera acerca de naturaleza misma de las decisiones marco.

Así, una consideración de dicha naturaleza en términos de “actos de Derecho Internacional Público”, como defendió el Gobierno británico (que, al igual que los Gobiernos italiano y sueco, todos ellos intervinientes en el proceso prejudicial, se esforzó por resaltar el carácter esencialmente intergubernamental de las decisiones marco), conduciría a reconocer que todos los órganos de los Estados miembros, incluidos los jurisdiccionales, tendrían la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a dichos actos, salvo (y aquí estaría el matiz esencial introducido por los bri-

tánicos) que tal forma de interpretación debiera “quedar postergada frente a otras formas de interpretación, en función del Derecho nacional”.

En cambio, sí que impondría una “interpretación conforme”, según cánones comunitarios y desplazando otras formas de interpretación, un reconocimiento de la naturaleza *sui generis* de las decisiones marco, más próxima a las directivas que a los instrumentos internacionales de corte clásico, y presidida por el principio de cooperación leal.

Y en tal dirección se movió, precisamente, el razonamiento del Tribunal de Justicia.

Por un lado, resaltando las coincidencias frente a las diferencias en las respectivas definiciones por los Tratados CE y UE de las directivas y de las decisiones marco (haciendo hincapié en el carácter vinculante de ambos instrumentos y omitiendo cualquier referencia explícita a la expresa negación en el caso de éstas de la eficacia directa reconocida jurisprudencialmente a aquéllas). “Con independencia”, declararían el Tribunal, “del grado de integración que el Tratado de Ámsterdam pretende que se alcance en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en el sentido del artículo 1 UE, párrafo segundo, es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado necesario prever, en el Título VI de dicho Tratado [i.e., cooperación policial y judicial en materia penal], el recurso a instrumentos jurídicos que produzcan efectos análogos a los previstos en el Tratado CE, con objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión”.

Por otro lado, extendiendo el principio de cooperación leal al marco del tercer pilar: también frente a las alegaciones de los Gobiernos italiano y británico en el sentido de que, “a diferencia del Tratado CE, el Tratado UE no incluye ninguna obligación análoga a la establecida en el artículo 10 CE” (en el que se recoge el principio de cooperación leal), el Tribunal de Justicia sostuvo que el Tratado UE “constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa y que la misión de la Unión, que tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por dicho Tratado, consiste en organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”; y “sería difícil”, concluyó, “que la Unión cumpliera eficazmente

su misión si el principio de cooperación leal no se impusiera en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal”.

De resultas de todo ello, el Tribunal declararía que “el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de [la] decisión marco”.

Extensión a las decisiones marco, en definitiva, de la doctrina de la “interpretación conforme” elaborada en relación con las directivas, que reviste una notable importancia por cuanto:

1) conforme declararía el Tribunal de Justicia en el *asunto Pfeiffer (2004)*, “si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional todo el Derecho nacional [i.e., “el conjunto del Derecho nacional”] para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva”;

2) según puntualizaría aún más el Tribunal en el *asunto Adeneler (2006)*, “a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva [i.e., partir de su publicación o de su fecha de notificación, según los casos], los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta”;

3) todo ello teniendo por lo demás en cuenta que en ocasiones el propio Tribunal de Justicia transforma en la práctica su discurso teórico, imponiendo en su fallo a jueces y tribunales nacionales una suerte de eficacia directa encubierta (de naturaleza reaccional) allí donde la interpretación conforme parecería haber encontrado el límite insalvable del *contra legem* (como sucedió, de hecho, tanto en *Marleasing* como en *Pupino*);

4) y también todo ello sin olvidar, a su vez, que los límites que, aparte del *contra legem*, encuentra esta doctrina de la “interpretación conforme” en el terreno de las directivas, se acrecientan, *ratione materiae*, en el de las decisiones marco (según declararía el Tribunal de Justicia

en el *asunto Kolpinghuis Nijmegen*, 1987, “la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de la directiva cuando interprete las correspondientes normas de su Derecho nacional está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario”, puntualizando en el *asunto Procura della Repubblica*, 1996, que en “en lo que atañe, más concretamente, a un caso relativo al alcance de la responsabilidad penal derivada de una ley promulgada especialmente en ejecución de una directiva, debe precisarse que el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del inculpado, principio que es corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas y, en general, del principio de seguridad jurídica, se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprehensible no resulte claramente de la ley”; principio este “que forma parte de los principios generales comunes a los Estados miembros, y que ha sido consagrado asimismo en diferentes Tratados internacionales y, en particular, en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”).

Continuando con la visión *pro integratione* del tercer pilar, el Tribunal de Justicia la extendería pocos meses después del *asunto Pupino* al entramado global de la Unión.

En efecto, asumido que el *asunto Pupino* habría realzado los rasgos supranacionales del tercer pilar sin llegar hasta el punto de descartar sus elementos intergubernamentales expresamente plasmados en el Tratado, el Tribunal de Justicia vino a reconocer en el *asunto sanciones penales medioambientales* (2005) una suerte de *vis attractiva* del primer pilar (y por tanto, de sus técnicas supranacionales de funcionamiento) a la hora de legislar sobre aspectos penales vinculados con políticas comunitarias, en detrimento de las bases jurídicas de intervención de la Unión propias del tercer pilar (y por tanto, de los elementos intergubernamentales subsistentes en éste).

Concretamente, el Tribunal, aun reconociendo que en principio sería la Unión (a través del tercer pilar), y no la Comunidad (en el contexto del primer pilar), la competente en materia penal, afirmarí que “esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que

dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.

Sentado lo cual, el Tribunal consideró que la obligación impuesta a los Estados miembros, a través de una Decisión marco (adoptada, pues, con fundamento en el tercer pilar), de prever sanciones penales para castigar las infracciones graves de la legislación medioambiental, en la medida en que tendría como objetivo y contenido principales la protección del medio ambiente, debería haberse basado en el Título XIX del Tratado CE (primer pilar), y no en el Título VI del Tratado UE (tercer pilar), procediendo a su anulación conforme había demandado la Comisión apoyada por el Parlamento Europeo.

Tal doctrina, que tendría un extraordinario eco entre las instituciones políticas europeas (cfr. en particular la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03, así como el Informe del Parlamento al respecto, donde se analiza la manera de reconsiderar la base jurídica de otros textos legales europeos con el objetivo de ajustarlos al reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar), es susceptible, además y con todo lo que ello conlleva, de ser extendida a las relaciones entre el primer y el segundo pilar (el cual, recordemos, está excluido de la jurisdicción del Tribunal de Justicia), habida cuenta de que el Tribunal ya admitió hace tiempo que su falta de jurisdicción sobre determinados actos de la Unión no se podría llevar hasta el extremo de negar su jurisdicción para controlar que dichos actos no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad (*asunto tráfico aeroportuario, 1998*).

Volviendo sobre la visión *pro integratione* del tercer pilar, el Tribunal de Justicia perdería una buena oportunidad de profundizar en ella con ocasión de la polémica generada por la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (conocida como “euro-orden”).

En efecto, apenas un mes después de haber resaltado el Tribunal de Justicia en el *asunto Pupino* los aspectos supranacionales de las decisiones marco, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su sentencia

de 18 de julio de 2005 (dictada en el marco de un recurso de amparo y concerniente a la inconstitucionalidad de la ley alemana de ejecución de la Decisión marco sobre la “euro-orden”), subrayaría la naturaleza esencialmente intergubernamental de esas mismas normas, destacando que, “en cuanto formas de acción del Derecho de la Unión, las decisiones marco quedan fuera de la supranacional estructura decisoria propia del Derecho Comunitario”, por lo que, al igual que el resto del Derecho –no comunitario- de la Unión, han recibido “conscientemente” el estatuto de “Derecho Internacional” (recordando a continuación que el principio democrático, en el marco del tercer pilar, descansaba no tanto sobre el Parlamento Europeo –limitado su papel en la elaboración normativa a dictaminar sin carácter vinculante– como sobre los Parlamentos nacionales; concretamente, sobre su labor de transposición).

El pronunciamiento final, declarando la inconstitucionalidad de la ley alemana de ejecución, se produjo, por lo demás, en un contexto en el que: 1) en España, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en reciprocidad no autorizar la entrega de ciudadanos españoles a Alemania por el procedimiento de la euro-orden; y 2) el Tribunal Constitucional polaco ya había a su vez declarado la inconstitucionalidad de la ley polaca de ejecución (sentencia de 27 de abril de 2005; posteriormente haría lo propio con su correspondiente ley nacional el Tribunal Supremo de Chipre en su sentencia de 7 de noviembre de 2005, cuidándose todos ellos de no extender el juicio de inconstitucionalidad sobre la propia Decisión marco), decidiéndose finalmente la Corte de Arbitraje belga, ante la que también se discutía la ley de ejecución, por activar el mecanismo de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia que originaría la decisión de éste en el *asunto Advocaten voor de Wereld* (2007).

Pese a tal panorama, y aun cuando el Abogado General (el español Dámaso Ruiz-Jarabo) no escatimó reflexiones en torno a “un debate de gran envergadura sobre las posibles colisiones entre las constituciones y el derecho de la Unión, en el que el Tribunal de Justicia ha de participar, asumiendo el protagonismo que le corresponde, para situar la interpretación de los valores y de los principios informadores de su ordenamiento en parámetros comparables a los que presiden las estructuras nacionales” (sosteniendo más adelante que frente al escenario propio de la “extradición”, el de la “euro-orden” implicaba un “giro copernicano” por cuanto “en el seno de un sistema jurídico supranacional de integración, en el que

los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa. Esta aproximación, propia del primer pilar de la Unión, opera también en el tercero, intergubernamental pero con una evidente vocación «comunitaria», como lo ha demostrado la sentencia Pupino, trasladando a las decisiones marco categorías del primer pilar y alguno de los parámetros característicos de las directivas”), lo cierto es que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se limitó a constatar la validez de la Decisión marco sin profundizar en la naturaleza del tercer pilar más allá de determinadas aclaraciones en torno a la elección de la forma de intervención en su seno y de la tradicional proclamación de su sometimiento a los derechos fundamentales tal y como resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, incluyendo también como fuente de inspiración la Carta de Niza.

Más preocupante resulta, no obstante, la aproximación que unos meses antes hizo el Tribunal de Justicia en el *asunto Segi e. a.* a la cuestión de la responsabilidad extracontractual de la Unión en el marco del tercer pilar, vinculada al problema más general de la inexistencia, tal y como expresamente reconoció el propio Tribunal de Justicia en el *asunto Pupino*, de “un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de dicho Título VI”.

Comenzando por esta última afirmación, reiterada en *Segi e a.* (“es cierto que, en el contexto de la Unión, los Tratados han establecido un sistema de medios de impugnación en el que las competencias del Tribunal de Justicia son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE. Y todavía son menores en el marco del título V”), recordemos que la apertura de las Constituciones nacionales a la integración europea en virtud de la “doctrina de la equivalencia” dependía, en esencia, de la capacidad del sistema jurídico de la Unión para situar la interpretación de sus propios valores y principios constitucionales bajo parámetros comparables a los que presidirían la interpretación de los valores y principios de los ordenamientos constitucionales nacionales.

Y tal capacidad, a su vez, dependía en gran medida de la existencia de una sólida y completa arquitectura jurisdiccional, en el nivel europeo,

apta para velar por el debido respeto de tales valores y principios (incluidos los derechos fundamentales). Con palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado *asunto Bosphorus*, “la efectividad de las garantías sustantivas de los derechos fundamentales, depende de los mecanismos de control previstos para asegurar la observancia de dichos derechos”. O con palabras del Abogado General (el italiano Paolo Mengozzi) en el propio *asunto Segi e.a.*: “La Unión se basa en el principio del Estado de Derecho y en el respeto de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho no es tanto el basado en las normas y en la proclamación de los derechos, sino el que se funda en mecanismos que permiten hacer respetar las normas y los derechos (*ubi ius ibi remedium*)”.

Así las cosas, ¿qué decir de esta capacidad de la arquitectura jurisdiccional europea cuando nos trasladamos del terreno comunitario al del tercer pilar?

Por lo pronto, que el sistema jurisdiccional diseñado por el Título VI del Tratado UE no prevé en ningún caso el acceso directo de los particulares a Luxemburgo.

Ya vimos cómo la dificultad (que no imposibilidad) de dicho acceso directo, en el marco del pilar comunitario, se había visto en gran medida compensada por la potenciación de las vías indirectas de control representadas por la excepción de ilegalidad y, sobre todo, la cuestión prejudicial, traída a colación tanto por el Tribunal de Justicia como incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para superar las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva y, en el caso de este último, considerar la protección dispensada por el sistema comunitario como equivalente a la dispensada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sucede, sin embargo, que la referida compensación se ve debilitada en el marco de un tercer pilar en el que, como vimos, admitiéndose la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la validez y la interpretación del sistema, se supedita dicha competencia a su aceptación por cada Estado, la cual deberá en su caso especificar qué órganos jurisdiccionales nacionales podrán dirigirse a Luxemburgo con carácter facultativo (si todos ellos, o sólo aquellos cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno).

Además, quedan excluidas de la competencia prejudicial las posiciones comunes (que definen el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto).

Por otro lado, y como recuerda el Tribunal de Estrasburgo refiriéndose siempre al primer pilar, no hay que olvidar que “los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia por las Instituciones comunitarias o por un Estado miembro constituyen un importante control sobre el cumplimiento de las normas comunitarias que beneficia indirectamente a los individuos”, a lo que debe añadirse la posibilidad abierta a éstos de “recurrir a una acción por daños ante el Tribunal de Justicia en el marco de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones”.

Pues bien, el artículo 35 del Tratado UE no prevé en el marco del tercer pilar ni un recurso por responsabilidad extracontractual como hace el artículo 288 del Tratado CE, ni un recurso por omisión como hace el artículo 232 del Tratado CE; y con relación al control directo de legalidad, a modo del recurso de anulación *ex* artículo 230 del Tratado CE, el plasmado en el artículo 35 del Tratado UE ni comparte la amplitud en términos de legitimación activa de aquél (limitándola a la Comisión y a los Estados miembros), ni alcanza a toda la actividad de la Unión en el marco del tercer pilar (al limitarse el control a las decisiones y las decisiones marco).

Por lo que respecta, en fin, al control de la actividad nacional cubierta por el radio de acción del tercer pilar, no se prevé un recurso por incumplimiento similar al del artículo 226 del Tratado CE ni una potestad del Tribunal de Justicia a los efectos de hacer cumplir sus sentencias a modo de la prevista en el artículo 228, al tiempo que se debilita en los términos vistos la competencia prejudicial interpretativa del Tribunal (vía indirecta, pero vía por excelencia, de velar por el debido respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros).

Con este trasfondo, y volviendo sobre el *asunto Segi e.a.*, el Tribunal de Justicia llevó a cabo cierto reforzamiento del control judicial en el marco del tercer pilar al abrir el mismo bajo, ciertas condiciones, a las “posiciones comunes”.

Así, tras afirmar que “una posición común no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros” (limitándose a “obligar a los Estados miembros a atenerse a ella en virtud del principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de

la Unión Europea”), justificando por ello la exclusión de su competencia para conocer de las mismas vía recurso de anulación o cuestión prejudicial de validez, el Tribunal de Justicia trajo a colación su doctrina comunitaria acerca de su competencia para controlar “disposiciones adoptadas por el Consejo, con independencia de su naturaleza o de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros”, para concluir sosteniendo que “debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto”.

No se vio capaz el Tribunal de Justicia, sin embargo, de superar las insuficiencias del tercer pilar en lo concerniente a la responsabilidad extracontractual, sosteniendo que “corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 del Tratado UE, reformar el sistema actualmente en vigor”.

Ante el evidente riesgo que suponía dejar indefensos a los ciudadanos, en términos de indemnización, frente a los daños y perjuicios que les hubiera podido ocasionar el poder público europeo, el Tribunal de Justicia optó por la salida de descartar tal indefensión, trasladando la responsabilidad al escalón nacional de manera bastante discutible cuanto menos en lo concerniente a su parca motivación: “Por último”, señaló, “es preciso recordar que incumbe a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que permitan a las personas físicas y jurídicas impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional que les afecte relativa a la elaboración o a la aplicación de un acto de la Unión Europea y solicitar, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido”.

Solución ésta escasamente motivada que, como señalaba, se me antoja harta discutible por cuanto:

1) resulta difícil aceptar sin mayores matizaciones el control de legalidad sobre actividad pública de trámite y no definitiva (como son los actos nacionales relativos “a la elaboración” de actos de la Unión), máxime cuando el Tribunal de Justicia descarta la impugnabilidad de los propios actos comunitarios encuadrados en un procedimiento de elaboración de disposiciones generales (por ejemplo, *asunto proyecto de presupuesto comunitario, 1988*) o actos administrativos (por ejemplo, *asunto IBM v.*

Comisión, 1981) (sin perjuicio de que las irregularidades habidas durante la tramitación puedan, no obstante, ser invocadas al discutir la legalidad del acto o disposición definitiva; y sin perjuicio también de la apertura de la legitimación frente a actos de trámite que pudieran producir indefensión, nada de lo cual se traslada al razonamiento del Tribunal en *Segi*);

2) resulta asimismo difícil aceptar también sin matizaciones el traspaso de la responsabilidad a unos Estados miembros que, llegado el caso (aun admitiendo el amplio margen de manobra del que en principio gozan los Estados en el contexto del tercer pilar, como reconoció concretamente el Tribunal en relación con la “euro-orden”), pueden estar ejecutando actos de la Unión en términos reglados (el Tribunal en ningún momento se plantea siquiera la posibilidad de una repercusión -de la indemnización otorgada por el Estado declarado responsable- sobre la Unión o los demás Estados miembros);

3) resulta aún más difícil aceptar, en fin, la doctrina de un Tribunal que asume la inexistencia de responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión cuando ese mismo Tribunal construyó literalmente, en el marco del pilar comunitario y en ausencia de previsiones al respecto en el Tratado, un régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros derivada de infracciones del Derecho comunitario (responsabilidad que alcanza a todos los poderes del Estado: desde el legislador –*asunto Brasserie du Pêcheur, 1996*– hasta el juez –*asunto Köbler, 2003*–, pasando por declaraciones de funcionarios de la Administración –*asunto AGM-COSMET, 2007*-), argumentado al respecto que la responsabilidad extracontractual no sería sino la expresión de un “principio general” que pone de manifiesto “la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones” (*asunto Brasserie du Pêcheur*), y que la propia Carta de Niza consagraría como derecho fundamental de la Unión, concretamente como variante del derecho fundamental a una buena administración recogido en el artículo 41 (sin que resulte ocioso advertir al respecto que el Tribunal maneja la Carta como fuente privilegiada de inspiración también en el marco del tercer pilar: *asunto Advocaten voor de Wereld*, ya citado).

Sea como fuere, lo cierto es que, asumida por el Tribunal de Justicia la inexistencia de “un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en

el marco de dicho Título VI”, la consecuencia no parece ser otra que la inexistencia en dicho marco de la premisa que sustenta la “doctrina de la equivalencia” y, por tanto, de las condiciones necesarias para eludir un control de la actividad de desarrollo de dicho pilar bajo estrictos parámetros constitucionales internos; ello, además, en un terreno, como es el del tercer pilar, especialmente proclive, *ratione materiae*, a incidir sobre cuestiones concernientes al contenido y límites de muchos derechos fundamentales (tutela judicial efectiva; *ne bis in idem*; libertad personal; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, etc.).

Es más, quizás cabría entender la actitud del Tribunal Constitucional Federal alemán en su referida sentencia sobre la euro-orden en clave pro-europeísta, esto es, de exigencia de potenciación del espíritu supranacional en el marco del tercer pilar que, a modo de lo que ha sucedido con el pilar comunitario, permitiría el pleno juego de la “doctrina de la equivalencia”; lo que, en última instancia, escondería un auténtico respaldo a la filosofía que inspiró el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que el futurible Tratado de Lisboa mantiene, habida cuenta de su inequívoca vocación de asumir el método comunitario como inspirador del quehacer de la Unión Europea.

No esconde tal respaldo, desde luego, el propio Tribunal de Justicia, que, volvamos a recordar, declaró en el *asunto Segi e a.*: “Es cierto que, en el contexto de la Unión, los Tratados han establecido un sistema de medios de impugnación en el que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 UE, son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartado 35). Y todavía son menores en el marco del título V. Aun cuando quepa pensar en un sistema de medios de impugnación y, en concreto, en un régimen de responsabilidad extracontractual distinto del instaurado por el Tratado, corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 UE, reformar el sistema actualmente en vigor”.

Y con mayor claridad aún, su Abogado General:

Debe señalarse que, conforme al régimen previsto por el Tratado que establece una Constitución para Europa, aún no ratificado por todos los Estados miembros, en un caso como el de autos el particular tendría

en cambio la posibilidad de ejercer ante el juez comunitario ya un recurso de anulación (artículo III-365, también aplicable a los actos de la Unión adoptados en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal), ya un recurso de indemnización por daños contra la Unión (artículos III-370 y III-431, párrafo segundo).

“Admito”, concluye en sus observaciones finales,

que la solución de la competencia de los jueces nacionales para conocer de recursos por indemnización de daños como los interpuestos en los casos de autos presenta inconvenientes en lo que respecta a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y, por tanto, de seguridad jurídica. Estos inconvenientes deberían resolverse mediante una oportuna ampliación de las competencias del Tribunal de Justicia cuando se revisen los tratados actualmente vigentes, como la realizada en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Mientras tanto, en relación con dichos inconvenientes, ha de observarse que, especialmente en materia de protección de los derechos fundamentales, es siempre preferible un grado de «incerteza» del derecho a la certeza del «no derecho».

4. LA EXPERIENCIA EUROPEA EN LOS SISTEMAS SURAMERICANOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL, Y LAS POSIBILIDADES DE UNA INSPIRACIÓN INVERSA

Si incertidumbre puede generar en Europa la negación de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión en el marco del tercer pilar, no poca sorpresa puede causar allende los mares, concretamente en sistemas de integración que, como es el caso del MERCOSUR y, sobre todo, de la Comunidad Andina, utilizan el sistema europeo, incluida la doctrina del Tribunal de Justicia, como fuente especialmente cualificada de inspiración.

En efecto, coincidiendo prácticamente en el tiempo con el *asunto Segi* (resuelto por Sentencia de 27 de febrero de 2007), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina abordó, en una importante Providencia de 21 de marzo de 2007, la espinosa cuestión del reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de las instituciones andinas en ausencia de una expresa previsión al respecto en el Acuerdo de Cartagena.

Recordemos que el sistema andino, a la inversa de lo que sucede en el ámbito comunitario, sí que contempla la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares como consecuencia de la infracción por aquellos del ordenamiento jurídico andino, guardando en cambio silencio, como señalaba, en lo concerniente a la responsabilidad de las propias instituciones andinas.

La cuestión sería abordada por el Tribunal de Quito, bien que a modo de *obiter dictum*, en su Sentencia de 17 de noviembre de 2006, en el marco de una acción de nulidad ejercitada por una empresa contra determinadas Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En dicha sentencia (que desestimaría la demanda de nulidad) y en lo que aquí interesa, el Tribunal declaró que “la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y, por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada”, insistiendo más adelante en que “la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y es responsable por los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado con su retraso”.

No tardaría el Tribunal de Justicia en profundizar sobre la cuestión, ante la solicitud de ampliación y aclaración del proceso presentada por la Secretaría General; y así, en su mencionada Providencia de marzo de 2007, tras descartar que el pronunciamiento contenido en la parte considerativa de la Sentencia de noviembre constituyera vicio de incongruencia por *extra petita* (distinguiendo el Tribunal al respecto entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*), abordó las preguntas formuladas por la Secretaría en los siguientes términos:

1. Al realizar las citadas consideraciones, ¿el Honorable Tribunal se refería a una eventual responsabilidad extracontractual futura de la Secretaría general, es decir, a partir del momento en que el ordenamiento jurídico comunitario contemple la responsabilidad extracontractual emergente de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración?
2. En caso de que el Honorable Tribunal, a pesar de no existir previsión alguna en el ordenamiento jurídico comunitario, considerarse que la Secretaría General podría ser extracontractualmente responsable, ¿tal responsabilidad operaría en caso de que las Resoluciones 800 y 837

hubiesen sido declaradas nulas, o el hecho de que se desestimara la demanda de nulidad interpuesta por EGAR S.A. no perjudica una eventual acción de reparación de daños y perjuicios sobre actos (Resoluciones 800 y 837) que gozan del principio de presunción de legalidad?”.

El Tribunal de Justicia, tras recordar que en el ordenamiento jurídico andino resultaban aplicables “las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los Países Miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho comunitario que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, contestó que el incumplimiento de los deberes derivados de la normativa andina o su cumplimiento tardío conllevaba responsabilidad “frente a los particulares”, la cual surgiría “del mismo espíritu de la integración sin necesidad de que expresamente se hubiese consagrado en una norma”, de modo que “el hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico comunitario una vía prevista para reclamar respecto de una «declaración de responsabilidad», no es óbice para que ésta pueda, eventualmente, ser reclamada ante la jurisdicción comunitaria.

Y remató:

Este Tribunal declara que no es necesario que conste de manera expresa en el ordenamiento jurídico comunitario la responsabilidad que pudiera sobrevenir a las Instituciones comunitarias por actos u omisiones en el ejercicio de sus facultades, toda vez que no se podría distinguir entre la situación de los Países Miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las Instituciones comunitarias.

No es la responsabilidad extracontractual del poder público, ni mucho menos y siguiendo con nuestro discurso, un ejemplo aislado de inspiración del sistema andino en el sistema europeo, particularmente a la luz de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Baste con traer a colación las palabras del Tribunal de Quito en su Sentencia de 3 de diciembre de 1987, en la que puede leerse:

En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el

aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas, en la aplicación de este Derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma.

Esta inspiración en el sistema europeo, por lo demás, no se traduce en una importación irreflexiva de principios y técnicas jurídicas, manteniendo el Tribunal como propios del sistema andino rasgos ajenos a los configurados por el Tribunal europeo de Justicia.

Valga como simple botón de muestra el mecanismo de la cuestión prejudicial, en relación con el cual el Tribunal de Quito, que tanto se ha inspirado en la doctrina de Luxemburgo, descarta por el momento la posible entrada en juego de la antes referida doctrina del “acto aclarado” en un intento de potenciar al máximo el efectivo planteamiento de cuestiones prejudiciales por los jueces nacionales, a lo que coadyuva el hecho de que una vez formulada la cuestión, ésta obtenga respuesta del Tribunal en un plazo, a lo sumo, de dos meses (frente al más de año y medio de la prejudicialidad europea). La Sentencia de 10 de agosto de 2005 resume el estado de la jurisprudencia del Tribunal al respecto en los siguientes términos:

Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno -o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria (Sentencia del 3 de diciembre de 1987, emitida en el expediente 01-IP-87, caso “Aktiebolaget VOLVO”; publicada en la G.O.A.C. N° 28, de 15 de febrero de 1988)- están obligados, en todos los procesos en que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la cuestión debatida (Sentencia del 24 de noviembre de 1989, emitida en el expediente 07-IP-89, caso patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY A.G., publicada en la G.O.A.C. N° 53, del 18 de diciembre de 1989) o sobre casos similares o análogos (Caso “Aktiebolaget VOLVO”, ya citado).

Menos eco que en la Comunidad Andina ha tenido hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo en el MERCOSUR, siendo escasos los laudos arbitrales que en el marco del Protocolo de Brasilia se han referido a la misma.

Lo cual, dicho sea de paso, no implica que la experiencia europea haya sido por completo ajena al quehacer de los Tribunales arbitrales *ad hoc*.

Baste con traer a colación el mismísimo I Laudo, de 28 de abril de 1999 (asunto “medidas restrictivas al comercio recíproco”), en el que la doctrina europea elaborada a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia estuvo muy presente a la hora de asumir el enfoque teleológico y el concepto de efecto útil como guías concretas para la interpretación de un proceso de integración como el MERCOSUR (habida cuenta, afirmó el Tribunal arbitral, de que valdrían “no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues”).

En todo caso, las escasas referencias en los laudos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo tienen su razón de ser, conectada con la naturaleza misma de un sistema de integración, como el mercosureño, firmemente asentado en pilares intergubernamentales tanto en lo concerniente al proceso de decisión como en lo relativo a la solución de controversias (sin que deba olvidarse que el artículo 19 del Protocolo de Brasilia, al establecer el Derecho aplicable a las controversias, incluía, junto con la normativa MERCOSUR, “los principios y disposiciones de Derecho Internacional”).

No obstante, y por lo que respecta al funcionamiento del sistema de solución de controversias, parece que la creación del Tribunal Permanente de Revisión y, sobre todo, la incorporación al sistema del mecanismo de la opinión consultiva, inspirado en parte en la cuestión prejudicial comunitaria, puede llegar a implicar una mayor atención a la doctrina del Tribunal de Justicia europeo.

De hecho, así ha sucedido con la primera Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión, emitida el 3 de marzo de 2007 a instancias del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Jurisdicción de Asunción (Paraguay).

Permítaseme reproducir *in extenso* el razonamiento del Tribunal (caóticamente expuesto, hay que reconocer, a través de las opiniones de cada uno de sus miembros) al abordar la naturaleza y el objetivo de la opinión consultiva, adelantando ya la declaración adoptada por voto unánime en la parte resolutive, según la cual:

Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como peticiones prejudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el Derecho de Integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación del Derecho nacional exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes.

Destaca al respecto la argumentación del Miembro Coordinador de la Opinión, el paraguayo Wilfrido Fernández, en la que comienza por destacar que

el sistema de interpretaciones prejudiciales, por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que se enfrentan a la aplicación de normas comunitarias, cuando éstos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de normas, cuando éstos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados nacionales de la obligación de la remisión de la opinión consultiva. A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no sólo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concienciación de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de la Integración), y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El Derecho es y debe ser siempre evolutivo.

“En nuestro régimen actual”, continúa Wilfrido Fernández,

lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria en las circunstancias precedentemente esbozadas, ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término, es característica de todo tribunal su imperatividad; pero mucho más que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado

nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración, que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme.

Y tras traer a colación no sólo el sistema andino y el europeo, sino también el centroamericano y el caribeño, y deducir que el modelo del MERCOSUR “no tiene parangón en el Derecho Comparado”, concluye:

Teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 1 de la reciente Decisión CMC N° 09/07, a cuyo tenor el CMC instruye «al Grupo de Alto Nivel para la Reforma Institucional del MERCOSUR ... a elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes», instamos muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el Derecho Comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta, así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR.

Por su parte, los Árbitros José Moreno Ruffinelli (Paraguay) y Joao Grandino Rodas (Brasil), argumentaron en los siguientes términos:

El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el Derecho del MERCOSUR «necesita» no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados Partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en «Costa c. ENEL», dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del Derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el Derecho emanado del bloque en otro nivel diferente. La supranacionalidad –como superación de lo intergubernamental– es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho –entre otros– de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a

la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración al avance de todo proceso de integración.

Por ello, concluyen en relación con la consulta planteada, “corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para éste y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque”.

A la influencia que a raíz de esta primera Opinión Consultiva pueda comenzar a tener la cuestión prejudicial comunitaria en la configuración y perfeccionamiento de las “interpretaciones prejudiciales consultivas” mercosureñas, cabe además añadir las posibilidades que empieza a ofrecer la jurisprudencia de Luxemburgo en otros contextos que podrían considerarse, asimismo y aun salvando las distancias, parangonables con el MERCOSUR, como es la producida en el terreno del segundo y del tercer pilar de la Unión Europea.

Por poner un ejemplo, creo que puede resultar perfectamente extrapolable al MERCOSUR la doctrina de la “interpretación conforme” afirmada por el Tribunal europeo, según vimos, en el ámbito del tercer pilar (*asunto Pupino*), pese a la negación de la eficacia directa de los instrumentos en su marco adoptados y aun ausencia en el mismo de una proclamación expresa del principio de cooperación leal.

En efecto, recordemos que entre los argumentos manejados por el Tribunal de Justicia para admitir dicha doctrina en el tercer pilar, figuran: 1) el hecho de que “el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas «obligarán» a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»”; 2) el hecho de que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en el marco del tercer pilar “se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”; y 3) la dificultad de admitir “que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones

con arreglo al Derecho de la Unión Europea, no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal”.

Pues bien, en lo que concierne al “principio de obligatoriedad” de la normativa del MERCOSUR para los Estados miembros, por mucho que ésta carezca de eficacia directa, recordemos que varios laudos arbitrales han admitido su plena vigencia en el sistema del MERCOSUR. Y otro tanto cabe decir de los principios de “cooperación leal” y del “efecto útil”.

Pero no sólo la experiencia europea puede y debe servir para consolidar e intensificar los sistemas de integración en Latinoamérica. Antes al contrario, también la Unión Europea debería prestar atención al desarrollo de éstos, a los efectos de tener en cuenta posibles elementos con los que perfeccionar y enriquecer un modelo que hace gala desde sus orígenes de un dinamismo en constante evolución.

Volvamos a este respecto sobre el discurso que ya adelantaba acerca de la *comunidad de valores y principios* que preside el marco constitucional múltiple y dialéctico en el que se encuadra la Unión Europea: *múltiple*, por cuanto el propio Tratado, como vimos, reconoce ya en su Preámbulo y ratifica en su articulado que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”, convirtiendo así a los propios textos constitucionales nacionales, indirectamente, en parte de una suerte de “bloque de constitucionalidad europea”, al tiempo que dichos textos, en donde radica la cesión de soberanía que sustenta a la Unión, muestran por su parte una recíproca apertura hacia la integración que cuanto menos se traduce, sin renunciar a su supremacía última, en flexibilizar su lectura en términos *pro integratione*, en el marco de una Unión Europea a cuyo ordenamiento jurídico vienen los Tribunales Constitucionales (o en su caso Supremos) a reconocer, más claramente en el terreno del pilar comunitario que en el de la PESC y la CPJP, una suerte de presunción genérica de constitucionalidad al compartir unos mismos principios y valores esenciales capaces de hacerse efectivos a través de equivalentes sistemas de protección jurisdiccional; y *dialéctico*, por cuanto exige el constante intercambio de argumentos entre, en última instancia, los intérpretes supremos de la pluralidad de textos que integran el referido marco constitucional, a saber, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros.

Pues bien, si se asume, como creo que debe hacerse, dicho discurso interconstitucional, parece obvia la necesidad de facilitar y en su caso potenciar el flujo de ideas entre los referidos intérpretes supremos implicados, cuanto menos en un contexto “informal” (institucionalmente hablando); contexto este en el que Italia ha destacado particularmente con los Seminarios de jueces constitucionales celebrados en el *Palazzo della Consulta*, alimentando el debate desde una modestia compartida, pero rico al mismo tiempo en intensos intercambios de opiniones acerca de la manera de entender la integración.

Tales encuentros, eventualmente celebrados en otros foros y con resultados igualmente enriquecedores (baste como ejemplos el XII Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, o la Conferencia Internacional celebrada en Bled en 2004 y dedicada a “La posición de los Tribunales Constitucionales en el marco de la integración europea”), podrían quizás llegar a formalizarse, tal y como ha sucedido en el MERCOSUR y en la Comunidad Andina.

En efecto, por lo que respecta al MERCOSUR, se acordó solemnemente en virtud de la *Carta de Brasilia*, suscrita en noviembre de 2004 en el marco del II Encuentro de Presidentes de las Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur y Asociados, “institucionalizar, en Brasilia, el Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR para cuestiones jurídicas de relevancia relacionadas con la integración latinoamericana en general y la mercosureña en particular”.

A dicho Encuentro, así como a los sucesivos, también asistieron como invitados miembros del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual no dudó en dejar “expresa constancia”, por boca de su Miembro Coordinador en la primera Opinión Consultiva, de que varios representantes de las Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR se habrían pronunciado, “con ocasión de las diversas reuniones anuales del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados, llevadas a cabo actualmente en Brasilia en la sede del Supremo Tribunal Federal” en un sentido favorable a mejorar las características del mecanismo consultivo (concretamente y como ya vimos, “en cuanto en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta, así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta del Tribunal Permanente de Revisión”).

Siguiendo el ejemplo de Foro de Brasilia, la Comunidad Andina convocaría en 2005 el I Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas

de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que tuvo por objetivo “consultar el juicio de sus participantes sobre la conveniencia de activar espacios de reflexión jurídica conjunta, dirigidos a facilitar la participación temprana de las Magistraturas de la CAN y del MERCOSUR en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado”, y en cuyo contexto, siguiendo el modelo de la Carta de Brasilia, se adoptó la *Declaración de Arequipa*.

Incluso descendiendo al más concreto terreno normativo, pueden también encontrarse recientes ejemplos de posible interacción, en ambas direcciones, entre los sistemas latinoamericanos de integración y el sistema europeo.

Es el caso del reciente Dictamen emitido por el Tribunal de Justicia andino con ocasión de la Reforma de su Estatuto, cuya aproximación a la cuestión del control indirecto sobre las normas comunitarias, inspirado en el sistema jurisdiccional europeo, presenta notables mejoras si comparado con éste.

Así, al abordar la denominada “excepción de inaplicación”, el Dictamen del Tribunal, además de aportar coherencia en el sentido de esclarecer que la misma puede tener su origen bien en un litigio ante un juez nacional (si es nacional el acto de aplicación de la disposición general comunitaria), bien en un litigio ante el propio Tribunal de Justicia, en el marco de procesos de los que esté conociendo (por ejemplo, en acciones de nulidad planteadas contra actos comunitarios de aplicación de disposiciones generales igualmente comunitarias, cuya compatibilidad con otras de rango superior es la que se pone en tela de juicio), “potencia”, según sus propias explicaciones, “el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico andino, clarificando su alcance a los ciudadanos y a los operadores jurídicos”.

“En efecto”, aclara el Tribunal, “en la versión actual del Estatuto y en la que deriva del Proyecto sometido a consulta, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición de carácter general, la pura inaplicación al caso concreto no conlleva la depuración de la disposición en cuestión. Ello genera incertidumbre en todos los operadores jurídicos: los funcionarios, en principio, están obligados a aplicarla mientras no sea formalmente eliminada del ordenamiento andino; a su vez, los particulares

afectados, en el mejor de los casos, esto es, suponiéndoles concededores de la inaplicación de la disposición en un supuesto anterior, se verán arrastrados a abrir un proceso contra los actos nacionales de aplicación de una disposición cuya ilegalidad ya ha sido constada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (con lo que ello conlleva en términos de costes y de tiempo), para provocar una nueva solicitud de inaplicación cuya respuesta se conoce de antemano (una nueva inaplicación). Ciertamente es que, teóricamente, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición general en el marco procesal de una excepción, el “legislador” andino debería proceder a una modificación o derogación de la disposición en cuestión. Pero mientras ello tiene lugar, la situación real del ordenamiento jurídico andino no será otra que la antes reseñada, presidida por la inseguridad jurídica. “La manera de combatirla”, concluye, “consiste en atribuir al Tribunal de Justicia la competencia para dictar una resolución con efectos “erga omnes”, en virtud de la cual todos los operadores jurídicos (funcionarios, abogados y, en última instancia, los propios jueces nacionales) estarían no ya facultados, sino obligados a considerar ilegal la disposición así declarada por el intérprete supremo del ordenamiento andino (i.e. el Tribunal de Justicia), único competente para declarar las ilegalidades producidas en su seno (y de una vez por todas, tal y como se defiende en el presente Dictamen)”.

No debe obviarse, en cualquier caso y finalizando la presente exposición, que tanto el MERCOSUR como la Comunidad Andina atraviesan en la actualidad un delicado momento, traducido en un incumplimiento que comienza a ser sintomático de los laudos arbitrales y las sentencias, a lo que ha venido a sumarse, en el caso del MERCOSUR, la grave crisis institucional producida con ocasión de la designación del Secretario Judicial del Tribunal Permanente de Revisión, y en el caso de la Comunidad Andina, el debilitamiento del sistema provocado por lo que bien podría calificarse de “espantada venezolana”.

Pero también la Unión Europea está viviendo tiempos de profunda incertidumbre, como consecuencia de su última ampliación mal digerida y, sobre todo, de los rechazos francés y holandés al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Y si bien no corren en estos momentos buenos vientos en términos de integración ni a un lado ni al otro del Atlántico, no lo es menos, como

escribiera en la década de los sesenta el ilustre integracionista chileno Felipe Herrera, que “no debe causar desaliento la comprobación de que el avance hacia la integración no se realiza en una línea continua de progreso. Los procesos históricos, aun cuando se produzcan de acuerdo con una tendencia irreversible, se manifiestan en forma de avances, estancamientos e incluso retrocesos”.

Secularización y Universidad*

Luis I. Gordillo Pérez**

I. EL CONCEPTO DE SECULARIZACIÓN

Para abordar el tema de la secularización y la Universidad, o mejor, de cómo el fenómeno de la secularización ha afectado o afecta a la Universidad se hace necesario delimitar un concepto polisémico y que, además, se presta a diferentes interpretaciones y significados, en función de la rama del saber en la que nos movamos.

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina en repetidas ocasiones, el fenómeno de la secularización viene ocupando un lugar central en el debate científico desde principios del siglo XX. No obstante, si bien muchos son los trabajos que emplean el concepto en sus análisis, no son demasiados los que se dedican a definirlo. De todos modos, en términos generales, y como ha resaltado algún autor «dedicarse a una hermenéutica de la secularización es querer explicar e interpretar un fenómeno global que caracteriza de hecho el mundo moderno a partir, principalmente, de la Ilustración, en tanto imparable movimiento de emancipación de

* Este se basa en la intervención del autor en el simposio titulado *Misión de la Universidad, hoy*, celebrado en la Universidad de Valladolid del 28 al 30 de Junio de 2006.

** Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Deusto (Bilbao, España)

la cultura occidental no sólo frente a la tutela de la Iglesia, sino frente a toda forma religiosa histórica¹.

Históricamente, y tal como recuerda URRUTIA LEÓN el término *saecularisatio* se comenzó a utilizar a finales del siglo XVI en el Derecho canónico para aludir al «paso a un estado secular, a la vida laica, de quien había recibido órdenes religiosas con anterioridad»². Es decir, la sociedad anterior se presentaba como religioso-cristiana en su totalidad, mientras que el mundo actual, por el contrario, es un mundo secular, en el sentido de que, a pesar de que dispone de una suerte de elementos religioso-cristianos, éstos, sin embargo, ya no lo caracterizan³.

No obstante, la definición (y acotación estricta) del término no es sencilla. En este sentido, quizá quien haya concretado con mayor acierto el contenido de la palabra haya sido el cardenal DANIELOU⁴. En efecto, el purpurado distinguió entre secularismo, secularización y secularidad, palabras que, a pesar de su raíz común, no significan, en absoluto, lo mismo. Las tres tienen en común el poner en cuestión el hecho religioso en relación con sendos diferentes aspectos del mundo contemporáneo (pensamiento científico, civilización moderna y autonomía del individuo). Así, el secularismo, por un lado, implicaría una contestación radical de la religión, «considerándola como un hecho cultural que ha dejado de ser válido en el mundo de la ciencia». La secularización, por otro lado, plantearía la cuestión del «lugar que debe ocupar la religión en el cristianismo, y más concretamente si puede haber un cristianismo de expresión meramente profana», es decir, sin expresiones específicas. La secularidad, finalmente, replantea el problema más clásico de las relaciones del cristianismo o de la religión con la civilización, es decir, «desde el punto de vista del cristianismo, el problema de si puede existir una civilización

1 RUBIO FERRERES, J. M., «¿"Resurgimiento religioso" versus secularización?», *Gazeta de Antropología*, núm. 14, 1998, texto 14-03, disponible en: <http://www.ugr.es/~pwlac/G14_03JoseMaria_Rubio_Ferrerres.html> (última consulta: 20.05.2008).

2 URRUTIA LEÓN, M. M., «Del concepto al paradigma de la secularización», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/1, enero-junio 2005, p. 165, que se remite, en este sentido, a la génesis del término que elabora G. MARRAMAO en su obra *Cielo y tierra. Genealogía de la secularización*, Paidós, Barcelona, 1998.

3 RUBIO FERRERES, J. M., «¿"Resurgimiento religioso" versus secularización?», *op. cit.*

4 Vide DANIELOU, J., «Lección primera. Secularismo, secularización y secularidad», en DANIELOU, J. y POZO, C., *Iglesia y secularización*, 2ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, pp. 3-21.

cristiana»⁵.

El precitado autor, no obstante, concede el usar, por comodidad, la de secularismo, «a condición de que seamos conscientes de que éste reviste tres formas diversas»⁶.

Por simplificar los términos de la discusión, en este trabajo emplearemos el término secularización como la insistencia en la separación de la religión de las demás áreas de la vida y del pensamiento.

II. UNIVERSIDAD Y VALORES

Según A. CORTINA la moral «tiene una dimensión *comunitaria* indiscutible, en la medida en que un individuo se socializa y aprende a vivir unos valores en el ámbito de una comunidad, que se nutre culturalmente de un entrecruzamiento de tradiciones»⁷.

Es, pues, viviendo en comunidad como se delimitan (inicialmente), se realizan (consecuentemente), y se exportan o transfieren (posteriormente), una serie de valores. En el caso de las universidades europeas y norteamericanas, los valores que éstas han propugnado han sido, al menos en un principio, los propios de la religión católica⁸.

Dicho esto, podría parecer que las universidades nacieron y se configuraron como meras extensiones de seminarios y monasterios en los que las órdenes religiosas predicaban y formaban a su futura jerarquía. La aportación fundamental de las universidades cristianas, no obstante, consistió en incorporar la tradición humanística a la ética y la moral imperantes en la época.

En efecto, en sus *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, el cardenal NEWMAN defendía una concepción de la

5 *Vide* DANIELOU, J., «Lección primera. Secularismo, secularización y secularidad», *op. cit.*, p. 4.

6 *Ibidem*, p. 4.

7 CORTINA, A., «Educar personas y ciudadanos democráticos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 38, 2004, p. 39.

8 Inicialmente, en Europa, las Universidades fueron creadas exclusivamente por la Iglesia y las órdenes religiosas. En el nuevo mundo, Harvard fue fundada en 1636 por puritanos (que luego se vieron desplazados por “unitarios”). Sobre este particular, *vide* MIXON, S. L., LYON, L. & BEATY, M., «Secularization and National Universities», *The Journal of Higher Education*, Vol. 75/4, 2004, pp. 400-419.

Universidad que tuviera en cuenta la dimensión espiritual y sobrenatural de la persona. De este modo sus *Discursos* se sitúan en un punto donde convergen las tradiciones humanística y cristiana⁹.

El citado autor defendía con buenos argumentos la necesidad de ampliar las materias impartidas por las universidades para que los estudiantes se beneficiaran así de la pluralidad existente en las aulas, ya que, «aunque éstos no puedan seguir todas las materias que se imparten, se enriquecerán al vivir entre aquéllos y bajo aquéllos que representan el entero círculo de los saberes»¹⁰.

Igualmente, apuntaba que «[u]n conjunto de hombres sabios, celosos de sus respectivas ciencias, y mutuamente rivales, se ven llevados a armonizar las pretensiones y relaciones de sus disciplinas. Aprenden, así, a respetarse, tenerse en cuenta, y ayudarse unos a otros. Se origina en consecuencia una atmósfera clara y pura de pensamiento, que también respiran los alumnos. El estudiante se beneficia de una tradición intelectual»¹¹. Ciertamente, el universitario no sólo obtendría un saber material, sino que asumiría el papel de ese conocimiento como parte de un conjunto que, a su vez, tenía una finalidad más allá de la práctica de una profesión u oficio. El modelo que propugnaba el purpurado, pues, insuflaba en los estudiantes «un hábito de la mente que dura toda la vida, y cuyas características son libertad, sentido de la justicia, serenidad, moderación y sabiduría. (...) Esto es lo que considero el fruto singular de la educación suministrada en una Universidad, en contraste con otros lugares o modos de enseñanza. Éste es el fin principal de una Universidad en el trato con los estudiantes»¹².

La Universidad, concluye el pensador, «educa el intelecto para que razone bien en todos los temas, para que tienda hacia la verdad, y la asimile»¹³. El saber que pretende, es «un saber, no sólo considerado como una adquisición cuantitativa, sino como filosofía»¹⁴.

9 NEWMAN, J. H., *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1996 (compuestos en 1852), trad. de José MORALES, p. 15.

10 *Ibidem*, p. 125.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*, p. 144.

14 *Ibidem*, p. 151.

El olvido de este concepto, quizá un tanto romántico, de Universidad por la propia Universidad es lo que, a juicio de muchos, habría acabado provocando la ausencia de esta institución en los debates de las grandes cuestiones o, en palabras de la doctrina norteamericana, la “marginalidad de las universidades”.

III. LA MARGINALIDAD DE LAS UNIVERSIDADES

La idea de marginalidad de las universidades (EE UU, Japón –donde se encuentran las más prestigiosas, según los listados o *rankings* internacionales– o España) puede sonar extraña a quienes se dedican o trabajan en ella. Pero, como la doctrina sociológica de EE UU ha puesto de manifiesto en un debate ya secular en el país anglosajón, mientras que el número y el tamaño de las universidades se ha incrementado espectacularmente en el último siglo, parece que éstas han restado atención, en la misma proporción, a las grandes cuestiones¹⁵.

Las matriculaciones en carreras de corte humanística ha descendido y los estudiantes de las carreras relacionadas con las “artes liberales” (medicina, derecho, empresariales, ingeniería, arquitectura, etc.) tienen muy claro que su objetivo es conseguir un buen trabajo, y por bueno, se entiende que esté bien remunerado. El dinero sería, por tanto, el fin último¹⁶.

En la génesis de la historia de las universidades, el objetivo de estas instituciones consistía en integrar el conocimiento y una serie de valores (cristiano-religiosos en un primer momento y denominados “humanistas”

15 *Vide*, por ejemplo, HOLLINGER, D. A., ‘The ‘Secularization’ Question and the United States in the Twentieth Century’, *Church History*, vol. 70/1, 2001, pp. 132-143, y una contestación a este artículo, SOMMERSVILLE, J. C., ‘Post-secularism Marginalizes the University: A rejoinder to Hollinger’, *Church History*, vol. 71/4, 2002, pp. 848-857.

16 SOMMERSVILLE, J. C., ‘Post-secularism Marginalizes the University: A rejoinder to Hollinger’, *op. cit.*, p. 850. Este análisis que es perfectamente válido en estos términos para el universitario norteamericano, no lo es para el cien por cien para el español, quien opta, en todas las encuestas, por un trabajo bien remunerado, a ser posible para toda la vida, y que le deje mucho tiempo libre. No obstante, se aprecia una mentalidad hedonista en esta opción, lo que en el fondo se acercaría bastante al esquema norteamericano, ya que se está pensando en tiempo libre para dedicarlo a las aficiones personales y a los amigos (con quien se comparten aficiones).

más tarde, pero que, en general, podían ser equivalentes). El objetivo consistía en crear una masa crítica (por la imposibilidad material de dirigirse a todos los ciudadanos) que, poseyendo esa capacidad para integrar el conocimiento aludida *supra*, sirviese a la sociedad, mejorándola, haciéndola más justa, y contribuyendo a su desarrollo y al bienestar de todos sus miembros. Por supuesto que esta “masa” estaría remunerada, y muy bien, pero no era éste el fin, sino el medio para lograr un fin superior, “civilizar”.

No obstante, el origen de la cultura cuantitativa (económica) y de la pérdida de la relevancia de la Universidad no hay que buscarla en, o sólo en, factores exógenos. La cada vez mayor especialización de los académicos de la universidad (unida a la pérdida de relevancia de las materias humanísticas, sobrepasadas por la creciente importancia de las materias “secularizantes”) les ha hecho perder, progresivamente, esa visión de conjunto necesaria para entender la posición de su materia o disciplina en el conjunto y la finalidad última de las mismas. El proceso de pérdida de importancia de las materias humanísticas se hace, así, imparable y progresivo. Cuanta más importancia se reconoce a las disciplinas tradicionalmente denominadas “liberales” menor es la atención dispensada a las humanísticas (que bien se podrían denominar moralizantes), habida cuenta de lo limitado de los recursos económicos, temporales y materiales de las propias estructuras universitarias y de las demandas de los empleadores, convertidos en los verdaderos “clientes” del sistema universitario. Al final, las universidades se convierten en centros de capacitación profesional de los estudiantes, obviando, progresivamente, la formación humanística, y centrándose en la técnico-laboral (meramente mecánica)¹⁷.

Las cuestiones sobre la vida y su finalidad, sobre el ser humano cada vez encuentran menos espacio en el currículo universitario, lo cual es especialmente paradójico en un mundo donde existen profundos antagonismos ideológicos, religiosos y culturales que, en el peor de los casos, dan lugar a guerras y conflictos sangrientos por todos conocidos.

17 De paso, las empresas se ahorran grandes cantidades de dinero en la formación de su personal, sobre todo en los primeros estadios de la vida laboral de éste, formación inicial que sería responsabilidad, así, de las propias universidades.

Con frecuencia se alude a la secularización como aquél proceso que liberó a las universidades, que pudieron así alcanzar sus objetivos sin la interferencia de las autoridades dogmáticas. Pero la conclusión bien podría ser que se han cambiado unas autoridades dogmáticas (las religiosas) por otras (básicamente económicas: *rankings*, donantes y autoridades responsables de la financiación), perdiéndose en el proceso, además, los referentes éticos o morales vigentes desde su fundación¹⁸.

IV. CONCLUSIONES

En el contexto actual, especialmente el europeo, inmerso en un profundo proceso de reflexión sobre la Universidad y su función, se hace necesario repensar y redefinir el rol de esta institución secular.

Más allá de meros centros de capacitación, o agencias de acreditación de conocimientos y/o competencias exclusivamente técnico-mecánicas, las universidades han de reclamar el espacio que han ido perdiendo merced del efecto que el proceso de secularización llevado hasta sus últimas consecuencias ha tenido en ellas.

La Universidad ha de reencontrarse a sí misma. Tiene que ser consciente de que es ella la que ha de influir en la sociedad, moralizarla, dándole sentido último a las relaciones humanas, y no, como hasta ahora ha sucedido, al revés.

En efecto, hasta ahora el proceso de secularización que ha vivido la sociedad ha condicionado la evolución de la propia Universidad, no solo separando religión del resto de ramas del saber, sino ya mercantilizando las relaciones intrauniversitarias. Lo ejemplos de esta tendencia son por todos conocidos. Así, entre ellos, estaría la necesidad de alcanzar altas cotas de productividad (midiendo más la cantidad de artículos científicos que su calidad, por ejemplo), la eliminación de las titulaciones no rentables (las que no alcanzan un número determinado de alumnos), la asignación de recursos para la investigación a aquellas áreas en las que existe una rápida “transferencia de resultados”, etc.

18 *Vide* SOMMERSVILLE, C. J., *The Decline of the Secular University*, Oxford University Press, 2006, especialmente, pp. 11-22.

Como rápidamente se deduce, con criterios de este tipo, son las titulaciones humanísticas, las que, a priori, tienen las de perder frente a las llamadas “ciencias liberales” (*vide supra*). Por ello, sería necesario que en las planificaciones plurianuales que realizan quienes gestionan las universidades se tuviera en cuenta las especificidades de las ramas del saber que venimos denominando “humanas”, en las que la aplicación de los criterios netamente económicos y cortoplacistas avocan, ya no a su marginalidad, si no a su completa desaparición, con la consiguiente pérdida de identidad de la Universidad y, lo que es más grave, de la propia sociedad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CORTINA, A., “Educar personas y ciudadanos democráticos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 38, 2004, pp. 29-46.
- DANIELOU, J., “Lección primera. Secularismo, secularización y secularidad”, en DANIELOU, J. y POZO, C., *Iglesia y secularización*, 2ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, pp. 3-21.
- HOLLINGER, D. A., “The ‘Secularization’ Question and the United States in the Twentieth Century”, *Church History*, vol. 70/1, 2001, pp. 132-143
- MARRAMAO, G., *Cielo y tierra. Genealogía de la secularización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- MIXON, S. L., LYON, L. & BEATY, M., “Secularization and National Universities”, *The Journal of Higher Education*, Vol. 75/4, 2004, pp. 400-419.
- NEWMAN, J. H., *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1996 (compuestos en 1852), trad. de José MORALES.
- RUBIO FERRERES, J. M., “¿”Resurgimiento religioso” versus secularización?”, *Gazeta de Antropología*, núm. 14, 1998, texto 14-03, disponible en: <http://www.ugr.es/~pwlac/G14_03JoseMaria_Rubio_Ferreres.html>
- SOMMERSVILLE, C. J., *The Decline of the Secular University*, Oxford University Press, 2006.

SOMMERSVILLE, J. C., "Post-secularism Marginalizes the University: A rejoinder to Hollinger", *Church History*, vol. 71/4, 2002, pp. 848-857.

URRUTIA LEÓN, M. M., "Del concepto al paradigma de la secularización", *Estudios de Deusto*, Vol. 53/1, enero-junio 2005, pp. 163-182.

Índice acumulado de autores

Números 1 al 61

(1965-2006)

Emilio J. Urbina Mendoza

ACEDO MENDOZA, Manuel.

- Apuntes sobre el régimen legal de las acciones preferidas. N° 5 (1967-1968) pp. 101-146.
- Temas sobre fundaciones. N° 23 (1976-1977) pp. 207-234.

ACEDO PAYARES, Germán.

- Diferencias entre las concesiones de los libros I y III de la ley de Minas Venezolana del 28 de diciembre de 1944. N° 23 (1976-1977) pp. 259-272.
- Análisis comparativo entre las figuras del descubridor y del denunciante previstas en nuestra Ley de Minas vigente. N° 24 (1976-1977) pp. 177-192.
- El artículo 128 del Reglamento General de la Ley de Hidrocarburos y su interpretación jurisprudencial. N° 28 (1979-1980) pp. 303-314.

- Interpretación del ordinal 5° del artículo 59 de la vigente Ley de Hidrocarburos. N° 30 (1980-1981) pp. 303-318.

ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo.

- Algunos aspectos de la propiedad intelectual en Venezuela. N° 43 (1991) pp. 13-24.
- Algunos tópicos sobre el arbitraje especial contemplado en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. N° 53 (1999) pp. 13-36.
- Relación entre las aseguradoras y los productores de seguros. N° 56 (2001) pp. 237-270.

AGUDELO BETANCUR, Nodier.

- La Revolución Francesa y los fundamentos del Derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración. N° 41 (1989) pp. 383-417.

AGUERREVERE, Ángel Demetrio.

- Contratos de interés nacional sujetos a la aprobación legislativa. Estudio histórico. N° 7 (1968-1969) pp. 209-216.

AGUIAR, Asdrúbal.

- La intervención del Estado en la economía y el régimen de la competencia comercial internacional. N° 38 (1986-1987) pp. 251-340.

AGUILAR GORRONDONA, Jorge.

- Comentarios a la ley de medidas especiales para atender a las consecuencias del sismo de 29 de julio de 1967. N° 6 (1967-1968) pp. 131-159.

AGUILAR MAWDSLEY, Andrés.

- La obligación alimentaria en el Derecho venezolano. N° 4 (1966-1967) pp. 9-68.
- La tutela del Derecho a recibir alimentos en virtud de un nexo familiar. N° 6 (1967-1968) pp. 9-38.

AITA, Sylvia.

- Venezuela en el MERCOSUR. Sistematización de un proceso. N° 53 (1999) pp. 43-80.

ALBUQUERQUE, Rafael.

- Los conflictos de leyes del trabajo en el espacio. N° 42 (1991) pp. 209-225.

ALFONSO GUZMÁN, Rafael.

- El preaviso en la legislación laboral venezolana. N° 4 (1966-1967) pp. 177-198.
- Mérito de la resolución del inspector en materia de fuero sindical. N° 5 (1967-1968) pp. 205-214.
- Un juicio de valor sobre la nueva Ley Orgánica del Trabajo. N° 42 (1991) pp. 81-88.
- Observaciones de forma sobre la nueva Ley Orgánica del Trabajo. N° 42 (1991) pp. 89-106.

ALFONZO PARADISI, Juan D.

- Aspectos financieros y fiscales de los servicios públicos locales. N° 47 (1993) pp. 21-43.

ALFONZO SOTILLO, Julio R.

- El principio de la unidad económica de la empresa en la Ley Orgánica del Trabajo. N° 47 (1993) pp. 127-132.

ALID ZOPPI, Pedro.

- Resultados en la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Civil. N° 50 (1996) pp. 147-162.

ALONSO GARCÍA, Ricardo

- Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración. N° 60-61 (2005-2006) pp. 373-417.

ALVARADO ANDRADE, Jesús María

- Análisis sobre el acrecentamiento de la Administración Pública Central del Estado venezolano (Consideraciones especiales sobre la transformación y el aumento en la "Administrativización" de la sociedad 1999-2009). N° 60-61 (2005-2006) pp. 209-259.

ÁLVAREZ, Tulio Alberto.

- Antecedentes y evolución de la Legislación sobre la filiación ilegítima de Venezuela. N° 30 (1980-1981) pp. 337-380.

ÁLVAREZ, Víctor M.

- Aumentos salariales por vía de decretos. N° 45 (1992) pp. 309-310.

ANDUEZA, José Guillermo.

- Aspectos constitucionales en relación con la reforma del Código Civil. N° 32 (1981-1982) pp. 115-128.
- Juicio al Presidente de la República y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. N° 48 (1993) pp. 277-286.

ANGULO RODRÍGUEZ, Luis.

- El trance de reforma del Derecho de Seguros español. N° 30 (1980-1981) pp. 207-228.

ANZOLA SPADARO, Karina

- Justificación y límites de la aplicación del Derecho administrativo a la administración pública. Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela. N° 60-61 (2005-2006) pp. 113-181.

ARAUJO MEDINA, Federico.

- Notas relativas a la prescripción y a la caducidad en la determinación de la obligación tributaria y de las sanciones tributarias contenidas en el vigente Código Orgánico Tributario. N° 47 (1993) pp. 133-146.

ARNAU, Federico.

- El Contrato de Leasing en el Derecho Español. N° 59 (2004) pp. 307-326.

ARTAKLY K., Farid.

- El documento del condominio. N° 3 (1966-1967) pp. 64-88.

ARTIGAS, Zulmari.

- Los acuerdos Horizontales. N° 57 (2002) pp. 139-172.

ARVELO VILLAMIZAR, Roquefélix.

- La teoría del velo corporativo y su aplicación en derecho venezolano. N° 53 (1999) pp. 247-270.

ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco.

- Las denominaciones de origen: estudio comparado. N° 46 (1993) pp. 307-349.

AVELLANEDA, Eloísa.

- Los Decretos del Presidente de la República. N° 48 (1993) pp. 345-388.

AVILA, Luis.

- La fianza en el objeto social de las compañías de seguros. N° 44 (1992) pp. 15-34.
- El 27 de noviembre de 1992: un caso de seguros. N° 49 (1994) pp. 31-88.

AYALA, Andreína.

- Venezuela en el MERCOSUR. Sistematización de un proceso. N° 53 (1999) pp. 43-80.

AYALA CORAO, Carlos.

- Intervención legislativa del Estado venezolano en la Economía. N° 39-40 (1988) pp. 151-198.
- Notas sobre el enjuiciamiento, suspensión y suplencia del Presidente de la República. N° 48 (1993) pp. 287-294.

BALBÁS, Carmen.

- Apoyo investigativo a la Justicia de Paz, Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. N° 50 (1996) pp. 391-410.

BALZA NAVARRO, Eduardo.

- Arrendamiento financiero inmobiliario. N° 43 (1991) pp. 25-43.

BARNOLA, José Pedro.

- El régimen de los lapsos procesales según la interpretación jurisprudencial. N° 50 (1996) pp. 179-206.

BARRAGÁN, Julia.

- Las reglas de la cooperación. N° 39-40 (1988) pp. 25-59.

BARRETO RANGEL, Adela.

- La Industria Fonográfica: Tecnología y Derechos Intelectuales. N° 51 (1997) pp. 345-374.

BAUMEISTER TOLEDO, Alberto.

- Hipoteca judicial. N° 3 (1966-1967) pp. 255-268.
- Algunas consideraciones sobre el Arbitraje en Venezuela. Informe al Comité Aida Cila sobre aplicación del Arbitraje en Venezuela. N° 51 (1997) pp. 317-343.
- Algunos comentarios sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial. N° 52 (1998) pp. 431-441.
- Nuevas tendencias e instituciones en Derecho de Seguros. N° 53 (1999) pp. 123-152.
- Algunos aspectos sobre el juicio ejecutivo de cuentas en el ordenamiento procesal venezolano

(Primera parte). N° 54 (1999) pp. 127-152.

- Algunos aspectos sobre el juicio ejecutivo de cuentas en el ordenamiento procesal venezolano (Segunda parte). N° 55 (2000) pp. 141-174.

BELLO TABARES, Humberto E. Tercero.

- Algunas consideraciones sobre el régimen probático en el procedimiento oral y en el procedimiento marítimo. N° 59 (2004) pp. 237-284.

BELTRÁN GUERRA, Luis.

- La Contratación colectiva de los funcionarios públicos. N° 14 (1971-1972) pp. 38-74.
- Algunas consideraciones sobre el proyecto de Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos. N° 20 (1974-1975) pp. 183-204.
- Algunas consideraciones sobre el método de casos (The Case Method) en la enseñanza del Derecho Administrativo, sus ventajas y desventajas. N° 25 (1977-1978) pp. 209-270.

BENDAHAM, Daniel.

- Aspectos laborales de la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos. N° 24 (1976-1977) pp. 193-206.

BENTATA, Víctor.

- La sentencia Giorgio Arman y la defensa de nombres en Venezuela. N° 47 (1993) pp. 167-181.

BERISTAIN, Antonio.

- Las cárceles no pueden ser cementerios. N° 16 (1972-1973) pp. 216-236.
- Terrorismo y delitos políticos. N° 20 (1974-1975) pp. 241-299.
- Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores (El Derecho penal frente a la delincuencia juvenil). N° 41 (1989) pp. 323-354.
- Jesuitas al servicio de los condenados por la justicia (1540-1990). N° 46 (1993) pp. 269-304.

BERNAD MAINAR, Rafael.

- Las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales en el derecho español. N° 54 (1999) pp. 155-182.
- Régimen jurídico de las Fundaciones. Visión comparativa entre la legislación venezolana y la española. N° 55 (2000) pp. 177-200.
- Efectos jurídicos civiles de las uniones de hecho. N° 56 (2001) pp. 119-136.
- El Tribunal Constitucional Español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. N° 57 (2002) pp. 353-376.

- El Derecho y el Proyecto Genoma Humano (Consideraciones a la luz del Derecho comunitario Europeo y Español). N° 58 (2003) pp. 245-282.

BLANCO URIBE, Mariela.

- Vías generales de telecomunicaciones en el sector eléctrico. N° 57 (2002) pp. 53-92.

BLANCO URIBE-QUINTERO, Alberto.

- El derecho del hombre al Ambiente. N° 51 (1997) pp. 57-78.
- La Conciliación, el Arbitraje y la Transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos. N° 57 (2002) pp. 13-52.

BORJAS, Leopoldo.

- Desarrollo de la Legislación Mercantil en Venezuela. N° 14 (1971-1972) pp. 9-37.
- El préstamo de uso con referencia al comodato bancario. N° 15 (1972-1973) pp. 145-185.

BORREGO PÉREZ, Carmelo.

- La valoración de la prueba en materia de delitos contra la cosa pública: una nueva formulación sobre el tema. N° 43 (1991) pp. 45-57.

BRAVO ROA, Arturo.

- Las asociaciones de vecinos: estudio jurisprudencial y doctrinal de la naturaleza jurídica y la legitimación para actuar en procesos de materia urbanística. N° 43 (1991) pp. 567-595.

BREWER-CARIÁS, Allan Randolph.

- Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas. N° 2 (1966) pp. 9-35.
- La ley sobre representaciones de los trabajadores en los institutos, organismos de desarrollo económico y empresas del Estado. N° 4 (1966-1967) pp. 199-212.
- Introducción al estudio del régimen legal de las empresas públicas en Venezuela. N° 21 (1975-1976) pp. 83-144.
- Comentarios sobre el Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal en materia de los llamados jueces escabinos. N° 52 (1998) pp. 442-446.
- Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y Control Judicial Contencioso-Administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999). N° 60-61 (2005-2006) pp. 63-111

BRICEÑO, Gustavo.

- La Corte Suprema de Justicia en Venezuela y el contencioso-administrativo. Organización y funcionamiento. N° 37 (1986-1987) pp. 9-58.
- Insuficiencia de los controles tradicionales sobre la Administración. N° 39-40 (1988) pp. 199-219.
- ¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso-administrativo venezolano? N° 43 (1991) pp. 59-91.

BUROZ ARISMENDI, René.

- Secuestro de aviones. N° 16 (1972-1973) pp. 75-93.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo.

- Valor probatorio de los periódicos. N° 16 (1972-1973) pp. 9-74.
- Los documentos privados auténticos, los documentos privados simples y sus copias certificadas emitidas por orden judicial. N° 19 (1974-1975) pp. 51-210.
- El experimento judicial. N° 33 (1981-1982 – 1983-1984) pp. 113-256.

CANOSA, María José.

- El Delito de Genocidio. N° 34 (1984-1985) pp. 101-142.
- El Delito de Genocidio. N° 35 (1985-1986) pp. 115-158.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio.

- Principios modernos sobre medidas cautelares en el Contencioso Administrativo. N° 50 (1996) pp. 89-141.
- Comentarios al proyecto de Reforma de la Constitución con especial referencia a la responsabilidad del Estado-Juez. N° 51 (1997) pp. 13-55.
- El control concentrado de la constitucionalidad y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aproximación a criterios para su diferenciación. N° 52 (1998) pp. 67-123.
- La defensa de los derechos constitucionales frente a las vías de hecho: razones a favor del mantenimiento –provisional– en Venezuela del amparo constitucional en contra las vías de hecho de la Administración pública. N° 60-61 (2005-2006) pp. 11-38.

CAPRILES, Ruth.

- Apoyo investigativo a la Justicia de Paz, Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. N° 50 (1996) pp. 391-410.

CARIDAD MOSQUERA, Freddy.

- La acefalía presidencial. N° 48 (1993) pp. 295-330.

CARMONA BORJAS, Juan C.

- Régimen Legal de la Inversión Privada en la Industria Venezolana de los Hidrocarburos. Especial referencia a la materia impositiva. N° 51 (1996) pp. 117-163.

CARRILLO-BATALLA, Vicente.

- Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991. N° 44 (1992) pp. 35-74.
- Ley aplicable y jurisdicción competente en los contratos de préstamos institucionales. N° 50 (1996) pp. 237-304.

CARRILLO PERERA, Marcos R.

- Elementos autopoiéticos en el discurso jurídico. N° 56 (2001) pp. 399-414.
- De la intención del legislador y otras intenciones: Una aproximación a la idea de integridad. N° 58 (2003) pp. 97-112.

CARRO ZÚÑIGA, Carlos.

- La falta grave como causa justa de despido. N° 25 (1977-1978) pp. 9-32.

CASAL, Jesús María.

- El amparo constitucional. N° 37 (1986-1987) pp. 605-658.
- El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999. N° 56 (2001) pp. 137-180.

CASANOVA, Carlos.

- Comentarios al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, "Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación". N° 57 (2002) pp. 305-312.

CASTILLO M., José Luis.

- Jurisdicción Penal Internacional. N° 49 (1994) pp. 315-344.

COMBELLAS, Ricardo.

- La reforma de la Administración pública en Venezuela. N° 49 (1994) pp. 89-106.

CORSI, Luis.

- Amortización de los títulos cambiarios (pérdida, sustracción y destrucción). N° 53 (1999) pp. 153-158.

CORTIÑAS PELÁEZ, León.

- Felipe de Sola Cañizales (1905-1965) Docencia internacional de Derecho comparado. N° 14 (1971-1972) pp. 187-244.

COVA ARRIA, Luis.

- Arbitraje marítimo en Iberoamérica. La Comisión de Arbitraje de Alamar El Ceamar. N° 45 (1992) pp. 21-36.

CHACÓN QUINTANA, Nelson.

- Alternativas a la detención y a las penas privativas de la libertad en

- Venezuela. N° 28 (1979-1980) pp. 179-194.
- Los aspectos penales de la Legislación del Trabajo. N° 30 (1980-1981) pp. 149-164.
 - Alternativas a la detención y las penas privativas de la libertad en Venezuela. N° 32 (1981-1982) pp. 129-142.
- CHALBAUD ZERPA, Reinaldo.
- Los límites entre Venezuela y el Estado de Guyana. N° 37 (1986-1987) pp. 299-382.
 - El concepto del Derecho Internacional. N° 38 (1986-1987) pp. 215-250.
 - Tres fundadores del Derecho Internacional Público. N° 39-40 (1988) pp. 361-393.
 - Instituciones jurídicas venezolanas (Bosquejo socio-histórico). N° 41 (1989) pp. 421-448.
 - Derechos Humanos y su Protección Constitucional. N° 59 (2004) pp. 11-36.
- CHANG MORA, Kimlem.
- El extorno de Comisiones. N° 55 (2000) pp. 105-120.
- CHAPARRO ALFONSO, Julio.
- Sistema de solución de controversias en la ALALC. N° 12 (1970-1971) pp. 172-194.
- CHAVERO G., Rafael.
- Los actos de autoridad. N° 50 (1996) pp. 11-88.
 - Breves y preliminares comentarios a la decisión anulatoria del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo. N° 50 (1996) pp. 451-470.
- CHEN, Chi-Yi.
- Estado y políticas de salario y empleo. N° 46 (1993) pp. 33-56.
- CHIOSSONE, Tulio.
- Sanciones en derecho administrativo. N° 2 (1966) pp. 57-77.
 - Elementos subjetivos de los actos jurídicos. N° 6 (1967-1968) pp. 90-109.
 - Derivaciones penales de los actos y contratos civiles. N° 9 (1969-1970) pp. 138-156.
- DE BUEN UNNA, Carlos.
- La empresa como sujeto de relaciones laborales. N° 42 (1991) pp. 381-401.
- DELGADO, Carlos.
- El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la posible incorporación de Venezuela. N° 41 (1989) pp. 475-483.

DELGADO MENÉNDEZ, María del C.

- Un nuevo enfoque de la sindicación en época de crisis. N° 42 (1991) pp. 227-278.

DELGADO OCANDO, J.M.

- ¿Demasiados abogados?. N° 42 (1991) pp. 427-432.

DELGADO SALAZAR, Roberto.

- El nuevo régimen legal de los estados y municipios. N° 43 (1991) pp. 111-164.
- La esfera probatoria y los medios de prueba en materia de drogas. N° 50 (1996) pp. 413-432.

DELGADO SOTO, Germán.

- Régimen de la responsabilidad contractual del transportista en el Derecho Internacional Privado Aéreo: pasado y futuro. N° 56 (2001) pp. 71-118.

DE SOLA, René.

- Régimen de las multas y otras sanciones previstas en la Ley de Minas y su reglamento general. N° 27 (1979-1980) pp. 293-304.
- En torno al proyecto de reforma del Código de Comercio venezolano. N° 27 (1979-1980) pp. 293-304.

DÍAZ BERMÚDEZ, José F.

- La seguridad social en América Latina, experiencias en Chile, Argentina, Perú, Colombia y México. N° 51 (1997) pp. 165-177.

DÍAZ BRAVO, Arturo.

- Las Cláusulas Abusivas y la Protección del Asegurado (a la luz del Derecho Mexicano). N° 57 (2002) pp. 441-452.

DÍAZ UZCÁTEGUI, Pablo Andrés.

- Relaciones entre la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil personal establecida en la Ley de tránsito terrestre. N° 7 (1968-1969) pp. 185-208.
- La responsabilidad sin culpa en la Ley de Tránsito Terrestre. N° 10 (1969-1970) pp. 139-176.

DUQUE CORREDOR, Román José.

- La Ley de reforma agraria y el otorgamiento de concesiones mineras y petroleras. N° 5 (1967-1968) pp. 160-178.
- La obligación de explotar del concesionario de minas en la jurisprudencia venezolana. N° 11 (1970-1971) pp. 215-264.
- Régimen jurídico del arrendamiento de predios rústicos en el Derecho Agrario Venezolano. N° 13 (1971-1972) pp. 117-188.

- El régimen jurídico de la Reforma Agraria y la adecuada utilización del suelo agrícola. N° 21 (1975-1976) pp. 55-82.
- Los procedimientos administrativos de inamovilidad en la Ley Orgánica del Trabajo. N° 42 (1991) pp. 121-153.

DUQUE SÁNCHEZ, José R.

- De las concesiones a los contratos de servicio. N° 11 (1970-1971) pp. 195-214.

ECHEVERRÍA, Juan Martín.

- La aplicación de medidas diferenciadas en la lucha contra el crimen. N° 17 (1973-1974) pp. 261-276.

EGUREN, Juan A.

- A los cincuenta años de la nueva era concordataria. N° 15 (1972-1973) pp. 221-234.

ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos.

- Las asociaciones de vecinos como instrumentos de participación ciudadana. Naturaleza política, sociológica y jurídica. N° 38 (1986-1987) pp. 85-124.

ESCOVAR LEÓN, Ramón.

- Institución de heredero y legatario. N° 30 (1980-1981) pp. 229-264.

ESPINA MOLINA, María Verónica.

- Impugnación de los Actos de Registro en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con especial referencia al Registro Público. N° 55 (2000) pp. 203-244.

FADEL MUCI, Habib.

- Importancia jurídico-internacional del Congreso de Panamá de 1926. N° 28 (1979-1980) pp. 375-446.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor.

- El estudio de los derechos humanos: su concepto, carácter interdisciplinario y autonomía jurídica. N° 39-40 (1988) pp. 61-120.
- El Derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura en el Derecho Internacional. N° 41 (1989) pp. 239-279.
- Las dimensiones del Derecho a la vida (según el Derecho de los derechos humanos). N° 43 (1991) pp. 165-192.
- El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (teoría y realidades). N° 46 (1993) pp. 57-106.

FEBRES-CORDERO, Adán.

- Interdicto de daño temido. N° 26 (1978-1979) pp. 271-274.

FEBRES-CORDERO, Carlos.

- Una ojeada sobre el alcance de la Legislación laboral venezolana. N° 18 (1973-1974) pp. 249-278.

FERNÁNDEZ, Fernando.

- El hombre artificial y el derecho a castigar. N° 54 (1999) pp. 99-108.
- La doctrina de los derechos humanos y el COPP. N° 55 (2000) pp. 123-138.
- Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional. N° 58 (2003) pp. 69-90.

FERNÁNDEZ GÓMEZ, Lorenzo.

- Técnica jurídica: El encuentro con la cibernética. N° 32 (1981-1982) pp. 181-204.
- Técnica jurídica: El encuentro con la cibernética. N° 34 (1984-1985) pp. 179-212.
- Humanismo y Derecho Natural en San Agustín. N° 37 (1986-1987) pp. 571-604.
- La informática al servicio del Derecho. N° 38 (1986-1987) pp. 57-84.
- J.D. García Bacca: peregrino del vivir y del filosofar. N° 46 (1993) pp. 353-360.
- El Derecho como oficio. N° 49 (1994) pp. 365-384.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, Manuela.

- Reflexiones sobre la infracción grave por dejar de ingresar en la legislación tributaria española. N° 54 (1999) pp. 185-196.

FERREIRA DA SILVA, Carlos M.

- Proceso y Ética (Bajo los lineamientos del Sistema Portugués de Derecho). N° 57 (2002) pp. 377-394.

FERRER MacGREGOR, Eduardo.

- Panorámica actual de la Doctrina Procesal (con especial referencia al derecho procesal mexicano). N° 56 (2001) pp. 447-486.

FERRERA, Celestino.

- Acciones de nulidad y de rescisión. N° 35 (1985-1986) pp. 105-114.

FIGUEROA, Luis Tineo.

- El amparo contra actos administrativos de efectos particulares. N° 46 (1993) pp. 193-233.

FUENMAYOR GARCÍA, José Andrés.

- Consideraciones generales sobre los trasplantes de órganos y otras materias afines. N° 47 (1993) pp. 147-153.
- Improcedencia de la acción de nulidad ordinaria contra deci-

siones adoptadas en asambleas de sociedades. N° 51 (1997) pp. 179-198.

- Consideraciones sobre la Ejecución de Hipoteca en el nuevo Código de Procedimiento Civil. N° 51 (1997) pp. 277-286.
- Perención y caducidad durante la huelga del poder judicial. N° 52 (1998) pp. 303-304.
- Examen retrospectivo de la legislación civil en Venezuela. N° 54 (1999) pp. 39-52.
- La exención de la responsabilidad del médico inducida. N° 53 (1999) pp. 37-42.

GABALDÓN, Frank.

- Algunos aspectos sobre las restricciones a la transmisibilidad de participaciones y acciones sociales. N° 11 (1970-1971) pp. 165-194.
- Efectos de la enajenación de la cuota de copropiedad en el Derecho venezolano. N° 18 (1973-1974) pp. 133-182.

GARCÍA BOLÍVAR, Omar Enrique.

- De la disolución de las sociedades mercantiles. N° 52 (1998) pp. 221-250.

GARCÍA-OVIES SARANDESES, Isabel.

- Reflexiones sobre la infracción grave por dejar de ingresar en

la legislación tributaria española. N° 54 (1999) pp. 185-196.

GARCÍA-PELAYO, Manuel.

- Algunos temas de Derecho Constitucional Comparado. N° 23 (1976-1977) pp. 273-294.

GARCÍA VELUTINI, Oscar.

- Sobre algunas reformas parciales del Código Civil. N° 31 (1981-1982) pp. 193-210.

GARRIDO, Juan.

- La concesión de obra pública para la construcción de autopistas. N° 28 (1979-1980) pp. 153-178.

GELSI BIDART, Adolfo.

- Decisión de cuestiones no incluidas en el "mérito", en el proceso no-penal uruguayo. N° 6 (1967-1968) pp. 110-132.

GIGLIO, Wagner.

- Las organizaciones de empleadores: experiencias comparadas. N° 42 (1991) pp. 279-291.

GIRAUD TORRES, Armando.

- Comentarios sobre la alteración del planeamiento urbanístico como supuesto indemnizatorio en el texto refundido de la ley española sobre régimen del suelo y ordenación urbana. N° 52 (1998) pp. 387-406.

GIUFFREDDI, Anna G.

- Consideraciones acerca del régimen legal de la mujer casada que ejerce el comercio. N° 35 (1985-1986) pp. 287-338.

GOLDSCHMIDT, Werner.

- La justicia y afectos conexos. N° 21 (1975-1976) pp. 25-54.

GÓMEZ GRILLO, Elio.

- El Libertador de América, Simón Bolívar, ante la corrupción administrativa. N° 51 (1997) pp. 263-275.
- La teoría y la realidad en el tratamiento de los delincuentes. N° 52 (1998) pp. 281-300.
- Pasado, presente y futuro de la criminología. N° 55 (2000) pp. 37-54.

GÓMEZ MARÍN, Agustín.

- Comentarios sobre algunas disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo. N° 44 (1992) pp. 291-310.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Josafat.

- Los Principios del Derecho Procesal Agrario y su integración con los principios generales del Derecho Procesal Civil. N° 51 (1997) pp. 95-114.

GORDILLO PÉREZ, Luis

- Securalización y universidad. N° 60-61 (2005-2007) pp. 419-427

GRAHAM, Thomas R.

- Fuentes bibliográficas en castellano para el estudio de Common Law Anglo-americano. N° 16 (1972-1973) pp. 191-215.

GRISANTI AVELEDO, Hernando.

- En torno al tema del Derecho. N° 38 (1986-1987) pp. 35-46.
- Delitos contra la independencia y seguridad de la Nación. N° 39-40 (1988) pp. 397-457.
- Notas sobre el mandato en el Derecho Romano. N° 41 (1989) pp. 451-458.
- Delitos contra el buen orden de la familia. N° 43 (1991) pp. 193-213.
- El modus operandi en la estafa. N° 54 (1999) pp. 109-116.

GRISANTI LUCIANI, Héctor.

- La Casación de Oficio. N° 57 (2002) pp. 257-274.

GUEVARA, Pedro.

- La elitización de la democracia representativa. N° 46 (1993) pp. 107-136.

GUIMARAES RIBEIRO, Darci.

- La tutela judicial del crédito en el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América: Desde la perspectiva del Proceso de Ejecución, Cautelar y Monitorio. N° 58 (2003) pp. 299-322.

HARTING, Hermes.

- Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad por el hecho del menor. N° 18 (1973-1974) pp. 183-194.
- Tratamiento normativo de los derechos de la personalidad en el Ordenamiento jurídico venezolano. N° 22 (1975-1976) pp. 133-152.
- Fundamento constitucional de la actividad económica del Estado venezolano. N° 22 (1975-1976) pp. 153-240.
- Oferta real arrendaticia. N° 32 (1981-1982) pp. 161-180.
- Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982. N° 35 (1985-1986) pp. 261-286.

HERRMANN, Jorge Teodoro.

- El elefante judicial. Algunas consideraciones acerca de la posibilidad de aplicar políticas estratégicas de privatización en el ámbito del Poder Judicial mediante la incorporación de la Tecnología Informática. N° 57 (2002) pp. 415-440.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Ricardo.

- Cristóbal Mendoza: Prócer cime- ro de la Abogacía venezolana. N° 49 (1994) pp. 385-424.
- La formación del Abogado. N° 57 (2002) pp. 323-352.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio.

- Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (especial referencia a los litisconsorcios pasivos). N° 43 (1991) pp. 215-250.

HERNÁNDEZ G., José Rafael.

- Crisis, ética y Derecho. N° 38 (1986-1987) pp. 47-58.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Manuel.

- La naturaleza jurídica de las universidades. N° 48 (1993) pp. 389-440.

HIRSCH, Moisés.

- La acción de carencia. N° 44 (1992) pp. 107-132.

HUECK, HENRÍQUEZ, Luis.

- Régimen jurídico de las inversio- nes extranjeras en Venezuela. N° 22 (1975-1976) pp. 241-262.

IRAZÁBAL, Isabel Virginy.

- Trabajo de la mujer casada. La madre trabajadora. Normas de protección para la madre traba- jadora y sus hijos menores. N° 15 (1972-1973) pp. 201-220.

IRIBARREN MONTEVERDE, Enrique.

- La venta de las acciones hecha por la sociedad cuando el accionista no las ha cancelado totalmente. N° 37 (1986-1987) pp. 441-524.
- ¿Es posible incorporar en el sistema gubernativo venezolano una estructura administrativa como la del Primer Ministro peruano?. N° 38 (1986-1987) pp. 161-186.
- Notas sobre la exención de los impuestos a las actividades agropecuarias. N° 39-40 (1988) pp. 461-499.
- Notas sobre algunos problemas jurídicos derivados de la adopción del decreto N° 76 del convenio cambiario N° 1. N° 43 (1991) pp. 251-275.
- La responsabilidad administrativa extracontractual. N° 44 (1992) pp. 133-172.

ITURRASPE, Francisco.

- Perfil laboral de Venezuela. N° 45 (1992) pp. 37-121.

JASSIR, Miguel.

- Consideraciones sobre admisibilidad del Recurso de Casación en el nuevo Código de Procedimiento Civil. N° 50 (1996) pp. 305-364.
- Indexación laboral, comentarios a la Sentencia de la Sala de

Casación Civil. N° 50 (1996) pp. 473-475.

KUMMEROW, Gert.

- Los intereses moratorios y retributivos y la jurisprudencia de la casación venezolana. N° 5 (1967-1968) pp. 197-204.
- El *status* posesorio y la disciplina general de las fuentes de las obligaciones en el nuevo código civil portugués. N° 5 (1967-1968) pp. 179-196.

LACASA ASTIGARRAGA, Jon.

- Comentarios sobre el fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia sobre la tasa de interés bancario (Primera parte). N° 54 (1999) pp. 225-256.
- Comentarios sobre el fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia sobre la tasa de interés bancario (Segunda parte). N° 55 (2000) pp. 249-264.
- De la inexistencia de la hipoteca que garantiza el cupo de crédito. N° 56 (2001) pp. 43-70.

LAGRANGE, Enrique.

- La prescripción de las obligaciones de pagar los precios de las adquisiciones de bienes efectuadas por la república, con especial referencia a los suministros

de mercancías, y, en particular, a los de energía eléctrica, de gas y de agua. N° 9 (1969-1970) pp. 209-230.

- Retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda. N° 49 (1994) pp. 229-313.

LARES MARTÍNEZ, Eloy.

- La desviación de poder en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. N° 10 (1969-1970) pp. 177-184.
- La prescripción adquisitiva. N° 52 (1998) pp. 125-138.

LAURÍA, Carmelo.

- La acción en el proceso penal venezolano. N° 14 (1971-1972) pp. 129-186.

LEGEYRE R., Tatiana.

- Las Uniones Matrimoniales de Hecho: ¿Una alternativa al matrimonio tradicional? (Cuba). N° 59 (2004) pp. 285-300.

LEÓN, Ignacio de.

- El rol de las ideas en el diseño de Políticas de Promoción a la Competencia Internacional. N° 55 (2000) pp. 73-102.

LEZA BETZ, Daniel.

- El nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso

penal venezolano. La representación de las víctimas del delito. N° 58 (2003) pp. 145-230.

LINARES, Antonio.

- Prevención y castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas. N° 20 (1974-1975) pp. 66-111.
- Existencia, definición y división del Derecho Internacional Público. N° 21 (1975-1976) pp. 217-226.

LINARES BENZO, Gustavo.

- Naturaleza de las potestades transferibles a los Estados y Municipios mediante el artículo 137 de la Constitución. N° 44 (1992) pp. 173-224.

LLOÁN REYSSI, Juan Francisco.

- Los jueces en el proceso revolucionario francés. N° 41 (1989) pp. 357-382.

LÓPEZ DE CEBALLOS, Ricardo Sillery.

- La garantía de la cédula hipotecaria bancaria. N° 4 (1966-1967) pp. 94-161.

LÓPEZ HERRERA, Francisco.

- ¿Puede surtir efectos en Venezuela el llamado matrimonio de "Common Law" del derecho norteamericano? N° 5 (1967-1968) pp. 9-42.

LÓPEZ-REY Y ARROYO, Manuel.

- Presupuestos y directivas para una política criminal. N° 22 (1975-1976) pp. 263-276.
- Manifiesto criminológico. N° 24 (1976-1977) pp. 207-222.
- Criterios y perspectivas de la codificación penal. N° 27 (1979-1980) pp. 91-108.
- Los nuevos códigos de Cuba y China. N° 34 (1984-1985) pp. 213-228.
- Las dimensiones de la criminalidad. N° 35 (1985-1986) pp. 247-260.

LORETO, Luis.

- Principios fundamentales del proceso en la Reforma del Código de Procedimiento Civil. N° 50 (1996) pp. 207-214.

LOVERA HERRERA, Mario.

- Comentarios sobre la Ley de bienes muebles recuperados por autoridades policiales. N° 3 (1966-1967) pp. 239-254.
- El Derecho de revisión del canon de arrendamiento. N° 6 (1967-1968) pp. 39-59.

LUPINI, Luciano.

- Las donaciones indirectas y la venta a precio vil. N° 52 (1998) pp. 139-195.

MACHADO PELLONI, Fernando.

- La legitimación, su relación con la existencia del caso y la acción

meramente Declarativa como vía de control de constitucionalidad. N° 58 (2003) pp. 231-244.

MANTERO, Osvaldo.

- El concepto legal de enfermedad profesional. N° 37 (1986-1987) pp. 525-546.
- La Constitución Nacional como fuente material y formal del Derecho venezolano de la seguridad social. N° 39-40 (1988) pp. 232-240.
- Promoción y protección del sindicalismo en el marco de las políticas de ajuste estructural. N° 42 (1991) pp. 293-304.

MARÍN A., Enrique Javier.

- Derecho penal mínimo, reducción y penalización. N° 49 (1994) pp. 343-363

MARÍN QUIJADA, Enrique.

- Perfil laboral de Venezuela. N° 45 (1992) pp. 37-121.

MÁRMOL MARQUÍ, Hugo.

- ¿Existe para una concepción moderna de la empresa, la hacienda y un empresario mercantil?. N° 25 (1977-1978) pp. 165-208.

MÁRQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo.

- Las medidas preventivas en materia mercantil. N° 1 (1965) pp. 183-202.

- La capacidad procesal de las sociedades irregulares. N° 4 (1966-1967) pp. 162-171.
 - La reforma procesal y los poderes del juez. N° 8 (1968-1969) pp. 9-33.
 - La Condena de las Costas. N° 10 (1969-1970) pp. 103-138.
- MARTÍNEZ ESTÉVEZ, Jaime.
- Anotaciones sobre los Principios de Unidroit. N° 51 (1997) pp. 199-262.
- MARTÍNEZ TENORIO, Valentina.
- De la expiración del término establecido como causal de disolución de las sociedades mercantiles. N° 52 (1998) pp. 251-279.
- MATHISON, Jimmy.
- Notas sobre la exención de los impuestos a las actividades agropecuarias. N° 39-40 (1988) pp. 461-499.
- MATTAR TORBAY, Astrid.
- La protección internacional de los derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo. N° 47 (1993) pp. 327-348.
- MEIER, Henrique.
- El conflicto institucional de la administración para el desarrollo. N° 17 (1973-1974) pp. 119-140.
 - Las instituciones protectoras de los Recursos Naturales Renovables en nuestro Derecho. N° 18 (1973-1974) pp. 195-234.
 - La administración prospectiva: Una tendencia del aparato administrativo del Estado moderno. N° 19 (1974-1975) pp. 211-274.
 - El Derecho Administrativo y la protección del entorno físico y social en Venezuela (Derecho y Ecología). N° 20 (1974-1975) pp. 112-170.
 - De las aguas como bienes (Código Civil) a las aguas como Recursos Naturales Renovables (Constitución Nacional-Leyes Especiales). N° 20 (1974-1975) pp. 300-312.
 - Bases para un estudio de la Legislación ambiental y su reordenación. Reflexiones sobre el proyecto de la Ley Orgánica del Ambiente. N° 21 (1975-1976) pp. 145-216.
 - La afectación de las aguas del dominio público a la realización de la Reforma Agraria en el Derecho de aguas vigente. N° 23 (1976-1977) pp. 155-206.
 - Estado e ideología. N° 27 (1979-1980) pp. 41-90.
 - El régimen jurídico de las zonas verdes urbanas y el anteproyecto de Ordenanza de zonas verdes y recreativas. N° 28 (1979-1980) pp. 215-302.

- Principios rectores para la ordenación territorial de las regiones litorales. N° 29 (1980-1981) pp. 131-272.
- Las relaciones entre Derecho y Ambiente. N° 32 (1981-1982) pp. 143-160.
- El régimen jurídico administrativo vigente del control de explotaciones de los minerales a que se refiere el artículo 7° de la Ley de Minas. N° 33 (1981-1982 – 1983-1984) pp. 257-284.

MELICH ORSINI, José.

- El régimen de los bienes en el matrimonio y la reforma del Código Civil de 1982. N° 34 (1984-1985) pp. 229-298.
- La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva. N° 54 (1999) pp. 55-96.

MÉNDEZ DIB, Aquiles J.

- Las sociedades anónimas de capital autorizado. N° 26 (1978-1979) pp. 193-218.

MENDOZA, Carlos.

- Revalorización de activos de balance. N° 20 (1974-1975) pp. 171-182.
- Nuestro ordenamiento legal sobre capital autorizado, capital suscrito y capital pagado en las compañías anónimas frente a las normas de contabilidad que se

les está aplicando. N° 23 (1976-1977) pp. 295-310.

MEZGRAVIS, Andrés.

- Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje. N° 50 (1996) pp. 365-390.
- Competencia Procesal Internacional Vs. Jurisdicción: la añorada unificación terminológica. N° 56 (2001) pp. 391-398.

MIJARES ULLOA, Luis A.

- Comentarios a la Ley de seguro social obligatorio. N° 4 (1966-1967) pp. 257-292.

MIZRACHI, Ezra.

- La concesión de obra pública para la construcción de autopistas. N° 28 (1979-1980) pp. 153-178.

MOGOLLÓN R., Ivor D.

- Consideraciones sobre el Arbitraje en materia de propiedad intelectual. N° 55 (2000) pp. 15-34.

MONTES, Ángel Cristóbal.

- Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano. N° 2 (1966) pp. 36-56.
- La adquisición "A Non Domini". N° 3 (1966-1967) pp. 36-63.
- Consideraciones generales sobre la venta de herencia. N° 5 (1967-1968) pp. 59-100.

- Naturaleza jurídica de la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en su perjuicio por el deudor. N° 7 (1968-1969) pp. 129-184.
- El beneficio de separación en el derecho romano. N° 9 (1969-1970) pp. 9-42.
- El supuesto de hecho del artículo 1984 del Código civil venezolano (Los presupuestos de la disminución de la garantía hipotecaria). N° 11 (1970-1971) pp. 55-144.
- La Autonomía del Contrato de Descuento y la Jurisprudencia Venezolana. N° 12 (1970-1971) pp. 231-250.
- Algunos aspectos del régimen de la oferta pública de título-valores en Venezuela. Análisis de la Ley de Capitales. N° 16 (1972-1973) pp. 107-190.
- En torno a la reforma del Código de Comercio. N° 25 (1977-1978) pp. 283-386.

MORA KIMLEN, Chang.

- El artesano en el Código de Comercio de Venezuela. N° 34 (1984-1985) pp. 299-358.

MORAIS, María Gracia.

- La Constitución venezolana y la Ley de Régimen Penitenciario. Compatibilidades y Contradicciones. N° 44 (1992) pp. 75-106.
- Resultados y conclusiones de la investigación sobre el régimen de las empresas de vigilancia privada y su normativa jurídica en Venezuela. N° 53 (1999) pp. 217-246.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo.

- El seguro de riesgo objetivo. N° 9 (1969-1970) pp. 118-137.

MUCI-ABRAHAM, José (Hijo).

- La estipulación de intereses en el pagaré. N° 1 (1965) pp. 100-117.
- Transferencia de créditos pagaderos con bonos no transferibles de la deuda agraria. N° 6 (1967-1968) pp. 60-73.
- Novísima legislación peruana sobre título-valores (Ley n° 16.587). N° 6 (1967-1968) pp. 160-170.
- Fuentes de Derecho Positivo venezolano sobre cuenta corriente. N° 8 (1968-1969) pp. 199-213.
- Seguros. Un caso de delegación novatoria pasiva. N° 11 (1970-1971) pp. 268-274.
- Asociaciones en Participación. Jurisprudencia y doctrina administrativa, compiladas y anotadas. N° 12 (1970-1971) pp. 195-230.
- La garantía de la cédula hipotecaria. N° 24 (1976-1977) pp. 9-42.

- Consideraciones acerca del régimen legal de la mujer casada que ejerce el comercio. N° 35 (1985-1986) pp. 287-338.
 - La corrección monetaria en el Derecho privado y específicamente en materia de daños y perjuicios. N° 48 (1993) pp. 15-38.
- MUCI-BORJAS, José Antonio.
- Legimitación activa en el contencioso-administrativo. N° 43 (1991) pp.277-310.
- MUCI-FACHIN, Gustavo.
- Brevísimos comentarios al borrador del texto del Proyecto de Normas relativas a la Oferta Pública de Adquisición preparado por la Comisión Nacional de Valores. N° 55 (2000) pp. 57-71.
 - Las fusiones internacionales de sociedades a la luz del derecho venezolano. N° 58 (2003) pp. 55-68.
- MUJICA AMADOR, Vicente.
- La instigación a delinquir. N° 35 (1985-1986) pp. 91-104.
- MULINO, María Concepción
- La nuevas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública y sus implicaciones organizativas y de funcionamiento en la Administración pública venezolana. N° 58 (2003) pp. 183-200.
- NAVARRO, Efrén.
- Los acuerdos Horizontales. N° 57 (2002) pp. 139-172.
- NIKKEN, Pedro.
- La impugnación de la aceptación de herencia por los acreedores personales del heredero. N° 9 (1969-1970) pp. 97-117.
- OCHOA, Oscar.
- Deber de pagar cheques emitidos antes de la muerte del emitente. N° 11 (1970-1971) pp. 145-164.
 - Asociación de cuentas en participación, sociedad accidental e irregular. N° 37 (1986-1987) pp. 383-440.
- OLASO, Luis M.
- Participación política. N° 33 (1981-1982 – 1983-1984) pp. 285-315.
 - Discurso pronunciado en la Procuraduría General de la República el día 24 de octubre de 1985 con motivo del homenaje que esta Institución rindió al Decano Dr. Luis María Olaso. N° 36 (1986-1987) pp. 293-306.
 - La justicia, los derechos humanos y la paz. N° 37 (1986-1987) pp. 547-570.
 - Derechos humanos, ideología y justicia. N° 38 (1986-1987) pp. 11-34.

- El Bien Común Universal. N° 39-40 (1988) pp. 121-148.

OLMOS GIL, Tulio.

- Comentarios al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, "Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación". N° 57 (2002) pp. 301-304.

ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis.

- El Amparo Constitucional frente al Acto Administrativo. N° 41 (1989) pp. 485-561.

ORTIZ-ORTÍZ, Rafael.

- El existencialismo de Kierkegaard con especial referencia al método fenomenológico y su proyección en el campo del derecho. N° 43 (1991) pp. 311-355.
- Triple formulación del imperativo categórico kantiano y otros aspectos de su ética. N° 44 (1992) pp. 245-274).
- Ensayo sobre los principios metafísicos del Derecho en la Filosofía Crítica Kantiana. N° 45 (1992) pp. 123-192.
- Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho. Importancia de los estudios sobre Filosofía del Derecho en nuestro medio jurídico. N° 46 (1993) pp. 137-179.
- La tutela constitucional preventiva y anticipativa como reestable-

cimiento inmediato de lesiones constitucionales. N° 57 (2002) pp. 115-137.

- Axiología y Constitución. Hacia una Teoría Política de las Libertades. N° 58 (2003) pp. 13-54.

OTIS RODNER, James.

- La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho venezolano y la monografía de Ángel Rojo. N° 23 (1976-1977) pp. 235-258.
- Obligaciones en moneda extranjera. N° 24 (1976-1977) pp. 97-178.
- La inflación y el contrato; el uso de cláusulas de valor en el Derecho Civil Venezolano. N° 26 (1978-1979) pp. 63-146.
- Notas sobre la subordinación de crédito. N° 27 (1979-1980) pp. 165-220.

PADRÓN AMARÉ, Carlos.

- La prescripción en materia de impuesto sobre la renta. Comentarios a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en la sala político-administrativa en fecha 15 de julio de 1964. N° 1 (1965) pp. 217-244.
- El control fiscal en el impuesto sobre la renta. N° 8 (1968-1969) pp. 86-114.

PÁEZ PUMAR, Oswaldo.

- Reflexiones sobre las relaciones entre América Latina y los Esta-

dos Unidos. N° 20 (1974-1975) pp. 229-240.

PARRA, Rómulo.

- Los regímenes especiales en la nueva Ley Orgánica del Trabajo. N° 42 (1991) pp. 191-206.
- El derecho a ejercer cargos públicos y sus limitaciones. N° 48 (1993) pp. 39-69.

PARRA ARANGUREN, Fernando.

- La situación laboral en Venezuela en 1916. N° 3 (1966-1967) pp. 155-238.
- Proyectos de leyes laborales venezolanas de 1916. N° 8 (1968-1969) pp. 214-230.
- Comentarios sobre algunas disposiciones del Título I de la Ley Orgánica del Trabajo. N° 42 (1991) pp. 155-190.
- La Cláusula Sindical en el derecho venezolano. N° 42 (1991) pp. 305-377.
- La indemnización por antigüedad prevista en la Ley Orgánica del Trabajo. N° 43 (1991) pp. 483-513.
- Notas sobre las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo. N° 45 (1992) pp. 363-367.
- Las disposiciones constitucionales en materia de trabajo: Propuestas para su reforma. N° 49 (1994) pp. 107-126.

- Administración de justicia, interpretación de la Norma Fundamental y la Sala Constitucional. N° 58 (2003) pp. 91-96.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo.

- Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero en Venezuela. N° 1 (1965) pp. 118-165.
- Los antecedentes de la codificación civil y el derecho internacional privado venezolano (1810-1863). N° 2 (1966) pp. 78-143.
- La nacionalidad venezolana de los inmigrados en el siglo XIX. N° 7 (1968-1969) pp. 27-128.
- La Nacionalidad Venezolana en la Constitución de 1857. N° 10 (1969-1970) pp. 9-102.
- La influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en el proyecto de Código civil publicado en 1869. N° 11 (1970-1971) pp. 9-54.
- Los preceptos atributivos de nacionalidad en la Constitución Federal de 1864. N° 12 (1970-1971) pp. 9-128.
- La Ley de Naturalización de 1865 y la Constitución Federal de 1864. N° 13 (1971-1972) pp. 9-116.
- La citación de los no presentes en la República. N° 15 (1972-1973) pp. 9-147.
- Los precedentes venezolanos del Código Bustamante. N° 17 (1973-1974) pp. 9-118.

- La revisión del Código Bustamante. N° 18 (1973-1974) pp. 9-132.
- Las obligaciones extra-contratuales en Derecho Internacional Privado. N° 20 (1974-1975) pp. 9-65.
- El acuerdo Hispano-Venezolano de 1974 sobre intercambio de información en el otorgamiento de nacionalidad. N° 21 (1975-1976) pp. 9-24.
- El Acuerdo boliviano sobre ejecución de actos extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana. N° 22 (1975-1976) pp. 9-132.
- La condición jurídica de los venezolanos por naturalización. N° 23 (1976-1977) pp. 9-154.
- Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario del nombre civil en el Derecho Internacional Privado Venezolano. N° 24 (1976-1977) pp. 43-96.
- La Legislación Venezolana de Emergencia y el Tribunal Nacional de Reparaciones de Guerra. N° 25 (1977-1978) pp. 91-130.
- El impacto del proceso de Integración Económica Latinoamericana sobre las normas convencionales de Derecho Internacional Privado. N° 26 (1978-1979) pp. 9-62.
- Las seis convenciones suscritas en Panamá (1957) sobre Derecho Internacional Privado. N° 27 (1979-1980) pp. 9-40.
- Perspectiva histórica de los efectos de naturalización venezolana del progenitor sobre sus hijos. N° 28 (1979-1980) pp. 9-152.
- Análisis histórico de los efectos automáticos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada en Venezuela (1821-1947). N° 29 (1980-1981) pp. 9-130.
- Análisis histórico de los efectos automáticos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada en Venezuela (1821-1947) (Continuación). N° 30 (1980-1981) pp. 9-134.
- El juicio previo de exequatur y la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela. N° 31 (1981-1982) pp. 9-150.
- Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado. N° 32 (1981-1982) pp. 73-114.
- La Tercera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP – III, La Paz, 1985). N° 33 (1981-1982 – 1983-1984) pp. 9-112.
- La Tercera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP – III, La Paz, 1984). N° 34 (1984-1985) pp. 9-100.

- Legislación uniforme sobre la compra-venta internacional de mercaderías. N° 35 (1985-1986) pp. 9-90.
 - Legislación uniforme sobre la compra-venta internacional de mercaderías (continuación). N° 36 (1986-1987) pp. 207-268.
 - La Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado. N° 37 (1986-1987) pp. 169-298.
 - Normas de Derecho Procesal Civil Internacional. N° 38 (1986-1987) pp. 187-214.
 - La solicitud para obtener el exequátur de las sentencias extranjeras en Venezuela. N° 39-40 (1988) pp. 245-359.
 - La Convención de las Naciones Unidas sobre las letras de cambio internacionales y pagarés internacionales. N° 41 (1989) pp. 11-235.
 - Las recientes modificaciones del Derecho Internacional Privado en el hemisferio americano. N° 43 (1991) pp. 357-443.
 - El Sistema de Derecho Romano Actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania. N° 49 (1994) pp. 127-227.
- PARRA FEBRES, Alberto.
- El régimen de los dividendos en la vigente Ley de Impuesto sobre la Renta Venezolana. N° 45 (1992) pp. 193-203.
- PEDEMONTE, Susana.
- La Relación del Juez, las Partes y los Abogados. N° 59 (2004) pp. 301-306.
- PEDRO, Antonio de.
- Los funcionarios públicos en la Ley Orgánica del Trabajo. N° 42 (1991) pp. 107-119.
- PENISSE IANTORNO DE MACHADO, M. Soledad.
- La legitimación, su relación con la existencia del caso y la acción meramente Declarativa como vía de control de constitucionalidad. N° 58 (2003) pp. 231-244.
- PERDOMO, Juan Rafael.
- Incidencia de la reforma laboral en relación a los intermediarios de seguros. N° 53 (1999) pp. 81-110.
- PERAZZO, José Gregorio.
- Reflexiones sobre la legitimación activa en el amparo constitucional. N° 56 (2001) pp. 15-41.
- PÉREZ CAMPOS, Magaly.
- Hechos y valores en la Teoría de la justicia de John Rawls. N° 47 (1993) pp. 45-59.
- PÉREZ CASTRO, Carlos.
- Préstamo de Títulos Valores. N° 56 (2001) pp. 271-330.

- Operaciones bursátiles a plazo (Contratos Forward). N° 57 (2002) pp. 199-256.

PÉREZ ESTADE, Efraín.

- Cuestiones de Derecho Público en la aplicación del Convenio sobre diversidad biológica. N° 51 (1997) pp. 457-477.

PÉREZ LUCIANI, Gonzalo.

- El control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes no normativas, aprobatorias de contratos, N° 2 (1966) pp. 207-232.
- El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales. N° 4 (1966-1967) pp. 293-336.
- Actos administrativos que en Venezuela escapan al recurso contencioso de anulación. N° 6 (1967-1968) pp. 171-204.
- El control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de organización interna de las cámaras legislativas. N° 8 (1968-1969) pp. 191-198.

PÉREZ LLANTADA, Fernando.

- La defensa social. N° 9 (1969-1970) pp. 43-96.
- La violación, la homosexualidad y el incesto en Derecho penal comparado. N° 14 (1971-1972) pp. 75-128.

- La propiedad. N° 19 (1974-1975) pp. 275-300.

- Computación y Ética. N° 39-40 (1988) pp. 9-24.

PÉREZ VIVAS, A.

- Introducción al estudio de los caracteres que definen la personalidad en derecho administrativo. N° 6 (1967-1968) pp. 74-89.

PEROZO PIÑANGO, Gabriel.

- El acta policial. N° 18 (1973-1974) pp. 279-296.

PERRET GENTIL, Otho.

- Anotaciones a la Ley de empresas de seguros y reaseguros. N° 2 (1966) pp. 189-206.

PESCI FELTRI, Flavia.

- La competencia desleal en el sistema venezolano de Derecho de la Competencia. N° 56 (2001) pp. 197-236.

PESCI FELTRI, Mario.

- Reflexiones sobre el régimen de las Cuestiones Previas en el Código de Procedimiento Civil. N° 50 (1996) pp. 215-236.

PETZOLD PERNÍA, Hermann.

- La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana. N° 47 (1993) pp. 61-81.

PEYRANO, Jorge W.

- La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil. N° 57 (2002) pp. 395-414.

PIACENZA, Eduardo.

- Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación. N° 57 (2002) pp. 275-300.

PISANI RICCI, María Auxiliadora.

- Anotaciones sobre el concepto de comerciante individual. N° 4 (1966-1967) pp. 69-93.
- La caducidad en el cheque. N° 43 (1991) pp. 445-462.

PITTIER SUCRE, Emilio.

- El pago anticipado de la antigüedad. N° 15 (1972-1973) pp. 186-200.

PLANCHART POCATERRA, Pedro Luis.

- Notas sobre el numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras. N° 53 (1999) pp. 111-122.

PLAZ BRUZUAL, René.

- Los Derechos Humanos y el amparo constitucional. N° 37 (1986-1987) pp. 145-168.

POLEO, Luisa.

- El derecho religioso y sus aplicaciones en las jurisdicciones civiles y religiosas venezolanas. N° 52 (1998) pp. 355-384.

QUEREMEL, Raúl.

- Algunas consideraciones sobre el “término de distancia” en la citación para la contestación de la demanda. N° 50 (1996) pp. 163-178.

QUINTERO, Jesús Ramón.

- La cuestión central de dos sentencias y un voto salvado. N° 9 (1969-1970) pp. 157-208.
- Nuevas consideraciones sobre el amparo. N° 10 (1969-1970) pp. 185-202.
- La vigencia anticipada de los institutos del “procedimiento por admisión de hechos” y de los “acuerdos reparatorios” en el Código Orgánico Procesal Penal. N° 53 (1999) pp. 159-188.

QUINTERO TIRADO, Mariolga.

- Mecanismos procesales de protección al Ambiente. N° 51 (1997) pp. 79-93.

RAMOS DE LA ROSA, Emilio.

- La concesión de obra pública para la construcción de autopistas. N° 28 (1979-1980) pp. 153-178.

REBOLLO PUIG, Manuel

- El principio de la legalidad de la Administración. N° 60-61 (2005-2006) pp. 279-313

REJÓN DE CHACÓN, Laura.

- El corretaje mercantil. N° 35 (1985-1986) pp. 225-246.

RENGEL-ROMBERG, Arístides.

- Del procedimiento civil al procesalismo científico. N° 1 (1965) pp. 166-182.
- El proceso civil. N° 2 (1966) pp. 144-188.
- La justicia y el proyecto de Código de Procedimiento Civil presentado por el Ejecutivo al Senado de la República. N° 25 (1977-1978) pp. 33-90.
- Proyecto de Ley de la carrera judicial y exposición de motivos. N° 27 (1979-1980) pp. 221-260.
- Admisibilidad del recurso de plena jurisdicción contra reparos de la Contraloría. N° 28 (1979-1980) pp. 195-214.
- Medidas Cautelares Innomina-das. N° 51 (1997) pp. 287-316.
- Reforma del Poder Judicial. El Consejo de la Judicatura. N° 56 (2001) pp. 331-390.

REYERO ÁLVAREZ, Rafael.

- Seguro marítimo carga-casco y maquinaria y protección e indemnización. N° 52 (1998) pp. 197-219.

REYES, María Eugenia.

- El amparo constitucional. N° 37 (1986-1987) pp. 605-658.

REYES, Pedro Miguel.

- Insuficiencia de los controles tradicionales sobre la Administración. N° 39-40 (1988) pp. 199-219.

REYNA, Manuel.

- Proyecto de reforma del artículo 1° de la Ley de expropiación. N° 3 (1966-1967) pp. 9-35.

RIVAS, Ángel César.

- El Derecho de Comercio, de cambio, de quiebra y marítimo de Venezuela. N° 13 (1971-1972) 203-284.
- De las sociedades extranjeras en Venezuela. N° 17 (1973-1974) pp. 277-286.

RIVERO ORTEGA, Ricardo

- Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de España. N° 60-61 (2005-2006) pp. 315-337.

RODRÍGUEZ, Gladys J.

- Diferencia entre la empresa legislada en nuestro Código de Comercio y el concepto moderno de comerciante y empresario y a la empresa con el Fondo de Comercio. N° 42 (1991) pp. 405-424.

RODRÍGUEZ, Manuel.

- La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. N° 57 (2002) pp. 93-114.

RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio.

- Las sociedades de caución mutua en el Derecho Comparado. N° 30 (1980-1981) pp. 265-302.
- Pagaré en dólares del Banco Central de Venezuela para el pago de las cartas de crédito (Algunas consideraciones jurídicas). N° 41 (1989) pp. 459-474.
- Algunas consideraciones sobre la nueva Ley de Política Habitacional y la instrumentalización de nuevos mecanismos de captación de recursos a largo plazo. N° 54 (1999) pp. 119-124.
- Arte y Derecho (Algunas reflexiones sobre los instrumentos jurídicos tradicionales en la comercialización de las obras de arte). N° 56 (2001) pp. 181-196.

RODRÍGUEZ CIRIMELE, Alejandro.

- Aspectos generales de los recursos en el proceso civil. N° 12 (1970-1971) pp. 129-171.

RODRÍGUEZ COSTA, Manuel.

- Reflexiones sobre la legitimación activa en el amparo constitucional. N° 56 (2001) pp. 15-41.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando.

- Municipio, turismo y derecho. N° 43 (1991) pp. 463-480.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nelson.

- Sobre la independencia y la autonomía judicial: la carrera judicial y la inamovilidad de los jueces. N° 45 (1992) pp. 205-218.

ROMERO MENDOZA, Alfredo.

- Aspectos jurídicos financieros de las concesiones y el "Project financing" en Venezuela. N° 54 (1999) pp. 15-37.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard.

- Poder judicial y propiedad intelectual. Debilidades y fortalezas. N° 52 (1998) pp. 305-349.

RONDÓN GARCÍA, Andrea

- ¿Publicización del Derecho Privado? Notas para una reivindicación del Derecho Privado ante el desbordamiento actual del Derecho Público en Venezuela. N° 60-61 (2005-2006) pp. 201-207.

ROSALES, Elsie.

- La valoración probatoria en la Ley Orgánica sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas: comentarios jurisprudenciales. N° 47 (1993) pp. 193-224.

ROSITO ARBIA, Giuseppe.

- Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo español y venezolano (análisis de la jurisprudencia venezolana en materia de responsabilidad). N° 43 (1991) pp. 535-564.
- Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela. N° 46 (1993) pp. 363-411.

ROTONDARO GÓMEZ, Álvaro.

- El control ejercido por la Contraloría General de la República sobre los Institutos Oficiales Autónomos. N° 17 (1973-1974) pp. 159-180.

ROUILLÓN, Adolfo A.

- Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza. N° 56 (2001) pp. 419-446.

RUTH, Nelson.

- Insuficiencia de los controles tradicionales sobre la Administración. N° 39-40 (1988) pp. 199-219.

SALAS ABAD, M.

- El artesano en el Código de Comercio de Venezuela. N° 34 (1984-1985) pp. 299-358.

SALGUEIRO, Adolfo Pedro.

- Reflexiones acerca de algunas violaciones del artículo II-ordinal 4 de la Carta de las Naciones Unidas – Hecho Vs. Derecho. N° 17 (1973-1974) pp. 141-158.
- Tratado de delimitación entre Venezuela y las Antillas Neerlandesas. N° 25 (1977-1978) pp. 387-396.

SALVUCHI SALGADO, José Gregorio.

- Legalidad de los aranceles por derecho a inscripción en las universidades nacionales. N° 38 (1986-1987) pp. 125-160.

SAMTLEBEN, Jurgen.

- La relación entre Derecho Internacional Público y Privado en Andrés Bello. N° 30 (1980-1981) pp. 319-336.

SÁNCHEZ, Braulio.

- Ley de sometimiento a juicio y suspensión condicional de la pena. N° 28 (1979-1980) pp. 315-374.

SÁNCHEZ PÉREZ, Tania.

- Las Uniones Matrimoniales de Hecho: ¿Una alternativa al matrimonio tradicional? (Cuba). N° 59 (2004) pp. 285-300.

SANSÓ, Benito.

- La ratificación. N° 5 (1967-1968) pp. 43-58.

SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice.

- Desarrollo de la actividad de control de la constitucionalidad a través de la Jurisprudencia de la Corte en pleno de la Corte Suprema de Justicia (1995). N° 52 (1998) pp. 13-66.
- Validez de la promoción de una prueba de testigo experto y de Informes de un funcionario público. N° 59 (2004) pp. 37-48.

SANTOS, Mabel de los.

- Medidas autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales). N° 53 (1999) pp. 273-296.

SARLO, Oscar.

- Comentarios al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, "Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación". N° 57 (2002) pp. 313-322.

SARMIENTO NÚÑEZ, José Gabriel.

- La nueva Ley de abogados. N° 4 (1966-1967) pp. 213-256.

SARMIENTO SOSA, Carlos.

- La sanción de los ilícitos contra el patrimonio público como delitos de cuello blanco. N° 45 (1992) pp. 219-251.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso.

- Habitualidad y reincidencia. N° 27 (1979-1980) pp. 109-164.
- El trabajo penitenciario en las reglas mínimas de las Naciones Unidas, en las del Consejo de Europa y en el Reglamento Penitenciario Español de 1981. N° 30 (1980-1981) pp. 135-148.
- La criminalidad crítica. N° 30 (1980-1981) pp. 165-186.
- El nuevo Código penal cubano. N° 43 (1991) pp. 517-532.

SILVA TOVAR, Ramón Humberto.

- La proyección social del Pacto Sub-Regional Andino. N° 17 (1973-1974) pp. 181-266.

SISO MAURY, Carlos.

- Documentos fundamentales que deben acompañarse con la solitud de ejecución de hipoteca. N° 13 (1971-1972) pp. 189-202

SOSA BRITO, Domingo.

- Comentarios sobre la sentencia de la Corte Suprema en relación con el artículo 1.615 del Código Civil (1° de febrero de 1982). N° 31 (1981-1982) pp. 151-192.

SOSA CHACÍN, Jorge.

- El agente provocador y sus derivaciones jurídico-penales. N° 1 (1965) pp. 15-99.
- Los conceptos fundamentales de la victimología. N° 8 (1968-1969) pp. 34-85.
- Evolución histórica de la Legislación venezolana en materia de libertad de expresión del pensamiento. N° 19 (1974-1975) pp. 9-50.

SOSA RODRÍGUEZ, Carlos.

- La cuestión de las operaciones para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales por las Naciones Unidas. N° 7 (1968-1969) pp. 9-26.

SUÁREZ, Jorge Luis.

- Evolución de la intervención del Estado en la industria de hidrocarburos. N° 47 (1993) pp. 83-124.

SUREDA DELGADO, Rafael.

- La defensa colectiva americana, orígenes y práctica. N° 35 (1985-1986) pp. 159-224.

TARCHOV, Valentina.

- Algunos aspectos de la sociología en la URSS. N° 26 (1978-1979) pp. 219-270.

TEJERA PARÍS, Enrique.

- La figura del Primer Ministro. N° 46 (1993) pp. 181-191.

THOMAS RIVAS, Rosemary.

- Relación entre las aseguradoras y los productores de seguros. N° 56 (2001) pp. 237-270.

TINOCO SMITH, José Rafael.

- El principio de irregresividad de los derechos y conquistas fundamentales del hombre. N° 44 (1992) pp. 275-287.

TORREALBA NARVÁEZ, Luis.

- Aspectos jurídicos de la participación de la comunidad en Venezuela. N° 36 (1986-1987) pp. 261-292.

TORRES RIVERO, Arturo Luis.

- Última sentencia de Casación en el divorcio Lusinchi -El Derecho al revés- (Comentarios a la Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Accidental, en el juicio de divorcio seguido por el doctor Jaime Lusinchi contra la ciudadana Gladys Castillo de Lusinchi, de 1 de agosto de 1991). N° 44 (1992) pp. 313-399.

TRAVIESO PASSIOS, Alfredo.

- La depreciación de los bienes inmuebles propiedad de personas jurídicas, dados en arrendamien-

- to a terceros, durante el ejercicio fiscal de 1967 bajo el régimen de la nueva Ley de Impuesto sobre la Renta del 16 de diciembre de 1966. N° 16 (1972-1973) pp. 94-106.
- TROCONIS, Jesús Eduardo.
- Venezuela y el Derecho Internacional del Petróleo. N° 18 (1973-1974) pp. 235-248.
- UGAS MARTÍNEZ, Cira E.
- Los Gremios Profesionales y la Libre Competencia. El Caso Venezolano. N° 57 (2002) pp. 173-198.
- URBINA MENDOZA, Emilio J.
- Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación jurídica. N° 58 (2003) pp. 113-144.
 - Apuntes para una ética de la investigación del Derecho en la era digital. N° 60-61 (2005-2006) pp. 261-277-
- URDANETA FONTIVEROS, Enrique.
- Anotaciones jurídicas generales sobre la organización y funcionamiento de la Asamblea de accionistas de una Sociedad que realice oferta pública de sus acciones. N° 30 (1980-1981) pp. 187-206.
- URDANETA S., Carlos Alberto.
- Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano. N° 59 (2004) pp. 49-236.
- URRIOLA, Pedro Pablo.
- Comentarios al trabajo de Marcos R. Carrillo Perera "Elementos autopoieticos en el discurso jurídico". N° 56 (2001) pp. 415-417.
- VALLINA GRISANTI, Manuel.
- La oposición al registro marcario en la ley venezolana. N° 41 (1989) pp. 283-319.
- VANDER DIJS, Miguel.
- Las asociaciones de vecinos y la reforma del sistema político venezolano. N° 45 (1992) pp. 253-286.
 - Estado y economía en Venezuela durante el siglo XX. N° 46 (1993) pp. 235-265.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo.
- Algunas notas sobre el Testamento en Derecho Portorriqueño. N° 51 (1997) pp. 375-454.
- VEGAS ROLANDO, Nicolás.
- Caracteres y campo de aplicación de la legislación de inquilinato. N° 5 (1967-1968) pp. 147-159.

VENEGAS FRANCO, Alejandro.

- Evolución y perspectivas de la protección del asegurado. N° 58 (2003) pp. 283-298.

VETHENCOURT VELAZCO, Belkys.

- Los fundamentos políticos y constitucionales del Estado venezolano. N° 29 (1980-1981) pp. 273-366.

VIANA, Mikel de.

- La novedad de la Rerum Novarum de León XIII. N° 43 (1991) pp. 93-109.

VILLALOBOS, Horacio Guillermo.

- Algunos aspectos de la Ley de medidas especiales para atender las consecuencias del sismo. N° 8 (1968-1969) pp. 115-140.

ZALDÍVAR, Manuel.

- Consideraciones acerca del régimen legal de la mujer casada que ejerce el comercio. N° 35 (1985-1986) pp. 287-338.

ZAMBRANO VELASCO, José Alberto.

- La estructura de la obligación. N° 3 (1966-1967) pp. 89-154.

ZERPA, Levis Ignacio.

- La motivación de la sentencia. Criterios de la Sala de Casación Civil. N° 53 (1999) pp. 189-216.

Normas para la recepción y publicación de trabajos en la Revista de la Facultad de Derecho

Aprobados por el Consejo Editorial de la Revista en su sesión de fecha 10 de abril de 2008

1. Naturaleza de los trabajos: Los trabajos a ser publicados en la Revista de la Facultad consistirán en artículos resultantes de un proceso de investigación con una sólida sustentación bibliográfica, que por su actualidad y vigencia, puedan ser considerados como aportes al saber y al conocimiento en las diversas áreas del Derecho.
2. Requisitos para la publicación: El autor interesado en publicar algún trabajo en la Revista deberá remitir a la Facultad de Derecho, dentro del lapso previsto para la recepción de obras:
 - i) Una carta solicitando la inserción del trabajo en la Revista, en la que además, se debe garantizar el carácter inédito y la autoría del trabajo.
 - ii) Un ejemplar impreso del trabajo.
 - iii) Un ejemplar impreso de su curriculum vitae actualizado (del último año).
 - iv) El documento de Cesión de Derechos de autor suscrito, según el modelo en uso por la Revista.
 - v) Una hoja separada con un resumen del tema o asunto tratado (máximo 30 líneas a un sólo espacio). Dicho resumen deberá ser remitido en idioma castellano y si fuere posible a su autor también en inglés. En caso de que el autor no pudiese remitir las dos versiones idiomáticas, la Dirección de la Revista proveerá a la

traducción del resumen al Inglés. En la misma hoja separada, el autor indicará los cinco vocablos más utilizados en el contexto del trabajo o artículo, que se suponen sean el tema central de aquél o los más conectados al mismo.

- vi) Un medio físico (preferiblemente CD) que contenga un ejemplar en formato digital .doc (Word para Windows) del trabajo, del curriculum vitae y del resumen del tema. Ambos archivos deben ser de idéntico tenor de los impresos.
3. Presentación del trabajo: La extensión máxima de los trabajos será de 40 cuartillas, incluyendo notas al pie y referencias bibliográficas, según las siguientes especificaciones:
- i) Título: se recomienda que el título de la obra sea lo más concreto posible.
 - ii) Papel: tamaño carta (Bond 20).
 - iii) Interlineado: espacio y medio (1,5).
 - iv) Espacio entre párrafos: 6 puntos.
 - v) Tipo de letra: Arial.
 - vi) Tamaño letra en el texto principal: 12 ptos.
 - vii) Tamaño letra en la nota al pie: 10 ptos.
 - viii) Destacados: sólo se aceptarán destacados en letra cursiva para los títulos, subtítulos, pies de páginas y citas.
 - ix) Citas: deben venir a pie de página.

En caso que el trabajo sobrepase la extensión máxima establecida, el Consejo Editorial podrá acordar su publicación en dos números consecutivos de la Revista.

4. Arbitraje: Los artículos de la Revista serán arbitrados, después de haber sido leídos y aprobados en primera instancia por el Consejo Editorial.

El Consejo Editorial asignará el arbitraje del trabajo a uno o más miembros del Consejo de Arbitraje o árbitros especiales designados al efecto. El árbitro o árbitros asignados emitirán su veredicto dentro de los 45 días siguientes a la fecha de recepción del trabajo, pudiendo recomendar o no al Consejo Editorial la inserción del mismo en la Revista. La decisión de los árbitros se orientará con base en los siguientes criterios:

- i) Exposición diáfana del tema.
- ii) Relevancia y actualidad del mismo.

- iii) Redacción y ortografía.
 - iv) Uso correcto de las fuentes bibliográficas y sus referencias en el texto.
5. Exclusión de responsabilidad: La Revista no responde por la posible fecha de publicación del trabajo, ni asume en modo alguno la defensa o persecución por copias no autorizadas del mismo, ni por la publicación hecha por terceros en otros medios que menoscaben o atenten los derechos de propiedad intelectual.

Esta revista se terminó de imprimir
en Caracas en octubre de 2009
en los talleres de
Editorial Texto, C.A.