

# Revista de la Facultad de Derecho

## Nº 64



Caracas, 2010

ISSN: 0255-5328

Depósito Legal: lf196502DF289



Revista de la Facultad  
de Derecho  
2009 / N° 64

Código de LATINDEX: Folio n° 19150

(<http://www.latindex.org>)

Código de REVENCYT: RVR036

(<http://revencyt.ula.ve>)



Facultad de Derecho  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 2010

## **Revista de la Facultad de Derecho N° 64**

Director: Alberto Baumeister Toledo

Asistente de Dirección: Liliana Fasciani M.

Caracas, 2009

ISSN: 0255-5328

Depósito Legal: lf196502DF289

©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**

Juan Luis Mododell

*Decano de la Facultad de Derecho*

Emilio Píriz Pérez

*Director de Publicaciones UCAB*

Alfredo Parés Salas

*Director de la Escuela de Derecho*

Jesús María Casal

*Director 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 J. Urbina Mendoza

*Asesoría Técnica - Control, metodología e indización*

Jesús María Alvarado

*Apoyo captación autores externos*



### **Consejo de Redacción**

Salvador Yanuzzi

José Antonio Muci

Miguel Mónaco

Benjamín Klar

Carlos Ayala

Andrés Mezgravis

José Vicente Haro

### **Adquisiciones y Canje**

Prof. Emilio Píriz Pérez

Director de Biblioteca

[epiriz@ucab.edu.ve](mailto:epiriz@ucab.edu.ve)

[bchacon@ucab.edu.ve](mailto:bchacon@ucab.edu.ve)

[ucabcanej@yaho.com](mailto:ucabcanej@yaho.com)

Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN

Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO.

FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS

Impreso por: EDITORIAL TEXTO

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

Urbanización Montalbán - La Vega

Apartado Postal 20332 - Caracas 1020 - Venezuela

Teléfonos: 4074700 Ext. 207 y 208. Fax:4713307

# Índice

<i>Editorial</i> por Emilio J. Urbina Mendoza .....	5
<b>Sección de Doctrina</b>	
NACIONAL	
<b>Administrativo</b>	
<i>Algunas consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el Expediente Administrativo</i> por Cosimina G. Pellegrino Pacera .....	11
<b>Agrario</b>	
<i>La hermenéutica en el derecho agrario venezolano</i> por Edgar D. Núñez Alcántara.....	41
<b>Arbitraje</b>	
<i>Nueva dimensión jurídica de la cláusula arbitral en Venezuela</i> por Irma Lovera De Sola.....	123
<b>Bancario</b>	
<i>La Ley general de bancos y otras instituciones financieras de 2009 y el “aporte” de la banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE). Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global</i> por José Antonio Muci Borjas.....	141
<b>Constitucional</b>	
<i>El derecho de propiedad en la ley de tierras urbanas</i> por Carlos García Soto .....	163

## **Electoral**

*Reformas en el sistema electoral egipcio bajo el gobierno de Hosni Mubarak: ¿Consagración de un sistema electoral democrático o dinastía sucesoral?*

por Adriana Magdalena Boersner Herrera..... 173

## **Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Ética jurídica**

*El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y jueza venezolana y la Ética de la interpretación jurídica*

por Emilio J. Urbina Mendoza ..... 207

## **Organización administrativa**

*La descentralización y el Consejo Federal de Gobierno*

por Rodrigo Lares Bassa ..... 223

## **Procesal**

*El derecho procesal constitucional trasnacional*

por Alejandro González Valenzuela..... 243

## **EXTRANJERA**

*Derecho de la administración pública y derecho administrativo*

por Manuel Rebollo Puig ..... 299

Normas para la publicación de la revista ..... 347

## Editorial

En junio de 2009, quien suscribe, decidió asumir un compromiso con el alma Mater ucabista: *consolidar el esfuerzo editorial de la Revista de la Facultad de Derecho UCAB*. El trabajo desplegado por su Director en sus últimos quince años, profesor Alberto Baumeister Toledo, requería de colaboración desinteresada ante el esfuerzo casi “quijotesco” que implica gerenciar una revista científica en estos días de franca sequía intelectual. Para llevar a buen puerto el arraigo y el compromiso de la publicación que hoy tiene en sus manos, fue necesario establecer las coordenadas de acción ante el poderoso firmamento de las buenas intenciones, éste último, responsable muchas veces por vaciar los sueños y silenciar las iniciativas. Así, decidimos poner en marcha un plan que siguiera los pasos de la tradición que ha acompañado a nuestra revista a lo largo de cuatro décadas de existencia sin que esto significara la concreción de una nueva revista o la siempre nada agradable calificación de “nueva época”. La *Revista de la Facultad de Derecho UCAB* es y será por siempre la misma con su identidad ucabista bien definida.

Con la edición de este número (64), se culmina otra etapa. Como bien se puede verificar en las efemérides de una publicación periódica, éstas siguen un compás de retos. En el caso que nos concierne, podemos encontrar que su historia está marcada por las transformaciones del Derecho venezolano. Para 1979, las editoriales daban cuenta de cómo la Facultad de Derecho había dejado de ser aquel pequeño edificio con la familiaridad de sus integrantes para dar paso a la masiva expansión estudiantil y la tecnificación de su componente docente. A mediados de

los años 90, se tomó muy en serio el fenómeno de la globalización, que permitiría la apertura de una sección especializada de doctrina extranjera con sólidos estudios más allá del simple comentario legislativo o jurisprudencial<sup>1</sup>.

En este rendir cuentas, no con la tilde melancólica de Joseph Brodsky o la calidad moral de nuestro mundo fotografiada por Aldous Huxley, nos corresponde expresar el trabajo de un año completo al frente de esta responsabilidad, con sus seis (6) números editados durante el período 2005-2009. El primer aspecto fundamental se centra en la revisión de aquellos factores que históricamente han gravitado contra toda publicación periódica jurídica en Venezuela. Como bien se hizo mención en la editorial del número 60-61, estas turbulencias pueden dejarse atrás. La segunda meta operativa ha sido el compromiso logrado con el Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, al vincular su staff de prestigiosos investigadores al quehacer editorial. Y, finalmente, el tercer punto de cuenta radica en la indexación total de la Revista de la Facultad de Derecho UCAB en los índices REVENCYT, LATINDEX y CLASE-UNAM.

El presente número coincidió con dos hitos de la vida jurídica nacional, de suma actualidad e interés para el abogado o estudioso del Derecho en Venezuela. Primero, el arribo del primer centenario de la cátedra de Derecho Administrativo en nuestro país y su renovada dogmática que hoy por hoy ocupa la suerte profesional de cientos de colegas dedicados a esta rama. Segundo, la aprobación de tres polémicos textos legales abrió el compás para la inquietud intelectual sobre los modelos de Estado y sus cometidos en ellos plasmados. Dichos instrumentos normativos son el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana, la Ley de Tierras Urbanas y la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, ésta última, motivada por la sectorizada crisis bancaria que afectó a una decena de bancos e instituciones de ahorro y préstamo a finales del año 2009, reviviendo algunas caras lecciones del *default* sufrido por el sector financiero venezolano en 1994.

Siguiendo estos significativos hechos de la vida jurídica nacional, la Dirección decidió incorporar en la sección “Doctrina Nacional”, trabajos que elucidaran aunque sea aspectos parciales de aquéllos. Así, iniciamos

---

1 Véase BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. “Editorial”. En: Revista de la Facultad de Derecho UCAB. Caracas, Facultad de Derecho, número 55 (2000).

con el artículo de la profesora Cosimina G. Pellegrino Pacera bajo el título *Algunas consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el Expediente Administrativo*. En dicho trabajo se abordan las dos instituciones del Derecho administrativo formal con más trascendencia dentro del Estado social de Derecho. Seguidamente, el catedrático en Derecho procesal y Derecho agrario, profesor Édgar Darío Núñez Alcántara, nos ilustra con unas elucidaciones a la luz del siglo XXI, de lo que implica releer el Derecho agrario en Venezuela. Se intitula el mismo *La hermenéutica del Derecho Agrario venezolano*. En el apartado sobre Arbitraje, se incluye un estudio de la profesora Irma Lovera De Sola, con el sugestivo título *Nueva dimensión jurídica de la cláusula arbitral en Venezuela*. Allí se revisan los pormenores del estado actual de uno de los temas con mayor proyección hacia el futuro, como es el arbitraje por sus consabidos beneficios en medio de un sistema procesal con graves problemas.

Prosigue la sección doctrina con las reflexiones académicas del profesor ucabista, José Antonio Muci Borjas, al analizar *La Ley general de bancos y otras instituciones financieras de 2009 y el "aporte" de la banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE). Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global*. Cierra la sección dedicada al Derecho constitucional, el abordaje que puntualiza sobre *El derecho de propiedad en la ley de tierras urbanas*, el profesor Carlos García Soto en su actualizado trabajo ya identificado.

Este número incorpora un renovado trabajo de Derecho comparado, confeccionado por la profesora Magdalena Boersner Herrera que lleva por nominativo *Reformas en el sistema electoral egipcio bajo el gobierno de Hosni Mubarak: ¿Consagración de un sistema electoral democrático o dinastía sucesoral?* A continuación, dentro de la Filosofía del Derecho y la Ética jurídica, el profesor de la UCAB, Emilio J. Urbina Mendoza, analiza a fondo una de las innovaciones del nuevo Código de Ética judicial venezolano como es la interpretación judicial. Su trabajo lleva el nombre de *El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y jueza venezolana y la Ética de la interpretación jurídica*. En el departamento dedicado a la organización administrativa venezolana, el profesor ucevista, Rodrigo Lares Bassa, nos explicita los pormenores de la recientemente aprobada Ley del Consejo Federal de Gobierno con un trabajo intitulado *La descentralización y el Consejo Federal de Gobierno*. Cierra la sección de doctrina nacional, *El derecho procesal constitucional*



*transnacional* del profesor Alejandro González Valenzuela, en el cual, se abordan los pormenores de estas nuevas connotaciones de la dogmática jurídica comparada.

Para la sección Doctrina Extranjera, este número incorpora el trabajo del catedrático Manuel Rebollo Puig, donde se analiza el esquema teórico del Derecho Administrativo. El trabajo se intitula *Derecho de la administración pública y derecho administrativo*.

Como ha sido justicia en los últimos cinco números, es necesario agradecer el tesón y cuidado del profesor Jesús María Alvarado Andrade, quien bajo el silencio creador ha sabido cosechar buenos réditos del trabajo académico y el siempre fascinante mundo de las revistas científicas. También quisiera reconocer en esta oportunidad, la confianza depositada en nosotros por nominativos ucabistas de fuste como son el profesor Emilio Píriz Pérez, el profesor Jesús María Casal Hernández y el Señor profesor Alfredo Parés Salas, Director de la Escuela de Derecho UCAB. Sus votos a nuestro favor para llevar a buen puerto estos números fueron clave, así como, del gran artífice, el Director de la Revista, profesor Alberto Baumeister Toledo. Esperamos haber cubierto todas las expectativas académicas en estos tiempos de transición para la Decana de las publicaciones periódicas de la UCAB.

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

DOCTRINA





# Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el Expediente Administrativo

Cosimina G. Pellegrino Pacera\*

## RESUMEN

El procedimiento administrativo es el conjunto de actos jurídicamente regulados. Es la forma jurídica en que actúa la Administración; su *modus procedendi*. En el procedimiento administrativo se aplican una serie de principios que sirven de garantía para el administrado en la tramitación del expediente. Dichos principios surgen de las normas jurídicas, constitucionales y legales, así como de la jurisprudencia y la doctrina, que a lo largo de la historia han ido tomando un protagonismo importante, y que en la actualidad, desconocerlos, resulta casi imposible.

## PALABRAS CLAVE

procedimiento administrativo, principios, acto administrativo, expediente administrativo.

## ABSTRACT

The administrative procedure is a whole of legal acts linked one to other. It is the legal way to act the administration, its *modus procedendi*. In the administrative procedure, associated principles are applied so they are used as a guarantee by the administered to process the file. This principles come up from legal and constitutional rules, and also from law and doctrine which have had an important role in the history. At this moment, to ignore them is nearly impossible.

## KEY WORDS

administrative procedure, principles, act administrative, file administrative.

## INTRODUCCIÓN

El tema del procedimiento administrativo es, de singular importancia, porque constituye una de las conquistas más importantes del Estado de Derecho, toda vez que denota la idea de un camino a recorrer que

\* Universidad Central de Venezuela, Abogada Mención *Magna Cum Laude*, Especialista en Derecho Administrativo, Doctora en Ciencias, Mención Derecho. Profesora Contratada por Concurso de Credenciales (1995-2000).

conduce a una finalidad determinada, a una meta determinada, no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos.

En regímenes democráticos es necesario que los ciudadanos conozcan los medios que disponen para la protección de sus derechos y cuáles son sus alcances y limitaciones, y que tales medios sean realmente operativos como técnica de tutela jurídica, y a la vez que se expliciten los medios e instrumentos del poder y la fijación legal de su alcance e incumbencia.

No basta la simple consagración normativa constitucional de los derechos subjetivos y de las libertades públicas para que el ejercicio de los mismos esté asegurado, sino que también es indispensable que el ordenamiento jurídico facilite los medios instrumentales para el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, y precisamente, entre esos medios instrumentales ubicamos al *procedimiento administrativo*, que es el instrumento más idóneo que el Derecho arbitra como reaseguro contra los desbordes del obrar de la Administración del Estado. De hecho, en la relación entre Administración Pública y administrado, es el procedimiento administrativo el instrumento que protege tanto el ejercicio de las prerrogativas públicas como el de las garantías individuales, que ostentan respectivamente cada uno de estos sujetos.

Por otra parte, para la producción de cualquier acto administrativo en los distintos organismos del Estado, debe realizarse previamente un procedimiento administrativo a través del cual, no solamente los particulares puedan ejercer su derecho a la defensa, sino que también la Administración Pública establezca los hechos y el derecho aplicable a una determinada situación fáctica, para con ello determinar la procedencia o no de un acto administrativo.<sup>1</sup> Específicamente, el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que deben cumplir la Administración y los administrados. Es el conducto por el cual transita la actuación de la Administración, en donde es de la esencia misma del procedimiento administrativo regular la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

---

1 SUÁREZ, Jorge Luis. *La verdadera naturaleza de los procedimientos administrativos*, en Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo, Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 356.

Al respecto, cabe advertir, que la participación de los administrados tiene lugar en dos (2) momentos. En la primera, relativa a la formación de la voluntad administrativa (procedimiento de primer grado o constitutivo, esto es, a través de peticiones) y, en la segunda, cuando concluye la formación del acto definitivo, a través de la fiscalización, control o impugnación, que se realiza por vía de los recursos administrativos (procedimiento de segundo grado). En efecto, en la preparación de la voluntad administrativa siempre hay administrados implicados o afectados, con los que se genera una relación jurídica por la que la autoridad administrativa e interesados titularizan diversos derechos y deberes.

En realidad, todas las funciones, todos los actos del Estado son metas que sólo pueden alcanzarse a través de determinados caminos establecidos por el Derecho. Como veremos a continuación, el procedimiento administrativo consiste en la serie de actuaciones que ha de realizar la Administración para dictar sus actos jurídicos. Es la vía o el camino que ha de seguir la Administración para llegar a una meta: *el acto administrativo*.

### **1.- Definición de procedimiento administrativo**

Ante todo, se debe aclarar que no venimos a proponer un modelo de procedimiento administrativo universal. Es un espejismo sin consistencia en la realidad política y cultural de muchos Estados ofrecer esta promesa teórica imposible de cumplir.

Asimismo, es necesario advertir que no es posible seguir un mismo procedimiento para el desarrollo de la múltiple y compleja gama de actividades administrativas. Existen tantos procedimientos administrativos como actividades públicas que requieren de las funciones del Estado. Pero la variedad de procedimientos administrativos, no significa principios y reglas procedimentales diferentes.

Las diferencias entre los procedimientos especiales se refieren al objeto y a la naturaleza de los mismos. Estas diferencias se limitan a la iniciativa del procedimiento: de oficio o a solicitud de parte interesada; a los trámites a cumplir; a los plazos; a la carga de la prueba; al régimen particular de los recursos administrativos, etc. No obstante, es común a todo procedimiento, el cumplimiento irrestricto de los principios y reglas establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

tendientes a garantizar los derechos e intereses de los administrados y la eficacia de la actuación administrativa.

Con lo expuesto, en líneas anteriores, podemos afirmar que desde un punto de vista técnico jurídico, el procedimiento administrativo consiste en una pluralidad de actos o en un encadenamiento de actos tramitados según un orden y formas de proceder, en función del fin o del acto perseguido, que es la decisión administrativa que pretende proferir el órgano o ente público. Para llegar a la decisión final, es decir a la meta, el órgano o ente público debe seguir antes de su adopción un camino o vía predeterminada por el derecho.

El procedimiento se refiere a una serie de actos, de diversa naturaleza y función, denominados *actos de trámite*, que comprende incluso, los actos que realizan los particulares al intervenir legítimamente en el mismo, esto es, en procura de la obtención del acto final en el que se contiene la voluntad de la Administración. Es el cauce formal por el que se exterioriza la actuación administrativa del Estado, que por significación jurídica afecta derechos subjetivos.

Está constituido por la serie de actos intermedios de índole peculiar llamados actos de trámite o procedimentales, cumplidos por los administrados o la propia Administración, con la finalidad de preparar el acto terminal o final. En efecto, la Administración desarrolla su actividad fundamental en reglas preordenadas, cuya finalidad esencial es producir un acto administrativo, esos actos que preceden el acto administrativo final, son los actos de trámite.<sup>2</sup> De modo que el procedimiento administrativo está conformado por una “constelación distinta de actos de naturaleza y finalidad distinta, dentro de los cuales se encuentran los actos instrumentales, de trámite o preparatorios; el acto final propiamente dicho y los actos de eficacia de esa decisión final”.<sup>3</sup>

A tal fin, resulta pertinente citar el criterio sostenido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a los actos de trámite, en sentencia N° 659/2000 de 24 de marzo, recaída en el caso *Rosario Noel de Monsalve*:

---

2 PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. “Los actos de trámite en el procedimiento administrativo y su impugnación”, en *Revista de Derecho* N° 26. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, p. 61.

3 *Ibid.*, p. 118.

En su noción de acto de trámite, podemos significar que se trata de uno de los tantos actos coligados entre sí que se presentan a lo largo de un procedimiento administrativo y cuyo objeto fundamental es determinar situaciones o fases de dicho procedimiento, encausándolo y conduciéndolo a la etapa de la decisión final...

Así pues, resulta de capital interés tener claro que los actos de trámite se caracterizan por ser instrumentales respecto al acto final, que es aquel con el que normalmente culmina el procedimiento administrativo.

Lo anterior significa que el procedimiento administrativo constituye una obligación jurídica, cuya ausencia o cumplimiento irregular podrá acarrear un vicio de procedimiento que afectará la decisión o acto final, como lo proclama el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De hecho, conviene recordar, que el incumplimiento total y absoluto del procedimiento legalmente establecido es sancionado con la nulidad absoluta, pues ese incumplimiento absoluto genera indefensión, y la indefensión entraña la violación del derecho fundamental a la defensa, previsto en el artículo 49 de la Constitución venezolana.

## **2.- Principios del procedimiento administrativo**

Se tratarán a continuación los grandes principios que se aplican en general a todos los procedimientos administrativos, que garantizan los derechos del individuo. En efecto, en el procedimiento administrativo se aplica una serie de principios que sirven de garantía para el administrado en la tramitación del expediente. Dichos principios surgen de las normas jurídicas, constitucionales y legales, así como de la jurisprudencia y la doctrina, que a lo largo de la historia han ido tomando un protagonismo importante dentro del procedimiento administrativo, y que en la actualidad, desconocerlos, resulta casi imposible.<sup>4</sup>

Como explicamos en la sección anterior, la finalidad del procedimiento administrativo consiste en la producción de un acto administrativo, y necesariamente para llevar a cabo esa finalidad, se deben respetar ciertos principios.

---

<sup>4</sup> LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *Los principios del procedimiento administrativo*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/12.pdf>



Y, precisamente, uno de los principios cardinales del procedimiento administrativo, es el principio de legalidad, que constituye el parámetro de la actuación administrativa y sobre el cual se construyen otros principios rectores.

### 2.1.- El principio de legalidad

Bajo el imperio del principio de legalidad, recogido en el artículo 137 de la Constitución, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, esto es, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma autoridad pública.

De esta manera, puede decirse que la ley constituye el límite de la Administración, por lo cual:

...las autoridades administrativas no pueden basarse, a falta de leyes expresas, en el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública, pues en tal caso el proceder o las determinaciones de dichas autoridades administrativas se extralimitarían al grado de que los particulares quedarían sujetos a su capricho; al contrario, las autoridades administrativas deben ceñir sus determinaciones a los términos claros y precisos de la ley, porque de lo contrario esas determinaciones conculcarían violación de garantías individuales.<sup>5</sup>

De lo antes expuesto, se infiere que el procedimiento administrativo regulado por una norma jurídica, se convierte en una garantía para la persona, de modo que *“el procedimiento es una garantía con muchas garantías”*. En efecto, el procedimiento administrativo supone la obligación de cumplir la norma que la ley establece, “y ello requiere, por parte de la autoridad, el deber de amoldarse a las formalidades determinadas a tal fin, y en el particular, el derecho de que sean obedecidos dichos requisitos, sirviendo de este modo de garantía de la recta aplicación por la administración de los preceptos legales que regulen el ejercicio de la función”.<sup>6</sup>

---

5 *Ibid.*

6 UBIERNA, José Antonio. *De lo contencioso-administrativo*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1948, p. 86.

Un signo característico de la aplicación del principio de legalidad es el hecho que una vez regulado un procedimiento administrativo, en una ley especial o en una ley general, ese es el procedimiento que debe aplicarse exclusivamente, siendo el único válido y admisible, quedando eliminado todo ámbito de discrecionalidad de la Administración en poder aplicar otro cualquiera.

En efecto, comenta el profesor Brewer-Carías, respecto al principio de exclusividad, como desarrollo del principio del sometimiento de la Administración al derecho, que:

Este es uno de los principios claves de la garantía de los particulares frente a la Administración, el que exclusivamente se aplique el procedimiento que regula la ley, no teniendo el funcionario poder discrecional alguno para aplicar cualquier otro procedimiento, porque si no iría en contradicción con el régimen mismo del procedimiento.<sup>7</sup>

Ciertamente, que la Administración ha de obrar conforme a Derecho. El Derecho es para la Administración un medio, un límite, no un fin.<sup>8</sup>

## 2.2.- *El principio de la seguridad jurídica*

La seguridad jurídica supone la certeza, estabilidad y razonabilidad en las normas y actos que dicten las autoridades públicas, es decir, que este principio se opone a las modificaciones bruscas, ilegítimas o irrazonables. La aplicación del aludido principio en los procedimientos administrativos protege la previsibilidad y transparencia de las normas, con lo cual se tiende a establecer un clima de certeza y claridad a los particulares frente a la Administración.

Al respecto, el catedrático español Pérez Luño, ha expresado respecto al principio de seguridad jurídica, que:

7 BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina*, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", volumen I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, pp. 44-45.

8 ROYO VILLANOVA, Segismundo. *El procedimiento Administrativo como garantía jurídica*, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_048\\_054.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_054.pdf).

La certeza del derecho se traduce, básicamente, en el conocimiento previo de los ciudadanos de las consecuencias de sus actos, con lo cual se tiende a establecer un clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, En igual medida, ese clima se consolida, cuando el conocimiento certero de las consecuencias jurídicas de los actos se refiere a los de la Administración.<sup>9</sup>

Asimismo, resulta conveniente mencionar la sentencia N° 570/2005 de 10 de marzo, de la Sala Político-Administrativa, bajo la ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, recaída en el caso *Hyundai Consorcio*, la cual se expresó sobre el principio de seguridad jurídica, en los términos siguientes:

...el principio de seguridad jurídica, protege la confianza de los administrados que ajustan su conducta a la legislación vigente. Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de la Administración en la aplicación del Derecho.

En tal sentido, el principio de seguridad jurídica exige que la actuación de la Administración esté ajustada al poder conferido por la norma legal dentro del marco de las competencias previamente atribuidas, y por consiguiente, a la conservación de los actos de la Administración.

El derivado fundamental de este principio es que la Administración debe ser coherente con las reglas de derecho aplicables y con su propia actuación, motivo por el cual podemos afirmar que de este principio de seguridad jurídica deriva otro principio fundamental del procedimiento administrativo, que es la coherencia de la actuación pública.

---

9 PÉREZ LUÑO, Antonio E. *La seguridad jurídica*. Barcelona, España, 1991, citado por TORO DUPOUY, María Elena. *El principio de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativa*. IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, volumen II, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006, p. 386.

### 2.3.- Principio de coherencia de la actuación pública

En efecto, como hemos señalado, el actuar de los organismos del Estado, debe ser coherente, y la coherencia implica “resolver de manera similar las situaciones análogas en respeto al principio de igualdad”.<sup>10</sup>

En Venezuela, la exigencia de este principio está prevista en los artículos 11, 12 y 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a través de los cuales imponen a la Administración una actuación conforme a los principios de racionalidad, proporcionalidad y veracidad y le impiden aplicar nuevos criterios a situaciones consolidadas.

Los artículos antes citados, consagran expresamente, que:

Artículo 11. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.

Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Artículo 32. Los documentos y expedientes administrativos deberán ser uniformes de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características. El administrado podrá adjuntar, en todo caso, al expediente, los escritos que estime necesarios para la aclaración del asunto.

La administración racionalizara sus sistemas y métodos de trabajo y vigilara su cumplimiento. A tales fines, adoptará las medidas y procedimientos más idóneos.

Asimismo, como parte del principio de seguridad jurídica, y por ende, del principio de la coherencia de la actuación pública, debemos referirnos al principio de la confianza legítima.

---

10 TORO DUPOUY, María Elena. *Ob cit.*, p. 387.

#### 2.4.- Principio de la confianza legítima

La noción de confianza legítima “involucra la expectativa que tiene un particular acerca de la actuación de los poderes públicos, de la cual espera estabilidad y con ello predecibilidad, vale decir, el “saber a qué atenerse” respecto de tal actuación, así como de la de otros particulares y de la propia, en cuanto todas están reguladas en un Estado de Derecho”.<sup>11</sup>

Como lo advierte la catedrática venezolana, Hildegard Rondón de Sansó, la noción de confianza legítima alude “a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses”.<sup>12</sup> En este mismo sentido, la profesora María Elena Toro Dupouy, sostiene que la aplicación de este principio en el procedimiento administrativo implica el rechazo a cambios súbitos e inesperados en la actuación de la Administración frente a los administrados.<sup>13</sup>

El principio de confianza legítima está recogido en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando alude a la *irretroactividad de las nuevas interpretaciones*.

En efecto, consagra el prenombrado dispositivo legal que los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. La modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.

#### 2.5.- Principio inquisitivo o de oficialidad

Uno de los principios generales del procedimiento administrativo venezolano es su carácter inquisitivo que deja a la autoridad pública o administrativa dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto crea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada.

---

11 *Ibid*, p. 385.

12 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El principio de confianza legítima en el Derecho Venezolano*, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, volumen I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 295.

13 TORO DUPOUY, María Elena. *Ob. cit.*, p. 385.

Mientras en los pleitos civiles, en virtud del principio dispositivo, son las partes quienes conducen el proceso, siendo el juez un mero árbitro del debate, en el procedimiento administrativo las partes no disponen la tramitación de la controversia, siendo la autoridad pública la encargada de indagar y determinar los hechos a que se refiere el caso.

La Administración tiene el deber de dar impulso a la tramitación del procedimiento administrativo, e indagar cuantas pruebas sean necesarias para el mejor conocimiento del asunto. Por supuesto, que los particulares tienen el derecho a participar en el procedimiento, pero su desarrollo o conducción es responsabilidad de la Administración.

Este principio está establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

No obstante, atendiendo a la finalidad del procedimiento, puede advertirse que el hecho que la autoridad administrativa está encargada de conducir el procedimiento administrativo, las partes no están exentas de los deberes de impulso que les correspondan. Además, que la propia Administración en el curso de los procedimientos administrativos puede solicitar a los particulares actuaciones probatorias que fueran necesarias para su tramitación.

En consecuencia, la autoridad administrativa tiene la obligación y responsabilidad de dirigir el procedimiento administrativo y ordenar que en él se practiquen cuantas diligencias sean necesarias para dictar el acto o resolución final, independientemente que el mismo se inicie de oficio o a petición del interesado.<sup>14</sup>

Ahora bien, si el procedimiento administrativo es responsabilidad de la Administración, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares, es que el procedimiento administrativo debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible, con lo cual es obligación de la autoridad administrativa evitar actuaciones que dificulten su desenvolvimiento o suprimir formalidades o trámites innecesarios, superfluos o

---

14 ROYO VILLANOVA, Segismundo. *Ob. cit.*

redundantes, esto es, con la finalidad de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello la releve del respeto al debido procedimiento.

A este propósito, responden los artículos 13 y 14 del Decreto Legislativo de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008, al prever, respectivamente, que:

Artículo 13. Los órganos y entes, en el ámbito de sus competencias, eliminarán las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa.

Artículo 14. Los órganos y entes de la Administración Pública deberán identificar y disponer la supresión de requisitos y permisos no previstos en la ley, que limiten o entraben el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

Así es que la Administración si bien tiene la obligación de conducir el procedimiento administrativo, no puede descuidar la simplicidad y la racionalidad de los trámites administrativos.

## *2.6.- Principio de eficacia y de la eficiencia*

Otro principio que debemos señalar, y que está conexo a las últimas consideraciones expuestas en el acápite anterior, es el de la eficacia y la eficiencia en el procedimiento administrativo.

La eficacia se refiere a la rapidez y a la sencillez. Por su parte, la eficiencia cumple como objetivo que la meta que persiga el procedimiento administrativo sea alcanzada con el uso óptimo de los recursos puestos a disposición de la autoridad administrativa.

La eficacia y la eficiencia en el procedimiento administrativo constituyen una exigencia tanto del interés público como de los derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas que actúan en el procedimiento, quienes exigen decisiones rápidas y debidamente fundamentadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyo texto impone que todo acto de carácter particular debe ser motivado, salvo que la ley exima a la autoridad administrativa del cumplimiento de ese requisito.

Constitucionalmente este principio se encuentra previsto en el artículo 141, el cual contempla que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, entre otros, en el principio de eficacia. Igualmente, el legislador venezolano expresamente recoge el referido principio en el artículo 9 del Decreto Legislativo de Simplificación de Trámites Administrativos, al prever textualmente:

El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos, ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la Administración Pública, haciendo eficiente y eficaz su actividad.

Asimismo, el artículo 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario de 31 de julio de 2008, consagra el principio de eficacia, en los términos siguientes:

La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por la Presidenta o Presidente de la República, la Comisión Central de Planificación, la Gobernadora o Gobernador, la Alcaldesa o Alcalde, según fuere el caso.

La actividad de las unidades administrativas sustantivas de los órganos y entes de la Administración Pública se corresponderá y ajustará a su misión, y la actividad desarrollada por las unidades administrativas de apoyo técnico y logístico se adaptará a la de aquellas.

La aplicación del principio de eficacia impone que el procedimiento debe finalizar con un acto expreso que resuelva tanto las cuestiones planteadas inicialmente como durante la tramitación. Si bien la Administración no está obligada a seguir a la parte en todas sus argumentaciones, sino en las que considere conducentes a la solución de la cuestión, es lo cierto, que está obligada a pronunciarse sobre todos los asuntos que se sometan a su consideración.

En tal sentido, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reconoce la exhaustividad en las decisiones que sean adoptadas por las autoridades administrativas, en los términos siguientes:



tes: “El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados”.

### *2.7.- Principio del debido proceso*

La garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo está recogido expresamente en el artículo 49 de la Constitución de 1999, la cual comprende diversos aspectos, entre los cuales podemos destacar, el derecho a la defensa, el derecho a ser oído, y el derecho a una decisión fundada.

En este sentido, la aplicación del principio del debido proceso en el procedimiento administrativo queda satisfecha cuando el particular ha sido notificado de la existencia del procedimiento; cuando se le ha dado la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, el derecho a ser oído y el derecho de probar los hechos conducentes; así como, el derecho de acceso al expediente administrativo en el estado en que se encuentre, el derecho a obtener copias del mismo, el derecho a leerlo y consultarlo; en fin, cuando la Administración permite a los interesados intervenir o participar en el procedimiento administrativo, garantizándoles el respeto de sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

### *2.8.- Principio de imparcialidad*

A lo largo de cualquier procedimiento administrativo y de modo particular, al momento de adoptar la decisión final, la Administración tiene el deber de no establecer preferencias injustificadas entre las partes, ello en atención a lo previsto en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución, relativo a la imparcialidad que debe ostentar el órgano administrativo que conoce de un determinado asunto. Al respecto, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece el procedimiento administrativo para la inhabilitación, en caso de que existan las razones que comprometan la imparcialidad del funcionario público que conoce del asunto.<sup>15</sup>

---

15 BELANDRIA GARCÍA, José Rafael. *El procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2008, p. 34.

En efecto, la citada disposición estatuye expresamente, que:

Los funcionarios administrativos deberán inhibirse del conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida, en los siguientes casos:

1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento.
2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.
3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna. Quedan a salvo los casos de revocación de oficio y de la decisión del recurso de reconsideración.
4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

Parágrafo único: Quedan exceptuados de esta disposición los funcionarios que tengan a su cargo la expedición de certificados adoptados en serie o conformes a modelos preestablecidos, de modo que les resulte en extremo difícil advertir la existencia de causas de inhibición.

El dispositivo antes reproducido prevé los supuestos de hecho a través de los cuales puede mermarse la imparcialidad de la Administración Pública. De tal modo, a fin de garantizar la efectividad del prenombrado principio en la sustanciación y resolución del procedimiento, el citado texto legal prevé un procedimiento administrativo incidental que tiene por objeto

apartar del conocimiento del asunto o recurso, a aquellos funcionarios, que por determinadas circunstancias expresamente formuladas en la Ley, no puedan garantizar ese principio; es decir, se hallen en una situación de hecho proclive a parcializarse a favor de los derechos del interesado o a perjudicarse en su contra.<sup>16</sup>

---

16 MEIER E. Henrique. *El procedimiento administrativo ordinario*. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1992, p. 115.

Al respecto, sólo cabe decir, que este procedimiento contempla dos modalidades, a saber, la *inhibición voluntaria*, planteada por el propio funcionario incurso en alguna de las causales legalmente previstas (artículo 37 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) y la *inhibición de oficio*, que procede en defecto de la iniciativa del funcionario obligado (artículo 39 *eiusdem*).

### 2.9.- Principio de la presunción de buena fe

El artículo 23 del Decreto Legislativo de Simplificación de Trámites Administrativos impone a la Administración la obligación de “tomar como cierta la declaración de las personas interesadas, salvo prueba en contrario”.

Asimismo, como consecuencia de la aplicación de este principio en el procedimiento administrativo, el citado texto legal establece que en caso de pérdida, deterioro o destrucción de documentos personales, “será suficiente la declaración de la persona interesada para su reexpedición y no podrá exigirse prueba adicional para la misma, salvo lo dispuesto en la ley” (artículo 20).

También de lo anterior, deriva que no será indispensable la comparecencia personal del interesado para realizar tramitaciones ante la Administración, debiéndose exigir la presentación de carta poder a la persona que actúe en su representación (artículo 25).

### 2.10.- Principio de publicidad

La publicidad del procedimiento administrativo, o transparencia, significa el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, lo que según el profesor Agustín Gordillo, se concreta en la llamada “vista” y “fotocopia completa de las actuaciones”. La falta de publicidad o transparencia es sospecha y antesala de corrupción, como surge inequívocamente de la Convención Interamericana contra la Corrupción.<sup>17</sup>

El principio de publicidad o transparencia está consagrado constitucionalmente en el artículo 141, al prever que la Administración Pública

---

17 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 6ª Edición. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. IX-16.

está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, entre otros, en este principio, lo cual implica que las actuaciones que se llevan a cabo durante el curso de cualquier procedimiento administrativo como el expediente administrativo “no deben ser un secreto, por el contrario, las partes deben tener acceso al mismo a los fines de ejercer cabalmente su derecho a la defensa”.<sup>18</sup>

El derecho de acceso al expediente tiene su fuente constitucional en el artículo 143, el cual establece que los ciudadanos tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten al respecto.

Asimismo, el derecho de acceso al expediente también está reconocido legalmente en el artículo 7.1 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, y en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que prevén que los interesados y sus representantes tienen el derecho a examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo.

Al respecto, cabe advertir que no se exige, en los procedimientos administrativos, que las partes realicen alguna clase de erogación a los fines de cumplir con las actividades que les corresponde realizar (principio de gratuidad), quedando a salvo la expedición de copias certificadas, la cual de conformidad con el tercer aparte del artículo 173 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, las partes están obligadas a pagar los gastos que ocasione la expedición de copias certificadas.

### **3. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Todo procedimiento administrativo está dotado de una determinada estructura la cual consta de determinadas fases o etapas ordenadas.<sup>19</sup>

18 BELANDRIA GARCÍA, José Rafael. *Ob. cit.*, p. 34.

19 UROSA MAGGI, Daniela. *Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases*, en *Actualización en Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2006, p. 6.

En efecto, el camino a recorrer, que es el procedimiento administrativo, se divide en una serie de fases que agrupan, en forma homogénea, las diversas actuaciones que lo componen.

Si bien es cierto que los procedimientos administrativos pueden variar por la determinación de la forma, plazos y sujetos que intervienen, consta en esencia de la misma estructura procedimental, a saber:

3.1. *Fase de iniciación*, mediante esta fase se pone en marcha el procedimiento y en la que se determina cuál será el objeto concreto del mismo.

3.2. *Fase de desarrollo o sustanciación*, cuya importancia es fundamental, pues es la fase de instrucción, en la cual se aportan los elementos de juicio que servirán de fundamento a la decisión definitiva, a través de alegaciones y pruebas o demostraciones de certeza de tales argumentos.

Esta fase está compuesta por los actos de trámite destinados a poner en marcha el procedimiento y ordenarlo hasta llegar a la decisión o resolución final. Constituye la etapa o fase fundamental del mismo, ya que en ella deben realizarse los actos en virtud de los cuales han de determinarse, conocerse y comprobarse los datos (de hecho y de derecho) sobre los que se va a fundamentar la resolución definitiva del procedimiento. Esta fase está compuesta por los siguientes actos:

a. *de ordenación*, para desenvolver el procedimiento;

b. *de instrucción*, que tienen por objeto determinar los hechos relevantes para el procedimiento, conocer e incorporar los datos de trascendencia para él y todos las circunstancias que puedan influir en su resolución.

3.3. *Fase de terminación o decisión*, con la cual concluye el procedimiento normalmente a través de un acto administrativo que decide los aspectos analizados durante el procedimiento. De hecho, el procedimiento administrativo puede culminar de dos formas o maneras:

a. *Normal*, que se da cuando se produce el acto administrativo definitivo que pone fin al procedimiento. Consiste en el acto que finaliza el procedimiento, que por disposición del artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, deberá resolver todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación.

- b. *Anormal*, cuando el procedimiento acaba sin que se haya producido el acto final esperado. Puede producirse por el desistimiento, la perención o la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas (por ejemplo el fallecimiento del único interesado), incluso por silencio administrativo.

Como se sabe, el procedimiento puede iniciarlo bien la Administración –de oficio– bien el propio particular, a instancia de parte.

La aplicación de una u otra modalidad variará según la naturaleza y requerimientos del procedimiento de que se trate o, más aún, de la naturaleza y requerimientos de la potestad administrativa que se ejerza en el marco de cada procedimiento en concreto y según lo que disponga en cada caso la ley.

En todo caso, el inicio formal del procedimiento se realiza a través de un *auto de apertura*, que si se trata de un procedimiento a instancia de parte, esa apertura obedecerá al ejercicio del derecho fundamental de petición que tiene toda persona ante cualquier autoridad o funcionario público sobre los asuntos que sean de su competencia, derecho que recoge el artículo 51 de la Constitución.

Para la iniciación a instancia de parte, el interesado deberá plantear solicitud escrita, la cual ha de cumplir con los requisitos de forma que establece el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, requisitos de carácter *subjetivo* (relativos a la identificación del órgano competente), *objetivo* (relativos a los hechos, razones y pedimentos en que se fundamente la solicitud), y *circunstancial* (referidos a los anexos y exigencias que puedan disponer normas especiales en cada caso concreto).

Es importante tener en consideración que la presentación del escrito es el acto que da inicio el procedimiento y no la orden de proceder de la Administración mediante la cual admite dicho solicitud. Sin embargo, cabe precisar, que no todo ejercicio del derecho de petición implica siempre la iniciación de un procedimiento administrativo, y por ende, la apertura de un expediente administrativo.

Por otro lado, el derecho de petición no abarca ni podría abarcar, evidentemente, el derecho a una decisión administrativa favorable al solicitante, pero sí aparece las siguientes consecuencias fundamentales:

- a. *derecho a la recepción de la solicitud*, el particular tiene derecho a que su solicitud sea recibida por parte del funcionario ante el cual se presenta, esto es, tiene derecho a que el funcionario no se niegue a recibir la solicitud, ni aún siquiera alegando defectos de fondo o la improcedencia de ésta;
- b. *derecho a una oportuna y adecuada respuesta*, es decir, una decisión expresa y pertinente. De manera que el inicio a instancia de parte de cualquier procedimiento implica como garantía fundamental el derecho de petición, el derecho a que la solicitud administrativa sea efectivamente recibida, incluso si el funcionario receptor es incompetente para decidir el asunto, y además a que la solicitud sea decidida de manera oportuna, es decir, decidida en el tiempo legalmente previsto, y adecuada, lo que implica que se decida además de manera expresa y pertinente;
- c. *derecho de apertura de expediente*, iniciado el procedimiento se procederá a abrir un expediente, en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. La apertura del expediente es fundamental para garantizar el derecho a la defensa de los interesados durante su participación en el procedimiento y posteriormente durante la impugnación en sede administrativa y jurisdiccional del acto definitivo, en la que el expediente hará las veces de antecedente administrativo del caso;
- d. *derecho de acceso al expediente (el derecho a tomar vista) y obtener copias del expediente*, el interesado tiene abierta la posibilidad de consultar el expediente, tantas veces como le sea conveniente u oportuno. Se trata de una participación constante del interesado y de un acceso permanente e informal a las actuaciones: desde el primer momento hasta la realización de la última diligencia probatoria. Por otro lado, el derecho a tomar vista de las actuaciones no sólo significa leer el expediente, sino revisarlo, manejarlo, copiarlo, fotografiarlo, fotocopiarlo, escanearlo, etc. El derecho a tomar vista comprende consultar el expediente con sus propias manos y los propios ojos, copiar todas sus partes, sea por medios manuales o mecánicos: fotocopias de cualquier tipo, fotografía, microfilmación, grabación en

cinta magnetofónica, videofilmación, escaneado, etc., siempre que no altere su estado. No obstante todo lo anterior, cabe advertir, que la Administración tiene facultades para declarar que algunas partes de las actuaciones sean de carácter reservado y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tomar vista de las piezas que fueren del caso (artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

En todo caso, debe evitarse que esta atribución pueda convertirse en una corruptela y que se use abusivamente la facultad de declarar reservada una actuación, o parte de ella. Toda decisión que declara reservada una actuación debe aclarar expresa y específicamente cuáles piezas del expediente son las que se declaran reservadas, evitando la calificación genérica, y fundando en cada caso la determinación adoptada, en forma correcta y razonada; además esa decisión debe emanar de órgano competente, pues como es lógico no cualquier funcionario o empleado tiene atribuciones para hacerlo. Sólo se justifica en casos excepcionales y por decisión expresa de autoridad competente.

Ahora bien, cabe precisar, que independientemente de que el procedimiento se inicie de oficio o a solicitud de parte interesada, una vez que formalmente el expediente ha sido abierto, todo particular cuyo derecho subjetivo o interés legítimo, personal y directo pueda resultar afectado por las resultas del procedimiento, tiene derecho a estar presente en la formación de los antecedentes de la voluntad administrativa final (decisión definitiva); y ello no de una manera pasiva, sino activa;

- e. *derecho a recibir constancia (recibo) de todo documento presentado y de sus anexos* (artículo 46 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos);
- f. *derecho a que se mantenga la unidad del expediente administrativo* (artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos);
- g. *derecho a la uniformidad de los documentos y expedientes administrativos, de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características* (artículo 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos);



- h. *derecho a que se ordene la acumulación de expedientes* (artículo 52 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). La necesidad de aplicar la técnica de acumulación de expedientes, es expresión de los principios de economía y celeridad procedimental, y tiene como finalidad fundamental evitar decisiones contradictorias en asuntos que tengan íntima relación o conexión.

#### 4.- EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

El vocablo *expediente* se asocia al curso o procedimiento de un asunto. Es la materialización del respectivo procedimiento. Es un conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

Para Ricardo Rivero Ortega el expediente administrativo “es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado”.<sup>20</sup> En tal sentido, para el referido autor la definición de expediente administrativo, está compuesta por los siguientes elementos:

1. se trata de un *conjunto*, lo que significa que un expediente “la mayoría de las veces es algo más que un solo documento, aunque puede darse el caso de un expediente integrado por un único documento (lo que no es incompatible con su condición de conjunto)”;<sup>21</sup>
2. la *ordenación* de los documentos, lo que significa que el “ideal de expediente lleva implícito cierto orden, esto es, concierto y disciplina en la articulación formal”;<sup>22</sup>
3. los documentos son ordenados por la Administración, aunque inicialmente no sean *administrativos*, pero “pueden serlo desde el momento en que se incorporan al expediente”;<sup>23</sup>
4. se refieren a un asunto determinado, “luego existe una conexión entre los documentos en cuanto a su objeto y el fin para el que la Administración los recopila y ordena, que es el de formar o informar su criterio sobre un caso o una materia concreta”.<sup>24</sup>

---

20 RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Expediente Administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, España, 2007, p. 92.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el expediente administrativo constituye la piedra angular, desde el punto de vista de la Administración, para el control judicial. De hecho, lo primero que el juez debe decidir en un proceso, por ejemplo, contra un acto del Consejo Nacional Electoral, al admitir el recurso contencioso-electoral, es pedir a la Administración, el expediente administrativo. En esta forma, el expediente se convierte en un elemento fundamental de prueba judicial, sobre todo porque el expediente administrativo es parte del fundamento de la resolución administrativa que se adopte.

Al respecto, cabe recordar lo expresado por la antigua Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1989:

...el expediente administrativo constituye una de las piezas indispensables para que la jurisdicción contencioso-administrativa juzgue con acierto el recurso planteado, a fin de cumplir con las garantías debidas al delicado deber de administrar justicia en las controversias que se plantean entre la Administración Pública y los administrados. Pero no se agota ahí la función del expediente administrativo en el procedimiento contencioso de anulación, pues éste al reflejar el recorrido de formación de la voluntad del acto que se emite es fuente de las alegaciones del administrado a través de la impugnación en vía jurisdiccional y puede así mismo ser objeto del debate probatorio en la oportunidad correspondiente.

Asimismo, es oportuno resaltar la sentencia N° 1665/2007, de 10 de octubre, proferida por la Sala Político-Administrativa, recaída en el caso *Inversiones Twenty One, C.A., contra Municipio Valencia del estado Carabobo*, bajo la ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, que aseveró respecto a la noción de *expediente administrativo*, lo siguiente:

...el expediente administrativo puede definirse como el conjunto ordenado de todas las actuaciones realizadas en el decurso del procedimiento administrativo que le sirven de sustento a éste, es decir, el expediente es la materialización formal del procedimiento.

En atención a que el expediente conforma la materialización del procedimiento administrativo, es preciso que a fin de garantizar el derecho al debido proceso en sede administrativa, como lo preceptúa el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 eiusdem (...)

los órganos administrativos al sustanciar los expedientes deben observar las normas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que disponen la unidad, orden y secuencia en la cual se deben llevar dichos expedientes.

Sin embargo, a su vista se constata que el precitado instrumento normativo no indica la manera pormenorizada en la cual deben llevarse los expedientes en sede administrativa, por lo que a fin de adminicular los derechos de los particulares con las obligaciones de la Administración dentro del procedimiento administrativo, asegurando la integridad y unidad del expediente, y en atención a lo dispuesto en el único aparte del artículo 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece que ‘La administración racionalizará sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento’. A tales fines, adoptará las medidas y procedimientos más idóneos’, considera esta Sala como procedimiento idóneo aplicable para asegurar la regularidad y coherencia de los expedientes administrativos, lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil...

Para que un expediente administrativo sea apreciable en sede judicial, se exige que cada uno de sus elementos estén certificados por el funcionario a quien la ley faculta para ello. En tal sentido, esa certificación, da fe de que el expediente fue instruido o sustanciado como aparece en su integridad y que los distintos elementos que lo conforman fueron producidos en los lugares y fechas que allí aparecen.

En suma, si cada paso dado por el órgano administrativo ha quedado documentado, y todos esos documentos se recogen en la “carpeta”, será mucho más factible la revisión del comportamiento administrativo conforme a la legalidad, “pues habrán quedado reflejadas por escrito las razones de sus decisiones, los criterios utilizados, los datos tenidos en cuenta y las irregularidades eventualmente cometidas”.<sup>25</sup>

Por lo general, el expediente administrativo contiene actuaciones de diferente naturaleza, tales como documentos públicos, así como, documentos privados que aportan los particulares durante su sustanciación. Constituye un receptáculo de pruebas que contiene una conjunción ordenada de documentos de diversas especies, ya que puede contener actos emanados de la Administración Pública y de los particulares. De tal manera, que cada documento integrante del expediente puede tener diferente valor probatorio, pues cada uno mantiene su individualidad.

---

25 *Ibid.*, p. 104.

Por tales razones, es imperioso concluir que el expediente administrativo es el cuerpo material, la estructura documental donde constan todos los actos y actuaciones, tanto de la Administración como de los administrados, en los que consiste la dinámica del procedimiento. No podemos concebir el procedimiento administrativo sin expediente administrativo. Existe una relación de necesidad entre ambos elementos.

En efecto, el procedimiento no puede desarrollarse en el vacío; hace falta que la sucesión de trámites e incidencias, de actos y actuaciones de ese *iter*, se concrete en un cuerpo documental ordenado y coherente, vale decir, en un expediente. El expediente administrativo es reflejo del recorrido de formación de la voluntad del acto que se emite.

#### 4.1.- Características del expediente administrativo

El expediente deberá tener características uniformes para lograr una secuencia lógica de modo, tiempo y manera. Se foliará en orden cronológico cada una de las hojas que conforman el expediente, en letras y guarismos (preferiblemente con tinta color negro o color azul) y, salvo en casos de documentos declarados confidenciales (artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), deberán estar presentes en el expediente administrativo todos los documentos que se refieran al caso.

El expediente debe tener unidad desde su inicio hasta su decisión, independientemente de que en el procedimiento participen órganos o entes distintos. Al respecto, el artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece, que:

De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos ministerios o institutos autónomos.

La finalidad de la norma antes transcrita

es constreñir a la Administración a mantener en un cuerpo ordenado los documentos de cada una de las actuaciones que se realicen en el marco de cualquier procedimiento administrativo, con el objeto de procurar la mayor eficacia en su actuar y permitir que pueda verificarse el cumplimiento de los extremos previstos en la ley, cuya constatación únicamente puede realizarse mediante la revisión de la totalidad de las

actuaciones que originaron el acto cuyo control se solicita” (Sentencia N° 1257/2007, de 12 de julio, de la Sala Político-Administrativa, caso *Eco Chemical 2000, C.A. contra Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo*, bajo la ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini).

El expediente administrativo requiere que en su formación se siga una secuencia lógica y razonada, de modo que cada acto y cada trámite ocupen el lugar que naturalmente le corresponda y aparezca como resultado y resumen de los que preceden en el expediente.<sup>26</sup>

Esta ordenación del expediente administrativo tiene una gran importancia práctica. Si bien la falta de paginación del expediente, o el desajuste de la cronología documental, podrían determinar la anulabilidad del acto administrativo, estas irregularidades aparentemente formales, pueden perjudicar gravemente el derecho a la defensa de los interesados.

En efecto, un expediente desordenado, en el cual los actos del procedimiento estén traspuestos, en el cual permanentemente es preciso retrogradar en su lectura para lograr la debida sucesión de los actos cumplidos, tiende a dificultar y confundir la acción de los funcionarios públicos que deben participar en él.

La existencia de un expediente ordenado lógicamente y cronológicamente en función de las distintas fases del procedimiento, es garantía de eficacia para la actuación administrativa y de protección de los derechos e intereses de los administrados que se ventilan en el procedimiento.

Mantener la unidad del procedimiento a través de la existencia de un solo expediente para cada asunto, es garantía también para el logro de la unidad en la decisión definitiva, aún cuando por la naturaleza del procedimiento, deban intervenir otras instancias (artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

Un expediente único para cada procedimiento facilita la adopción de decisiones coherentes con el contenido de lo tramitado, y por consiguiente, alcanzar la justicia y equidad mediante esas decisiones lógicas y racionales. Y, en definitiva, son los administrados quienes se benefician de esa justa administración, y ello, elimina enormemente las fricciones e

---

26 ESCOLA, Jorge Héctor. *Tratado General de Procedimientos Administrativos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 191.

insatisfacción que puedan tener los administrados respecto a los órganos del Estado.

## REFLEXIÓN FINAL

Todavía hay aspectos de nuestro Derecho Administrativo necesitados de un mayor tratamiento dogmático. Aunque es cierto que la literatura sobre esta materia ha crecido, faltan todavía, sin embargo, estudios sobre instituciones concretas de cada uno de los sectores fundamentales de esta disciplina jurídica. Ciertamente que creemos que es el procedimiento administrativo una de esas instituciones cuyo estudio es necesario profundizar, porque constituye una garantía que permite a los ciudadanos relacionarse con los órganos y entes del Estado.

No se puede negar que hoy día esta temática constituye la piedra angular del Derecho Administrativo Formal, más aún cuando los órganos y entes del Estado *son las organizaciones con mayor acumulación de información y conocimiento de las sociedades*, razón por la cual es importante continuar con el estudio e investigación de estas instituciones, porque perfeccionará la aplicación práctica de los dispositivos legales que hemos comentado, y de esta manera lograr la unificación de las reglas y principios generales que rigen los procedimientos administrativos, y que pondrá freno a los abusos del poder público, con lo cual favorecerá enormemente las relaciones entre el Estado y las personas,

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELANDRIA GARCÍA, José Rafael. *El procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina*, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, volumen I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

- ESCOLA, Jorge Héctor. *Tratado General de Procedimientos Administrativos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 6ª Edición. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *Los principios del procedimiento administrativo*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/12.pdf>
- MEIER E. Enrique. *El procedimiento administrativo ordinario*. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1992.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. *La seguridad jurídica*. Barcelona, España, 1991.
- PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. “Los actos de trámite en el procedimiento administrativo y su impugnación”, en *Revista de Derecho* N° 26. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El principio de confianza legítima en el Derecho Venezolano*, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, volumen I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.
- ROYO VILLANOVA, Segismundo. *El procedimiento Administrativo como garantía jurídica*, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_048\\_054.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_054.pdf)
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Expediente Administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, España, 2007.
- SUÁREZ, Jorge Luis. *La verdadera naturaleza de los procedimientos administrativos*, en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas, 2009.
- TORO DUPOUY, María Elena. *El principio de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativa*, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, volumen II, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006.

UBIERNA, José Antonio. *De lo contencioso-administrativo*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1948.

UROSÁ MAGGI, Daniela. *Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases*, en *Actualización en Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2006.





# La hermenéutica en el derecho agrario venezolano

Edgar Darío Núñez Alcántara\*

## RESUMEN

El Derecho Agrario es un sistema jurídico de corta data y en constante recreación. Su contenido se alimenta cada día de nuevas ópticas, las cuales no son siempre de orden jurídico. Con frecuencia su revisión obedece a fenómenos técnicos, económicos y, cada vez más, políticos. Esto permite identificarle particularmente en el concierto del mundo jurídico. Dentro del objeto en análisis podemos identificar que esta condición de derecho en evolución permanente y en contacto con la técnica y la economía, hace necesario que para su comprensión se consulte frecuentemente a los principios generales del derecho, específicamente los del Derecho Agrario, en el entendido que estos se expresan a través de la jurisprudencia.

## PALABRAS CLAVE

Hermenéutica, derecho agrario, principios generales, jurisprudencia.

## ABSTRACT

The Agricultural Law is a legal system short-dated and in constant recreation. Its contents are fed every day of new lenses, which are not always legal. Often due to extreme review technical, economic and increasingly political. This allows identify particularly in the legal world concert. Within the object in analysis we can identify this condition in permanent evolution of law and in contact with the technique and the economy, makes it necessary for comprehension frequently refer to general principles of law, specifically the Agrarian Law, it being understood These are expressed through case law.

## KEY WORDS

Hermeneutics, agricultural law, general principles, case law.

## 1. INTRODUCCIÓN

*Aspectos históricos.* El Derecho Agrario, como se concibe modernamente, es un sistema jurídico de corta data y en constante recreación. Se le observa como la expresión de reglas de obligatorio cumplimiento

---

\* Profesor de Derecho procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo. Profesor de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela. Experto y tratadista en Derecho agrario.

que se está alimentando cada día de nuevas ópticas, las cuales no son siempre de orden jurídico. Con mucha frecuencia su revisión obedece a fenómenos técnicos, económicos y políticos.

Esta característica le confiere especificidad y permite identificarle, de manera particular, en el concierto del mundo jurídico.

En efecto, el concepto de Derecho Agrario, como se vislumbra universalmente hoy día, tiene un origen que se retrotrae a la segunda década del siglo XX. Su nacimiento se origina como producto de una discusión académica sobre si el conjunto de reglas de derecho que regulaba las relaciones jurídicas en la actividad diaria del campo o la ruralidad (refiérese al derecho agrario clásico), era autónomo o especial con relación al Derecho Civil. Una ardua discusión teórica, encabezada por el profesor Giangastone Bolla (partidario de la autonomía) y Ageo Arcangeli (impulsor de la especialidad), sostenida desde las páginas de la *Rivista di Diritto Agrario*, que terminó por crear un sistema jurídico que no tiene fundamentalmente por objeto principal regular las relaciones entre los hombres en el campo, o hacerlo con ocasión de los vínculos que nacen por la vida de aquéllos en las zonas rurales o agrarias, tales como contratos, relaciones con las cosas o los derechos. Estos, sin duda, forman parte de los asuntos que le competen, pero sólo en la medida en que se vinculan con una actividad de creación o reproducción de vida animal o vegetal con fines económicos.

Así, a guisa de ejemplo, podemos observar que la materia ambiental, conservacionista, interesa al Derecho Agrario en la medida en que se vincula con la actividad productiva que se desarrolla en el campo; si el elemento económico no está presente en el caso concreto, la temática se quedaría exclusivamente en el ámbito de la ciencia o derecho que rige la materia específica conservacionista o ambiental, pero –en puridad de conceptos– escapa a la órbita de la materia agraria. Es decir, para que un asunto ambiental sea de naturaleza agraria es menester que el caso concreto esté relacionada con el concepto actividad agraria. Caso contrario, sería un asunto del derecho ambiental, como rama separada de la agraria.

El Derecho Agrario, como hemos indicado es de reciente formación. Así los profesores Antonio Carrozza y Ricardo Zeledón Zeledón<sup>1</sup>, en obra conjunta, expresan:

Aun cuando no se discute que la agricultura va paralela al progreso de la humanidad, a pesar de que en la historia del derecho se encuentren disposiciones legislativas de muchos siglos con referencias precisas al derecho de propiedad de la tierra –como sucede en Babilonia con el Código de Hammurabi, o en Egipto, China, Judea y Grecia–, o se perfilen instituciones como las del derecho romano que ahora son reclamadas por la disciplina ius agraria, o bien se hayan emitido monumentos jurídicos como el *Code Napoléon* –de gran trascendencia en todo el derecho de la familia romana o germánica– que tuvo como centro de inspiración el derecho d propiedad al asumirlo como forma de manifestación de la libertad patrimonial –con los caracteres iusnaturalistas de *sagrado, inviolable, absoluto, fundamental*–, pese a todo, desde hace muy poco es que el derecho agrario como sistema jurídico existe en forma autónoma, afirmándose, y con diferencias concretas que lo distinguen del derecho civil y de las demás ramas jurídicas.

Sobre esta temática, y en igual línea de pensamiento, el profesor de la Universidad de Costa Rica Enrique Ulate Chacón<sup>2</sup>, expresa:

Podría pensarse que el Derecho Agrario existe desde hace mucho tiempo. Sin embargo, no es así. El Derecho Agrario, entendido desde su configuración como sistema normativo, tiene su origen en una época reciente. Surge a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX por la confluencia de factores económicos, sociales, jurídicos, políticos e ideológicos, y hasta culturales, los cuales se mencionan brevemente.

Luego nos enumera los tres factores que la doctrina agraria universal reconoce como los principales para su creación, a saber, el capitalismo, la ruptura de la unidad del derecho privado y la evolución del esquema jurídico constitucional. El mencionado autor hace las siguientes consideraciones<sup>3</sup>:

1 Antonio Carrozza y Ricardo Zeledón Zeledón. *Teoría General e Institutos de Derecho Agrario*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. Página 5.

2 Enrique, Ulate Chacón. *Tratado de Derecho Procesal Agrario*. Editorial Guayacán. San José. 1999. Página 4.

3 *Ibidem*. Pp. 4-8

*a.- Capitalismo.* Este factor, fundamentalmente de índole económico y político, tiene una influencia decisiva en la agricultura tradicional. Con la revolución industrial se empieza a introducir en el campo de la agricultura todo un modernismo tecnológico, tales como maquinaria agrícola, abonos químicos, etc., pero, sobre todo, el factor tierra va a asumir una importancia fundamental como instrumento de producción, pues ya no va a ser entendido como un bien de goce y disfrute simplemente, sino como bien productivo apto para producir otros bienes de consumo. El capitalismo, a pesar de su preponderancia en el desarrollo de la agricultura, origina al Derecho Comercial que regula inicialmente los actos de comercio, luego los contratos y, finalmente, la empresa. De esa forma, en la teoría de los actos de comercio se excluye toda posibilidad de que la actividad agraria tenga cabida dentro de ese esquema... *omissis...*

*b.- Ruptura de la unidad de derecho privado.* Mientras en el Código de Comercio ya se empieza a poner en evidencia la categoría dinámica de empresa, que no da cabida a la actividad agraria, el Código Civil se mantiene bajo un esquema estático al regular la propiedad como un bien de goce y consumo y no como un bien de producción. Lo agrario se manifiesta a través de la actividad agraria, dotando al fundo de la característica propiedad-actividad, por ello no encuentra sustento jurídico en esos sistemas iusprivatistas. Se presentan así la ruptura de la unidad de Derecho privado, por su incapacidad de resolver los problemas derivados de las nacientes relaciones jurídicas agrarias. Nace el instituto de la propiedad agraria, rompiéndose con la vieja concepción de verlo como un derecho absoluto, sagrado e inviolable. Se exalta el principio de la función social de la propiedad, por existir en la sociedad un alto interés en la producción, como parte del proceso de publicación de los ordenamientos jurídicos... *omissis...*

*c.- Evolución del esquema jurídico constitucional.* El último factor que incide en el origen del moderno Derecho agrario, y lo consolida como sistema normativo, es el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de derecho, como consecuencia de la evolución de los esquemas constitucionales, y la incorporación de los derechos humanos de la segunda generación (económicos, sociales y culturales). Dentro del marco constitucional surgen los derechos económicos y sociales, también llamados derechos de la segunda generación. En las primeras constituciones sociales (México, 1917, URSS, 1918 y Weimar, 1919) se introduce el criterio de la función social de la propiedad agraria que impregnada del factor trabajo se convierte en un poder-deber para quien la ostente. Lo económico (exigencia impuesta al productor) y lo social (exigencia impuesta al Estado), rápidamente impregna todas las relaciones jurídicas agrarias, y por ende los institutos nacientes de la disciplina... (Negrillas de la obra)

Sobre el último elemento en consideración hemos de indicar que en los tiempos actuales el continente latinoamericano es recorrido por un giro político hacia las tesis progresistas y ello ha redundado en la utilización de las cartas políticas como instrumento de cambio, lo cual acrecienta esta importancia. Al respecto el autor Ricardo Zeledón Zeledón, ex magistrado de la Suprema Corte de Costa Rica, explica<sup>4</sup>:

El Derecho agrario sólo cobra vida cuando aparecen también los derechos humanos económicos y sociales. Cuando opera la evolución del esquema jurídico constitucional pasando de *un Estado liberal de Derecho a un Estado Social de Derecho*, cuando a la par de los derechos individuales, civiles o políticos, de libertad van a cobrar vida también los derechos económicos y sociales de libertad, denominados modernamente como derechos humanos de la segunda generación. El origen de este movimiento en el plano constitucional se ubica en la Constitución mexicana dictada en Querétaro el 5 de febrero de 1917 y en la de Weimar del 14 de agosto de 1919, A partir de las cuales se difunde en todos los ordenamientos jurídicos la necesidad de elevar a rango constitucional una serie de derechos económicos y sociales sin los cuales difícilmente se podrían cumplir los de la primera generación. (Cursivas de la obra)

De modo que el Derecho Agrario moderno es la sumatoria de factores sociales, económicos y políticos que, desde ya, podemos afirmar le conceden fisonomía propia a la disciplina. Por ello, es menester analizar el peso específico que lo social, técnico y económico tiene en nuestra materia.

*Derecho Agrario contemporáneo.* En el Derecho Agrario, como se le visualiza actualmente, lo que se procura es crear un sistema legal que regule la creación, conservación y transformación de la vida animal o vegetal, con sentido de explotación económica para la existencia humana. Esta versión pretende parafrasear al profesor Antonio Carrozza, quien ha desarrollado una teoría que se conoce con la denominación Tesis de la Agrariedad, como veremos *infra*.

---

<sup>4</sup> Ricardo, Zeledón Zeledón. *Desarrollo Agrario: Desarrollo, Justicia y Paz. Memorias del Tercer Congreso de Derecho Agrario*, celebrado en Liberia .Editorial Guayacán. San José. 2000. Páginas 34 y 35.

El profesor Ricardo Zeledón Zeledón en ensayo jurídico denominado *Derecho Agrario Para La Paz*<sup>5</sup>, expone al respecto:

El derecho agrario es concebido para una sociedad pluralista, comprometida con la justicia social, el desarrollo económico y la protección del ambiente, razón por la cual ofrece todas las posibilidades jurídicas que van a regular la acción del Estado con los empresarios y productores para promover el desarrollo tanto en las actividades de producción como en las conexas a ella (transformación, industrialización y comercialización de productos agrícolas). En tal sentido, este tipo de sociedad estimula la producción y procura concebir un nuevo modelo de desarrollo para la justa distribución de la riqueza y el avance económico.

En cuanto a las fuentes materiales de las cuales se nutre el Derecho Agrario moderno, tales como la tecnología aplicada al campo y la actividad económica productiva constituyen un elemento que permite su remozamiento permanente. Técnicas novedosas en su momento, como la inseminación artificial o los productos transgénicos, conllevan a la creación de nuevas reglas jurídicas para normar el sistema que garantizará que tales prácticas (científica y económicamente plausibles) no se conviertan en instrumentos nocivos para el consumidor o usuario<sup>6</sup>.

Tal característica, la de ser un derecho en permanente recreación y revisión, conlleva a la necesidad de la labor de interpretación del nuevo sentido que en su devenir le va identificando. Su permanente evolución implicará siempre la necesaria revisión de su contenido y alcance. Ello, a diferencia de las otras ramas jurídicas, incluida la laboral con la cual mantiene importantes signos de similitud, marca y precisa a la regla jurídica del derecho Agrario.

*La interpretación jurídica agraria.* El intérprete deberá darle el adecuado uso a los instrumentos que se le entregan para su labor dilucidadora, procurando preservar los elementos identificativos del complejo sistema, el cual es calificado como tal por su simbiótica estructura que

---

5 Ricardo, Zeledón Zeledón. *Lecturas Sobre Derecho Agrario. Derecho Agrario Para la Paz*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Página 316.

6 Sobre la temática véase el texto *Agrario y Ambiental en el Mundo Jurídico*, de la profesora Consuelo López de Chacón. *Justicia Agraria y Ambiental en América*. Editorial Guayacán. San José. 1998. Páginas 597 a la 614.

reúne variados asuntos jurídicos, económicos y técnicos, como es el caso del Derecho Agrario.

En conclusión inicial, estas dos notas identificativas, la mutabilidad e imperiosidad de su revisión permanente, le confieren al objeto de estudio de esta investigación rasgos característicos y permiten su colocación en el concierto de las diversas ramas del Derecho, según su especificidad; y ellas moldearán la labor del intérprete.

*Las fuentes jurídicas agrarias.* Ahora, dentro del objeto en análisis podemos identificar que esta condición, de ser un derecho en evolución permanente y en contacto con la técnica y la economía siempre, hace necesario que para su comprensión se consulte frecuentemente a los principios generales del derecho, específicamente del Derecho Agrario. *Ello ha de ser así por cuanto la relación con otras ramas de la cultura humana pudiera desnaturalizar su sentido jurídico.*

Esta precaución ha impuesto a la doctrina agraria, y alguna que otra legislación ciertamente ha acogido, la necesidad de incorporar a los principios generales del derecho agrario como fuente formal de interpretación de las reglas jurídicas en el área agraria.

Ahora bien, entre quienes aplican las reglas generales del derecho agrario destacan los juzgadores jurisdiccionales, y estos los utilizan para fundamentar a la jurisprudencia. Y, como veremos, estos dos instrumentos interpretativos, principios y doctrina judicial, juegan en el Derecho Agrario un rol estelar.

Tal especial característica revela lo importante que es para el derecho de marras el estudio de la hermenéutica jurídica, entendida ésta "... muy ampliamente como el proceso que tiene por objeto des-implicar el significado de una o más reglas jurídicas...".<sup>7</sup> La hermenéutica es, entonces, el arte de traducir o interpretar el significado exacto de las palabras, del por qué y para qué se expresaron éstas.

De modo particular el presente trabajo de investigación se propone analizar la presencia que la labor de interpretación tiene en el desarrollo del Derecho Agrario. A tales fines se hará una breve revisión de su devenir histórico, de la importancia que en el mismo tiene la tarea de

---

7 Hans, Lindahl. *Iuris Dictio* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Bogotá. 1990. Página 105.



desentrañamiento que hace el interprete, y cómo el concepto de la doctrina, reconociendo y asumiendo los principios generales de esta rama, permite la función interpretativa y el uso de la hermenéutica, para su comprensión y aplicación.

Es de destacar que estudiar el sistema interpretativo agrario es un asunto de interés para la colectividad e inclusive el Estado en su concepto ecuménico, para comprender cómo hacerlo preservando la especial naturaleza que le hemos apuntado a la rama jurídica de marras.

Es este un tema de actualidad en la Venezuela de comienzos del siglo XXI, por cuanto la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999 ha conllevado a una profunda transformación de las reglas y principios que rigen la actividad agraria, y existe interés en saber cómo hacer viable un sistema jurídico que tiene una profunda carga política y social.

Es de observar, a simple título de ejemplo, que en el nuevo orden constitucional, nacido en 1999, el concepto jurídico sobre la relación económica, especialmente con en lo relativo a la propiedad agraria, ha sido objeto de profundos cambios, lo cual ha conllevado a importantes confrontaciones con las ideas que la sociedad tenía sobre el tema hasta finales del siglo próximo pasado<sup>8</sup>.

Este señalamiento adquiere mayor relevancia cuando se observa el pensamiento del autor Ignacio De Otto<sup>9</sup>, quien en su obra *Derecho Constitucional Sistemas de Fuentes* explica la necesidad de pasar toda labor jurídica interpretativa por el tamiz constitucional. En tal sentido nos señala:

*Un principio general reconocido en todo ordenamiento dotado de Constitución como norma suprema es el que de que la ley y todas las normas jurídicas se interpretan conforme a la Constitución, esto es, que caso de existir varias posibilidades de interpretación de la norma se escoja aquella que sea conforme con la Constitución y se rechace la que sea contraria a ésta.* Tal principio ha sido proclamado repetidas

---

8 Claudia Briceño Aranguren y Ana Cristina Núñez Machado. Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Aspectos Económicos de la Nueva Constitución*. Colectivo de autores del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas. 2000.

9 Ignacio, De Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel S. A., Barcelona. 1987. Páginas 79 a la 81.

veces por el Tribunal Constitucional y se encuentra expresamente consagrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1.). *Este principio tiene su primer fundamento en el de la unidad del ordenamiento jurídico. Dado que la Constitución fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico, las normas que lo integran no pueden contradecirse entre sí, y si en realidad se produce tal contradicción, el conocimiento jurídico está obligado a eliminarla, pues le está lógicamente vedado el formular como descripción de normas dos proposiciones contrarias entre sí...omissis...* A estas exigencias derivadas del principio de unidad del ordenamiento se unen otras de carácter práctico. En primer lugar, y en relación con todo tipo de normas, se trata de evitar el vacío que se produce cuando una norma se declara nula, por lo que será necesario intentar por vía interpretativa que esta consecuencia no se produzca. En segundo lugar, el principio democrático obliga a que, en el caso concreto de la ley, se refuerce especialmente el principio de interpretación conforme a la Constitución, de modo que la justicia constitucional sólo proceda a declararla nula cuando no sea posible encontrarle mediante la interpretación un sentido en el que la ley resulte conforme con la Constitución. *Por ello el principio de interpretación conforme a la Constitución obliga en primer término al propio Tribunal Constitucional que, a la hora de enjuiciar la conformidad de una ley con la Constitución, no deberá declarar la nulidad cuando sea posible una interpretación en la cual la ley resulte conforme con la norma constitucional.* Para el juez ordinario, que no puede rechazar la ley por inconstitucional, el principio se traduce en una exigencia respecto de la cuestión de inconstitucionalidad, cuyo planteamiento sólo procederá “cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional” (art. 5.3. de la LOPJ). (Cursivas nuestras)

Sobre el rol de las normas constitucionales en la hermenéutica jurídica, la profesora Alexandra Alvarado Paniagua en el ensayo *La Hermenéutica Agraria Moderna Como Instrumento Para El Desarrollo Sostenible*<sup>10</sup> hace el siguiente señalamiento:

---

10 Alvarado Paniagua, Alexandra. Derecho Agrario: Desarrollo, Justicia y Paz. *La Hermenéutica Agraria Moderna Como Instrumento Para El Desarrollo Sostenible*. Editorial Guayacán. San José. 2000. Páginas 197 y 198.

Esta labor interpretativa parte de fundamentos jurídicos jerárquicamente superiores, y son los que nos vienen a dar base o sustento para el desarrollo de la misma, pues ésta debe ajustarse a esos preceptos generales superiores contenidos en nuestra Constitución Política, así como en Acuerdos, Convenciones y Tratados Internacionales, -estos preceptos generales superiores a los que se hace mención, son los Institutos y Principios del derecho Agrario. Analizaremos en primer término esos Institutos y Principios del Derecho Agrario contenidos en la Constitución Política, para luego analizarlos en algunos Acuerdos, Convenciones y Tratados Internacionales, como muestra que tenemos un ordenamiento jurídico agrario muy rico del cual podemos echar mano en nuestra labor interpretativa: El Derecho Agrario al tener una tutela constitucional se viene a legitimar la existencia de la normativa general de esa rama, así como su interpretación. Lo anterior porque nuestro sistema jurídico contempla a la Constitución, como la compilación máxima de principios y normas generales que son el fundamento básico y esencial de la vida en sociedad de nuestro país, en virtud de los cual, el resto de la normativa y quehacer jurídico debe ajustarse, necesariamente a ella. Para el querido jurista Antonio Carrozza, la importancia del derecho Agrario Constitucional, reside en que la autonomía de la disciplina jurídica agraria, debemos encontrarlas en las normas de mayor rango, y no sólo en las leyes. Incluso, el objetivo del Derecho Agrario, como rama del derecho es construir la unidad entre el derecho constitucional y la ley ordinaria, lográndose esto, alcanzaríamos los preceptos de organicidad y completos del sistema, conceptos éstos últimos referidos por Carrozza. Para lograr ese objetivo del Derecho Agrario, es que se debe hacer un planteamiento estrechamente relacionado con la evolución histórica-Doctrinaria del derecho Agrario. Esto quiere decir que el Derecho Agrario Constitucional será el resultado de la formulación de valores y principios generales en esa materia, a partir de la Constitución.

La relevancia del tema propuesto para esta investigación es cada vez mayor, por cuanto observamos que en las leyes agrarias especiales que se han dictado con fecha posterior a la ley suprema han venido modificando la actividad agraria tanto en su aspecto económico como jurídico, obligando al usuario y a los miembros del colectivo nacional a observarle con una visión distinta tanto en lo conceptual como en la implementación del modelo propuesto en el desarrollo de la legislación respectiva. Todo influye en la labor del intérprete.

*El derecho Agrario y el derecho comparado.* Es de especial importancia señalar que cualquier investigación que se realice en el ámbito

agrario impondrá la necesidad de investigar con profusión en el derecho comparado. Está en la esencia del Derecho Agrario un concepto de universalidad que le confiere una especial cualidad y caracteriza forzosamente el método para su estudio. El investigador del mundo jurídico agrario debe abreviar ineluctablemente en el análisis comparativo internacional.

Pondremos punto y fin a la presente investigación señalando algunas conclusiones que emergen de la misma, y permiten precisar el presente de esta rama jurídica e imaginar su orientación futura.

## 2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA AGRARIA

La labor interpretativa en el mundo jurídico es de primera importancia. Hemos avanzado desde conceptos atávicos que han tratado, y logrado en alguna medida, detener el amplio espectro de esta tarea del conocimiento, como las máximas que señalan que el interprete sólo lo es donde haya oscuridad en el concepto, o etapas como la revolución francesa, en la cual se pretendió acallar la función interpretativa de los jueces –y paradójicamente de allí nació esa inmensa estructura del pensamiento jurídico como es el recurso extraordinario de la casación– para encontrarnos hoy con las tendencias modernas de cobijo a la labor del intérprete tomando en consideración elementos políticos como el estado social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional venezolano).

Así vemos como en la doctrina italiana<sup>11</sup> se expone:

Contrariamente a la idea expresada en el antiguo brocardo según el cual *donde hay claridad no cabe la interpretación* (la disposición clara no tiene necesidad de ser interpretada), la interpretación es una operación intelectual siempre necesaria para la comprensión del texto jurídico: del resto, la calificación de una disposición como “clara” requiere por siempre de una mayor actividad interpretativa.

Al respecto el profesor español Javier Hervada, en su obra *Qué es el Derecho*<sup>12</sup> analiza el efecto de los factores históricos sobre el modo de concebir (interpretar) el derecho, y expone:

11 Luigi, Lepri Gallerazo. *Diritto Civile. Nozioni Generali*. Milano. 2005. Página 9.

12 Javier, Hervada. *¿Qué es el Derecho?* Editorial Temis. Bogota. 2005. Páginas 73 y 74.

El hecho social descrito nos pone de relieve cuán necesarias son la paciencia en los políticos y la prudencia en los juristas. Como no es ésta una introducción a las ciencias políticas, sino de la ciencia del Derecho, dejaremos la paciencia de lado y, en cambio, añadiremos algunas palabras sobre la prudencia de los juristas.

Forma parte de la prudencia jurídica –del arte del derecho o jurisprudencia– aplicar las leyes de acuerdo con la realidad social. Se trata de no burlar la ley y, a la vez, de no introducir perturbaciones en la vida social. La ley regula y conforma la realidad social y, por eso, la vida social debe acomodarse a la ley; de lo contrario, la ley quedaría incumplida. Pero dice la sabiduría popular que “lo mejor es enemigo de lo bueno”. El jurista debe tener la perspicacia de saber hasta dónde se puede llegar en la aplicación de la ley, cuál es el coeficiente de acomodación de la realidad social para que, aplicándose la ley, ésta sea factor de orden y progreso y no de perturbación. De llegarse a este último caso, la ley dejaría de ser razonable y se convertiría en un factor espurio del orden social.

*Esta acomodación de la ley a la realidad social supone una acomodación progresiva de la realidad social a las leyes, de modo que pueden darse situaciones en que la ley vaya por delante de la realidad social. Pero no en pocos casos la realidad social es más evolutiva y progresiva que las leyes. Cuando esto sucede, aparece la interpretación progresiva de las leyes; éstas van aplicándose de acuerdo con la evolución social, y permiten que unas mismas leyes sirvan al bien de la sociedad, sin desfases entre ley y realidad. Así se explica que unas mismas leyes hayan podido durar siglos, sin necesidad de ser cambiadas”* (Cursivas nuestras).

Analizando de manera concreta el rol de la interpretación en la materia agraria, podemos observar que como en ninguna otra rama del saber jurídico esta labor juega un papel estelar. Al respecto la doctrina agraria es obsequiosa. Así el profesor venezolano Román José Duque Corredor<sup>13</sup> señala de manera precisa:

...Las normas jurídicas agrarias, en consecuencia, deben converger a la consecución de esas finalidades primordiales, y por ello deben orientarse por unos principios comunes que determinen su caracterización como un cuerpo jurídico especial. De allí que la jerarquización de las fuentes del Derecho Agrario al objeto de garantizar su suficiencia frente al

---

13 Román José Duque Corredor. *Derecho Agrario Instituciones*. Tomo I. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 2001. Página 135.

Derecho Común, *en los casos de lagunas legales, y la consagración de reglas hermenéuticas de una interpretación extensiva y finalística de las normas jurídicas agrarias, en los casos de dudas sobre su aplicación, son la clave de su supervivencia científica. En efecto, la eficacia de los ordenamientos depende más de su aplicación e interpretación que de su creación...* (Cursivas nuestras)

Igualmente el profesor colombiano Joaquín Vanin Tello<sup>14</sup> analiza la temática y afirma:

Algunas leyes agrarias traen ciertas reglas de interpretación de sus normas o de un sector de ellas. Recordemos que el art. 21 de la ley 200 de 1936 dispone que los jueces de tierra, que nunca se nombraron, en los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho en los posesorios, “aplicaran el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial (suprimida) es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley”. Y el art. 1º. De la ley 135 de 1961 establece: “Los fines que este artículo enumera servirán de guía para la reglamentación, interpretación y ejecución de la presente ley”. Toma en cuenta, pues, el elemento teleológico. No se señala evidentemente un método de interpretación, pero si un criterio que debe orientar al juez en el delicado oficio de decir con justicia cuál es el derecho en el caso sometido a su juicio. *Tendrá él que introducir su indagación y razonamiento jurídicos en la esfera de lo socioeconómico y en el universo ético-político de la justicia social, hacia los cuales apuntan las normas de esta disciplina que, en lo que respecta a la reforma agraria integral, se declararán inspiradas en el principio del bien común y por aquel que considera la propiedad como un derecho natural, pero armonizado en su uso y conservación con el interés social* (art. 1º. de la ley 135 de 1961). En suma, no importa qué normas de otras disciplinas jurídicas, especialmente del derecho civil, tengan vigencia supletoria en el campo del derecho agrario, que sea necesario acudir a principios generales de derecho común, por ejemplo, lo importante es que las normas agrarias y las reglas venidas de otros sectores del universo jurídico se interpreten y apliquen bajo la guía superior de sus fines económicos y sociales y de sus principios generales. Lo anterior implica que no tienen cabida en el territorio de esta disciplina jurídica aquellas reglas de otras ramas que no sean compatibles con sus fines y principios. Por lo demás, en el derecho

14 Joaquín, Vanin Tello. *Derecho Agrario Teoría General*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. 1985. Páginas 713 y 714.

común se encontrarán, como hemos visto, pautas para interpretar las leyes agrarias, desentrañar el sentido de sus normas cuando no fuere claro, armonizar sus discordancias y llenar sus vacíos. (Cursivas nuestras)

Esta especificidad del Derecho Agrario, que le identifica plenamente cuando de interpretarle se trata, es analizada particularmente en el área procesal o adjetiva por el autor neogranadino Domingo Campos Rivera<sup>15</sup>, cuando expresa:

... Del hecho de ser el derecho agrario un ordenamiento jurídico eminentemente social, orientado a proteger al elemento económicamente débil en las relaciones agrarias de producción y de tenencia de la tierra, que –como tanto lo hemos dicho y repetido– es el campesino pobre o de escasos recursos económicos, es forzoso deducir que este estatuto jurídico debe tener también un sustento filosófico distinto del de las otras ramas del derecho. Y, en efecto lo tiene. 49. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO AGRARIO. –Sea, pues, lo primero, dejar claro que es obligación de los jueces y magistrados *aplicar* la ley, pero *interpretándola* de manera que responda efectivamente al principio orientador del derecho agrario comentado en oportunidad anterior, en el sentido de que este es un *derecho protector: protector* –lo hemos dicho y repetido muchas veces– de la parte *económicamente débil* en las relaciones agrarias de producción y tenencia de la tierra, vale decir el campesino pobre o de escasos recursos económicos. Y si bien en comentario pasado hicimos también referencia a la obligación que tienen los jueces de *resolver*, esto es, de *fallar* todos los casos que sean sometidos a su consideración, siempre, lógicamente, que sean de su competencia –haya o no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido–, en este el énfasis correspondiente hemos de ponérselo a la circunstancia de que, así exista la ley exactamente aplicable al caso controvertido, la obligación de estos funcionarios es la de realizar una interpretación *ideológica* –así puede llamársela– de la ley, con el fin de que se le dé cumplimiento al mandato legal que les indica que el objeto de la jurisdicción agraria es el de “conseguir la plena realización de la justicia en el campo”, teniendo en cuenta, especialmente, el principio de la “protección” de la parte débil en las relaciones mencionadas, a saber: el campesino pobre o de escasos recursos económicos. La interpretación a que se refiere el art. 14 de

---

15 Domingo, Campos Rivera. *Derecho Procesal Agrario*. Editorial Temis. Bogotá. 1993. Páginas 57 y 58.

decreto extraordinario 2303 de 1989 no es, pues, la escueta búsqueda de la existencia o inexistencia de una norma aplicable en un caso determinado, sino que, fuera de esa prosaica y rutinaria operación mental del funcionario, es deber suyo aplicarla teniendo siempre en mente el ingrediente social perseguido por esta legislación, que es el de conseguir la realización de la justicia social en el campo, protegiendo siempre al elemento económicamente débil en esas relaciones. De ahí que, además de que el juez *aplique* la ley, sea indispensable que haga de ella la *interpretación* que conduzca al logro de la finalidad descrita: la implantación de la justicia social en el campo.

El profesor Ricardo Zeledón Zeledón en su texto, de reciente data, *Derecho Agrario Fundamentos*, explica el rol del intérprete en el ámbito jurídico agrario y enseña<sup>16</sup>:

Como sólo aplica bien el derecho quien lo interpreta correctamente, a poco podría aspirar el agrarista si no le da la importancia necesaria a este tema. El desafío en este aspecto se relaciona con un recto entendimiento del fenómeno agrario pero reconduciéndolo con cierto grado de innovación o creatividad, con el uso consciente de criterios de racionalidad, razonabilidad, justicia y objetividad en el resultado... omissis... Si el agrario aun es un derecho *in fieri* o en proceso histórico de evolución, el fenómeno interpretativo debe contribuir a su desarrollo, fortalecimiento, pero sobre todo a la construcción del sistema. La identificación de los principios generales o de los valores acrisolados en la conciencia internacional revitaliza las normas, les da una dinámica distinta, sobre todo cuando ellas deben ser aplicadas a una realidad rica en vicisitudes, profundamente impregnada en la historia y el alma de la sociedad... omissis... En el futuro no se sabrá si la agricultura adquirirá o perderá protagonismo, en este proceso oscilatorio iniciado al finalizar el siglo pasado, por ello la interpretación puede jugar un papel cardinal para permitir la sobrevivencia científica de la materia aun en épocas de crisis. *Si el agrario no se defiende a sí mismo por la influencia de la globalización o de la internacionalización de los mercados, la disciplina bien podría llegar a formar parte del derecho económico o incluso de la economía agraria. Lo mismo podría ocurrir en relación con fenómenos nuevos como la alimentación, los consumidores, o el ambiente.* El agrarista del futuro debe adquirir conciencia de la importancia de ser un intérprete

---

16 Ricardo, Zeledón Zeledón. *Derecho Agrario. Fundamentos*. Investigaciones Jurídicas S. A. San José. 2007. Páginas 379 a la 382.



y creador del Derecho agrario. Sólo en esta forma podrá tener una idea cierta de las dimensiones de la nueva construcción, de su altura y profundidad, deberá decidir las líneas o curvas de la edificación, sus perspectivas o proyecciones, pues sólo en esta forma podrá ser el verdadero arquitecto del sistema (Cursivas nuestras)

El profesor costarricense Carlos Picado Vargas<sup>17</sup> nos expone su visión sobre esta materia al señalar:

...El Derecho Agrario es un derecho de actividad: es dinámico, cambiante y versátil. El hecho técnico que lo caracteriza evoluciona rápidamente gracias a factores endógenos y exógenos y las relaciones jurídicamente relevantes que giran en torno a él varían a la luz de los nuevos acontecimientos. Ante este dinamismo propio de lo agrario, la función interpretativa en la aplicación de la ley rejuvenece las viejas normas promulgadas bajo contextos históricos superados. *Es el concepto del derecho viviente. La interpretación –se hace bajo un criterio científico- evoluciona las normas jurídicas sin necesidad de derogarlas o reformarlas por los procedimientos formales establecidos: serían las mismas normas en su literalidad; pero evolucionada en su conceptualización.* Es la razón por la cual un texto promulgado hace más de cien años sirve para resolver problemas actuales; sobre la base de que trata de aplicar e interpretar las normas a la luz de los valores y fines que persigue el Derecho Agrario al caso preciso. (Cursivas nuestras)

La autora Alexandra Alvarado Paniagua, en el ensayo ante citado<sup>18</sup>, refiérese a la interpretación del Derecho Agrario indicando el papel que en la misma ha de jugar el juez, destacando lo siguiente:

El contenido real de sus Institutos se ha modelado en la doctrina y jurisprudencia en la que se ha plasmado toda una labor interpretativa de los principios de derecho agrario y supletoriamente en los principios generales del derecho sin perder de vista la esencia de los Institutos Agrarios los cuáles nacen, se transforman o desaparecen con el cambio social ya sea a lo interno de cada Nación o a lo externo con el devenir de los aconteceres económicos mundiales. Ante la escasez de normas

---

17 Carlos Picado Vargas. *Idoneidad de un Criterio Tridimensional para la Interpretación Unitaria del Derecho Agrario. Derecho Agrario del Futuro*. Editorial Guayacán. San José. 2000. Página 326.

18 Alexandra, Alvarado Paniagua. *Ibidem*. Páginas 196 y 197.

escritas para aplicarlas a casos concretos, es que se debe jugar el papel más importante, que es el de la interpretación. En este sentido sobresale la labor del Juez Agrario, quien tiene bajo su responsabilidad la administración de la justicia agraria. *Esta importante responsabilidad debe ejercerla de manera justa, dando su fallo o sentencia cargada de un contenido real, inmiscuido en los hechos y el contexto histórico, político y social en que los mismos han acontecido.* Debe realizar una interpretación tridimensional, en el cual juzga el hecho, valor y norma. *Esta labor resulta fácil cuando encontramos la norma aplicable al caso, pero si la misma no existe o es escasa es allí donde surge la importante labor creadora del Juez. Esta labor creadora del Derecho Agrario por parte del Juez Agrario, es la que hace de este Derecho un derecho dinámico, no rígido o formalista, versátil, actualizado porque va acorde con los rápidos cambios sociales, más justo porque entiende el problema en todo su contexto histórico, real o material y evolutivo.* En la medida que el Juez Agrario desarrolle su función reuniendo estas características, y con una filosofía social tendiente al desarrollo sostenible, podremos afirmar que nuestro Sistema Judicial responde de manera justa a la solución de conflictos. ¿Qué bases de nuestro Ordenamiento Jurídico tiene el Juez para iniciar esa labor interpretativa, si las normas son escasas? ¿Deberá el Juez entrar a resolver el caso con normas de otras ramas del derecho aplicadas supletoriamente en forma rígida y formalista? ¿Tendrá el Juez agrario que resignarse a pensar que no tiene herramientas jurídicas agrarias para resolver el caso, más aún si considera que muchos de los Institutos del Derecho Agrario han muerto? Ante estas interrogantes y analizado el contexto jurídico actual, *llegamos a la conclusión que el panorama del jurista agrario no es tan negativo o patético como muchos puedan pensar, -sino todo lo contrario-, se trata de un derecho en constante formación y evolución, es un derecho viviente, humanista, que rejuvenece constantemente gracias a esa labor interpretativa moderna.* (Cursivas nuestras)

*Análisis de algunos principios sustantivos agrarios.* Un factor primordial en la comprensión del tema agrario es el estudio de los principios, sustantivos y procesales que le informan, y su comprensión por parte de juzgador en el papel que la autora antes citada le señala como propio de su labor. La precisión de los principios permitirá ahondar en la razón de las motivaciones y aspiraciones del Derecho Agrario. Analizarlos e interiorizarlos permitirá al intérprete llegar al *numen* de sus postulados.

Entonces, es el objetivo de esta parte de la investigación precisar algunos principios que permiten comprender la esencia del Derecho

Agrario, tanto venezolano como latinoamericano, como instrumentos que facilitarían la interpretación que en esta área es necesaria realizar.

Allí en esos principios veremos las fuentes materiales (históricas, políticas, económicas y sociales) que permiten comprender el por qué del contenido de las instituciones, bien sean traídas de otros lares o sean vernáculos.

Específicamente revisaremos algunos principios que rigen en el ámbito sustantivo agrario. Para ello partamos del conocimiento previo que la doctrina jurídica ha reconocido en el Derecho Agrario latinoamericano a algunas ideas que cumplen el papel de principios rectores.

Como hemos señalado previamente la discusión original sobre el derecho agrario tuvo como objetivo fundamental la búsqueda de los principios generales, para poder llegar al concepto de autonomía o especialidad, pero finalmente se ha determinado que ello no es lo esencial para su caracterización, que es más importante hacer el estudio de las instituciones que conforman al derecho agrario.

Sin embargo, apreciado el verdadero valor de los principios como factor de conformación de las instituciones, ora sustantivas ora procesales, bien merece una revisión la temática, para precisar en qué grado permiten hacer la labor interpretativa de los autores. Será analizar el modo como estos (la doctrina jurídica agraria) influyen en la jurisprudencia, y el paso de ésta a la legislación; en ese perfecto correaje que con frecuencia se presenta en la conformación del derecho positivo.

Desarrollaremos algunos principios sustantivos agrarios que tienen carácter universal; los cuales responden a concepciones del derecho agrario ecuménico. Lo haremos utilizando la expresión legislativa que tiene el Estado venezolano sobre estos principios; es decir, vamos a emplear las leyes venezolanas para analizar los principios universales del derecho agrario, representándolos y viéndolos inmersos en estas normas de derecho positivo que vamos a mostrar posteriormente.

*Principio antilatifundista.* El derecho agrario, y muy marcadamente el venezolano y el latinoamericano en general, tiene como un principio orientador fundamental el antilatifundismo. Su concreción legal altera el concepto tradicional de la propiedad, y crea un elemento de interpretación al momento de dilucidar el significado de las normas que regulan la

institución. Así el artículo 307 de nuestra Constitución Nacional establece expresamente lo siguiente:

*Artículo 307. El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecerá las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola. Los campesinos o campesinas y demás productores agropecuarios y productoras agropecuarias tienen derecho a la propiedad de la tierra, en los casos y formas especificados en la ley respectiva. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola. El Estado velará por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario. Excepcionalmente se crearán contribuciones parafiscales con el fin de facilitar fondos para financiamiento, investigación, asistencia técnica, transferencia tecnológica y otras actividades que promuevan la productividad y la competitividad del sector agrícola. La ley regulará lo conducente a esta materia (Cursivas nuestras)*

Esta norma permite un análisis en los siguientes términos generales:

1. Es una declaratoria acerca del latifundismo como elemento contrario al interés colectivo.
2. Establece la voluntad de la ley de disponer lo conducente para que se procure su eliminación mediante fórmulas tributarias, que estimulen la actividad agro productiva.
3. Otra característica que se le puede deducir al artículo en comentario es que establece la obligación del Estado de proveer los medios para que los productores del campo (campesinos y demás productores) tengan acceso a la propiedad agraria. Lógicamente con el concepto de propiedad que esta especial rama pueda concebir.
4. Esta visión antiatfundista afecta el concepto clásico de la propiedad, vista ésta con una concepción liberal estatuida en el artículo 545 del Código Civil venezolano, y que responde a la conformación ideológica del viejo derecho napoleónico.
5. Toda concreción legal que se exprese en la legislación formal venezolana sobre la propiedad deberá respetar el concepto básico y fundamental que sobre esta institución contiene el artículo 115 constitucional.

De igual modo el artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, contiene el principio antilatifundista que venimos describiendo, al establecer:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto establecer las bases del desarrollo rural integral y sustentable; entendido éste como el medio fundamental para el desarrollo humano y crecimiento económico del sector agrario dentro de una justa distribución de la riqueza y una planificación estratégica, democrática y participativa, *eliminando el latifundio como sistema contrario a la justicia, al interés general y a la paz social en el campo*, asegurando la biodiversidad, la seguridad agroalimentaria y la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones” (Cursivas nuestras)

Ley establece que su objetivo fundamental es establecer las bases del desarrollo rural integral y sustentable, en el entendido que éste se conforma en la idea primigenia del desarrollo humano y el crecimiento económico, con justa distribución de la riqueza.

Finalmente el artículo 7 de la ley especial agraria define que entiende por latifundio, y expresa:

Artículo 7. *A los efectos de la presente Ley, se entiende por latifundio toda aquella tenencia de tierras ociosas o incultas, en extensiones mayores al promedio de ocupación de la región en la cual se encuentran ubicadas, en el marco de un régimen contrario a la solidaridad social.*

Se determinará la existencia de un latifundio, cuando señalada su vocación de uso, así como su extensión territorial, se evidencie un rendimiento idóneo menor a 80%. El rendimiento idóneo se calculará de acuerdo con los parámetros previstos en el Título III de la presente Ley” (Cursivas nuestras)

Se observa que en la legislación reciente sobre esta materia se ha alterado el concepto universal de latifundio, construyendo una idea que desecha el requisito de la extensión territorial y mantener, exclusivamente, el de la explotación eficiente.

*Principio de la función social de la propiedad.* Como tal entendemos, siguiendo de cerca la opinión del profesor Alí José Venturini Villarroel<sup>19</sup>, lo siguiente:

...es aquel según el cual *la propiedad de la tierra, la ocupación o posesión de la misma, y en general, toda situación de legítima tenencia, deben cumplir un papel activo en la producción agraria* con arreglo a las exigencias formales y materiales establecidas al efecto según los casos...*omissis*...Al distinguir su operatividad hemos propuesto hablar de ‘función social norma’ para referirnos a la carga múltiple que precia y taxativamente impone a los propietarios el art. 19 de la Ley de Reforma Agraria y ‘función social-valor’, como principio general del Derecho Agrario (Cursivas nuestras)

En la exposición de Motivos de la Ley de Reforma Agraria del año 1960, con ocasión de la discusión que se produjo en la Cámara de Diputados del órgano legislativo, se produjo una rica discusión sobre esta idea cardinal, y se explico en la justificación de la ley lo siguiente<sup>20</sup>:

Desde el punto de vista netamente económico, desde el punto de vista puramente de la producción, una Reforma Agraria en Venezuela debe darle a todos ellos, si cumplen los requisitos de la ley, garantías y estímulos suficientes para que continúen en su labor. *Por eso, la teoría de la función social de la propiedad parece hecha a la medida de la realidad venezolana y por ello ha venido a ser aceptada aún por aquellos que ideológicamente pudieran estar en contra de la misma. Por cuanto esa garantía de la propiedad, orientada conforme a los principios de la función social, representa el mayor estímulo y el mayor incentivo para la producción. En este sentido la Reforma Agraria lejos de afectar aquellas propiedades que cumplen con su función social, las estimula, las garantiza y las protege al mismo tiempo que va decididamente contra aquellas propiedades que son verdaderos latifundios porque se mantienen ociosas o en las cuales no existe el esfuerzo creador directo del hombre sobre la tierra, sino en donde a través de sistemas indirectos y en busca solo de la renta de la misma, se verifica una verdadera explotación del hombre por el hombre.*

19 Alí José Venturini Villarroel. *Derecho Agrario Venezolano. Tomo I. Parte General.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1994. Pp. 231 y 232.

20 Congreso Nacional de la República de Venezuela. *La Ley de Reforma Agraria en las Cámaras Legislativas.* Publicaciones de las Secciones de Información y Prensa e Imprenta del Congreso Nacional. Tomo I. reimpresión. Caracas. 1981. P. 27.

Esta teoría de la función social no solo es el más moderno concepto jurídico en relación a la propiedad, sino también el más realista y el más justo, el que más conviene a la situación venezolana. Por ello fue acogida por los proyectistas, animados por encima de todo, de hacer una Ley que, lejos de entabrar el desarrollo económico del país lo impulse y lo estimule orientándolo, eso sí, sobre bases firmes y definidas de justicia social para que ese desarrollo no beneficie únicamente a unos pocos sino vaya en defensa de nuestras grandes masas campesinas, a quien una Reforma Agraria, como se ha dicho al principio, ha de considerar como el centro y meta de todas sus aspiraciones. (Cursivas nuestras)

Observamos también que el constituyente de 1999 se negó a utilizar la expresión “función social de la propiedad”; más, sin embargo, este principio o idea está intacta en la concepción íntima del Derecho Agrario ecuménico, más allá de la precaución de aquél. Igualmente el legislador cuando elabora la ley especial agraria procura no utilizar la frase, pero en el contenido de aquélla utiliza sinónimos tales como: función social de la seguridad agroalimentaria de la nación (artículo 5, numeral 5); o, función social de la tierra o de la producción nacional (artículo 22).

En todo caso el artículo 115 de la Constitución Nacional establece:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. *La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.* Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes” (Cursivas nuestras)

La particular e importante conceptualización latinoamericana de la función social de la propiedad ha sido observada por juristas del viejo continente. El autor español Alberto Bailarín Marcial, en el trabajo denominado *La Función Social del Suelo Rústico y de la Propiedad Agraria*<sup>21</sup>, expone:

---

21 Alberto, Bailarín Marcial. Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado. *La Función Social del Suelo Rústico y de la Propiedad Agraria*. Año 1. N° 1. Rosario. Argentina. 1992. Páginas de la 5 a la 7 y de la 8 a la 9.

La primera edición de mi libro *Derecho Agrario* lleva fecha de 1965 y en él traté con cierta extensión el tema de la función social (fs) de la propiedad, señalando los antecedentes del mismo en el Derecho agrario español. *En ese mismo año di a la luz un trabajo sobre "Los principios generales de la reforma agraria integral" referido a las que se estaban poniendo en marcha en Ibero América, como consecuencia del impulso representado por la Kennedyana Alianza para el Progreso. Algo que me impresionó vivamente al leer aquellas leyes fue el análisis que ponían en la idea de fs como punto de partida para el nuevo Derecho agrario reformista* y, a propósito del mismo, planteo el doble aspecto de la fs: a) Subjetivos, como deber de cultivar de modo eficiente, directo y correcto, que todas aquellas disposiciones destacaban llevando acabo una concreción desconocida en Europa, a pesar de la mucha tinta doctrinal y legislativa que había hecho ya correr el tema de la fs; y b) El aspecto objetivo, en cuanto la propiedad como institución debía distribuirse de una cierta manera para establecer "relaciones sociales equitativas" si lo quisiéramos decir con las palabras utilizadas por el artículo 44 de la Constitución Italiana, en el que evidentemente se había tenido en cuenta este aspecto...*omissis*.. Desde hace algunos años, los juristas nos referimos más a la "propiedad" que al "derecho de propiedad", lo que no deja de ser significativo. La misma Constitución, en su artículo 33 no habla del "derecho de propiedad" sino del derecho a la propiedad". Ello, como vamos a verlo en seguida, tiene gran trascendencia. Revela el cambio producido desde los días del ya centenario Código civil (art. 348) hasta hoy mismo. Quisiera destacar, ante todo, cómo ha venido a generalizarse o imponerse la nueva caracterización de la propiedad. En un trabajo de 1972, escribí lo siguiente: "a la vista de los nuevos datos normativos en esta frase: del derecho subjetivo de propiedad a la propiedad relación jurídica, suma de los derechos y deberes ligados entre sí, sucediendo lo mismo con aquello que alguien ha llamado derecho de empresa. Observemos cómo el civilista no tiene más remedio que hablar de `relación', consecuencia de la bipolaridad que advierte en la propiedad actual. Sólo que, por mi parte, sostengo que esa relación *se da entre el sujeto de la propiedad y el sujeto pasivo universal*, el cual aparece representado por el Estado, la Administración, en cuanto a la exigencia de deberes, para mí está claro que la contrapartida de la exclusión de los terceros de la cosa apropiada consiste en ese deber que tiene el propietario de cumplir la función social...*omissis*.. A medida que aumenta la legislación especial, ésta introduce nuevos deberes en relación con la propiedad, la propiedad se sigue configurando como derecho subjetivo y no hay ninguna contradicción en que se diga que es también una relación jurídica, lo mismo que se habla de relación obligatoria y de derecho de crédito. (Cursivas nuestras)



*Relación entre la función social de la propiedad y la reforma Agraria.* Como un concepto político y social muy cercano a la función social de la propiedad se encuentra la idea de la reforma agraria. Entre la reforma agraria y la función social de la propiedad existe un perfecto acoplamiento, que conduce a una complementación de labores.

Tanta importancia tiene esta institución que la doctrina universal ha pretendido darle características propias al derecho agrario latinoamericano, señalando que éste pone en énfasis en los asuntos referentes a la reforma agraria. Ello parece así por cuanto normalmente las legislaciones positivas que se han producido en países como México, Perú, Colombia y Venezuela, colocan su atención sobre el problema de la reforma agraria. Es entonces importante destacarle como un principio fundamental, incluso *supralegislativo*, en el sentido de que constituye un objetivo de los Estados latinoamericanos atender al problema de la distribución de la tierra y de la riqueza, y se ha de dar cobijo en los estamentos constitucionales.

La preferente atención al problema agrorreformista en Latinoamérica, consigue su justificación en la necesidad de “enderezar entuertos” que nacen con la conquista (repartimientos, bulas), con las guerras civiles (adjudicaciones militares) o de la corrupción administrativa, que han creado grandes capitales (latifundios, *verbigracia*) y empobrecido vastos sectores sociales.

Hoy día, la reforma agraria podría jugar un papel fundamental en el mejoramiento económico del país, si se le redimensiona y deslastra de prácticas atávicas y políticas que la han conducido aun estado de postulación. Debe pensarse en la descentralización de la actividad agraria, la despartidización de los organismos administrativos y sindicales del agro, aplicación de principios de gerencia pública, fórmulas de autogestión económica, etc., como vías para su relanzamiento y justificación actual.

Por ello la mayoría de los autores latinoamericanos en el área agraria, a diferencia de los autores europeos, en los textos jurídicos afrontan con especial interés el problema de la reforma agraria. Una prueba evidente de que así ha sido permanentemente, sin menoscabo de los cambios que se vienen produciendo en la concepción agrarista latinoamericana, es que en Venezuela la primera ley procesal que se dicta con ocasión del relanzamiento de la reforma agraria estaba destinada exclusivamente para la materia agro reformista. Se le denominó Ley Orgánica de Tribunales y

Procedimientos Agrarios. Era esta una ley ideada para resolver los problemas derivados de la ejecución de la reforma agraria.

Es en 1982 cuando con la vigente Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios se amplía el contenido de la competencia procesal agraria para llevarlo a los asuntos que van más allá de la reforma agraria.

El V Congreso Internacional de Derecho Agrario, celebrado en Goiania, Brasil, del 27 al 31 de agosto de 1990, sobre esta temática apuntó<sup>22</sup>:

La reforma agraria debe ocurrir en todos los casos de concentración excesiva de propiedad que comporte acumulación de poder político, con perjuicio para una auténtica democracia política y a su vez siempre que fuera incumbencia de los propietarios el deber de cultivar y mejorar (en su doble aspecto económico y humano) inherente a la función social.

La reforma agraria ha de realizarse en favor de empresas familiares y comunitarias, en un proceso general de desenvolvimiento, con aportes de capital, créditos, tecnología, mejor comercialización e industrialización de los productos, mejora educacional y de formación profesional, utilizando al máximo, para ello, las estructuras cooperativas, revitalizando, donde estén previstas, las cooperativas integrales de reforma agraria.

El mismo hecho de la forma como se realizó la conquista, y posterior colonización de los territorios americanos, constituye un motivo de reflexión para comprender desde el punto de vista histórico y económico, la necesidad de la reforma agraria como un elemento prioritario para el derecho agrario de esta parte del mundo.

En efecto, es la manera como a través de instituciones jurídicas traídas de Europa, como la bula o el repartimiento, produjo la concentración de la riqueza (tierras) en manos determinadas y escasas; los resultados de las guerras intestinas, como la federal venezolana, que condujeron también a que los organizadores de la patria se reservaran para sí y para los soldados grandes extensiones de tierras, la presencia de regímenes políticos de fuerza, han producido en Latinoamérica una marcada desigualdad social, una absolutamente injusta distribución de la riqueza, una

---

22 Tomado de la Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado. *Ibidem*. Página 157

brecha inmensa entre los sectores poderosos (latifundistas) y las clases desposeídas (campesinos y obreros).

Por ello la reforma agraria constituye para el derecho agrario latinoamericano una figura central, de primer orden, que intenta revertir el proceso económico para colocar el acceso al mejoramiento económico en cabeza de todos los habitantes de estos países, y especialmente en los sectores del campo.

Así, podemos comprender cómo la reforma agraria constituye para el derecho agrario, una institución de importante orden, la ya transcrita norma contenida en el artículo 27 de la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, es una prueba evidente de ello.

El autor José Ramón Medina Cervantes<sup>23</sup>, en su obra *Derecho Agrario*, establece que entre los principios sustantivos contenidos en el artículo 27 del constituyente de Querétaro, se incorporan normas destinadas a restablecer la propiedad originaria de la nación mexicana sobre las tierras y las aguas comprendidas en su territorio, que asimismo se dedica la ley en la norma referida a establecer las expropiaciones por causa de utilidad pública mediante indemnización, y en el tercer párrafo se habla de que para cumplir los objetivos del constituyente se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios, el desarrollo de la pequeña y la creación de un centro de explotación agrícola con las tierras y aguas indispensables, se llevará a cabo el fomento de la agricultura y se evitará la destrucción de los elementos naturales, se establece la acción de dotación, para adjudicar fundos, para proporcionar tierras y aguas a los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de esos bienes.

El Estado mexicano cuenta en la actualidad con la ley Federal de Reforma Agraria, la cual está destinada a regular esta parte del derecho agrario que hemos considerado fundamental para la estructura económica latinoamericana.

En conclusión, factores históricos, económicos y políticos han conducido a que el derecho agrario latinoamericano tenga características diversas a las del resto del orbe, atendiendo a la circunstancia de la necesidad de una reforma agraria que redistribuya la riqueza, la propiedad de la tierra, permitiendo un mejor y más elevado nivel de la calidad de la vida.

---

23 Medina Cervantes, José Ramón. *Derecho Agrario*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla. México. 1987.

*Principio de la permanencia agraria.* Una de las ideas o principios más caros al concepto de justicia social, aplicado al mundo del Derecho Agrario es aquel según el cual "...la tierra es quien la trabaja..." Tal concepto define el camino que frente a la propiedad sigue esta rama del derecho social. En sus predios no se percibe a la propiedad de la cosa agraria (tierra) como un bien dispuesto exclusivamente para el uso, goce disfrute y disposición por parte del dueño, sino un derecho que crea una obligación de ejercerlo para que la cosa sea productiva; no se concibe en el derecho agrario una propiedad que no esté comprometida con la construcción de una actividad productiva.

De este modo cuando se otra persona distinta al propietario es quien la convierte en cosa productiva se le crea un derrotero para el derecho a acceder a la propiedad de aquél. Para este objetivo se ha creado la prescripción adquisitiva, pero como una fórmula justiciera y en búsqueda de la consolidación de esta posibilidad para el ocupante se ha creado la figura del *Derecho de Permanencia*.

Esta institución jurídica consigue en la doctrina universal agraria su conceptualización y definición. Como observaremos *a posteriori* la legislación venezolana actual se ha alejado de los cánones tradicionales que justifican su existencia, para acercarse más hacia una idea política que tiene como finalidad dar respuesta a la injusticia en la distribución de la riqueza, lo cual parece exceder de las posibilidades de la institución y conduce por una vía de pérdida del contenido real y lógico de la misma.

Su expresión real se verifica en la autorización que el Estado concede al ocupante para que siga ocupando el inmueble, tomando como fundamento la previa ocupación que sobre aquél ha venido ejerciendo. Se confiere una autorización para que siga en la estancia del bien.

El profesor Israel Argüello Landaeta<sup>24</sup> conceptualiza al derecho a la permanencia agraria en los siguientes términos:

es un derecho protector concedido al productor rural en general para permanecer en la tierra que labora realizando actividades agrarias de

24 Israel Argüello Landaeta. *Ejercicio de las Pretensiones Agrarias referidas a la Propiedad y la Posesión*. Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajo de ascensos N° 2. Caracas.

cualquier tipo, sin importar si se trata de tierras públicas o privadas. *El derecho de permanencia agraria es un derecho-garantía para aquellos agricultores que realizan actividades agrarias en la tierra que están ocupando, poseyendo, o por virtud de cualquier título o en ejercicio de un derecho real.* Por lo tanto es un derecho garantista, de interés social, pues al protegerse se está en presencia de fines colectivos, como es el potencial agroalimentario para la sociedad” (Cursivas nuestras)

El jurista venezolano Alí José Venturini Villarroel ha definido a este derecho-garantía agro económico en los siguientes términos<sup>25</sup>:

...el poder jurídico (autónomo) que se atribuye a los productores rurales, en los términos y condiciones previstos por la Ley, para continuar sus explotaciones, aun contra la voluntad del propietario del fundo objeto de la actividad, sin que puedan ser *desalojados* de las tierras que laboran en virtud de un contrato de tenencia o de ocupación unilateral por más de un año...

La definición utilizada permite concederle al derecho subjetivo agrario que se estudia las siguientes características:

1. Es un poder jurídico que la ley concede al productor agropecuario. Es decir, está diseñado para proteger a la persona que realiza una actividad agroproductiva en un momento y en un bien inmueble (fundo agrario) cierto.
2. La ley debe expresar su contenido y alcance. Lógicamente, se deberá respetar la esencia del derecho subjetivo mismo, consistente en el amparo al sujeto que labora la tierra.
3. El Estado impone este derecho aun en contra de la voluntad de quienes sean titulares de derechos (reales) sobre el inmueble, en el cual se desarrolla la actividad agroproductiva por parte del productor agropecuario. Así pues, el derecho de permanencia agraria nace de la relación que existe entre aquella persona que directa efectivamente explota el terreno y el terreno que es económicamente explotado.
4. El derecho se traduce, pragmáticamente, en un escudo protector contra el *desalojo, lanzamiento o despojo* del inmueble en el cual se desarro-

---

25 Alí José Venturini. *El Derecho de Permanencia Agraria y el Desalojo de Fondos Rústicos Arrendados u Ocupados Unilateralmente*. Separata de la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 134. Julio-Diciembre. 1968. Editado por el Instituto Agrario Nacional. Caracas. 1969. Página 118.

lla la actividad agroproductiva por parte del productor agropecuario. Hemos de entender tal prerrogativa como de naturaleza subjetiva y de orden público.

5. El derecho nace a través de dos vías, a saber, por la celebración de un contrato de tenencia (arrendamiento, comodato, aparcería) o de una ocupación unilateral por parte del ocupante-productor. Implica ello que la protección se conferirá tanto al que ejerce la actividad amparado en una relación convencional, como a quien la ha iniciado sin tomar en consideración la conjugación de voluntad con otra persona.

El derecho de permanencia agraria, en cualquiera de sus modalidades, ha sido reconocido desde la vigencia de la derogada Ley de Reforma Agraria, en su artículo 148, concordado con el artículo 2, literal C. En la derogada ley especial agraria se tenía una concepción de protección en la medida en la cual existía un trabajo efectivo en la tierra rural, y la vía era la administrativa, sin negar que la doctrina y la jurisprudencia fueron creando la posibilidad de conferirse en sede judicial, como analizaremos *infra*.

Así mismo la jurisprudencia venía definiendo a la institución, mediante fallos del más alto Tribunal de la República, tal y como la dictada por la Sala de Casación Social, fechada 8 de agosto de 2001, caso Sergio Fernández Quirch contra Agropecuaria Josfra, C.A., y bajo ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo, estimándose que:

El derecho de permanencia agraria en sus diversas modalidades, según se trate o no de un sujeto beneficiario de la reforma agraria; de un pequeño/mediano productor o de un sujeto que exceda esas calificaciones; de un fundo ajeno de propiedad privada, baldío o propiedad del Instituto Agrario Nacional; de una ocupación de origen contractual o unilateral, consentida o no; debe considerarse a la luz del carácter publicista o de orden público, económico-agrario, de las normas respectivas, y de los principios protectores de la actividad agraria efectiva y productiva, conjugando bajo miras de justicia y equidad, los intereses particulares de quien pretenda acogerse al mismo y la utilidad que representa tal actividad para la sociedad en general, con el derecho de propiedad reconocido legal y constitucionalmente aunque sometido a las regulaciones que derivan de la aplicación del principio de la función social que la misma debe cumplir. *En ese orden de ideas considera la Sala, no obstante la escasez de la normativa al respecto, que el derecho de permanencia agraria debe entenderse*

*con amplitud y en sus particulares características desarrolladas por la doctrina, conforme a las cuales, se trata de un especial derecho real inmobiliario que permite al sujeto-productor agrario colocado en determinada situación de hecho, de una parte, protegerse frente a los intentos de interrupción de su actividad, y de la otra, acceder a la propiedad del fundo en que la desarrolla de manera directa y efectiva, amplitud por la que puede extenderse la figura del acceso a la acción de permanencia incluso al sujeto con ocupación de origen contractual que sobrepase la calificación de pequeño o mediano productor y que resulta permitida según el encabezamiento del artículo 148 de la Ley de Reforma Agraria, donde se contempla el amparo para “toda persona”, y por el texto del literal c) del artículo 2º de la Ley de Reforma Agraria, donde se expresa que en atención a los fines perseguidos por la ley, se garantiza el derecho a los agricultores de permanecer en la tierra que están cultivando (Cursivas nuestras)*

Si bien es cierto que dicha sentencia se produjo en vigencia de la hoy derogada Ley de Reforma Agraria, no es menos cierto que en esencia su argumentación jurídica no ha sido modificada por la nueva y vigente legislación, toda vez que ya para entonces había sido aprobada la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que contempla dentro del régimen socio-económico y la función del Estado en la economía, que la producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación (Artículo 305).

En consonancia con dicho criterio pautan los artículos 17, 18, 19 y 20 de la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario:

Artículo 17. Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agroalimentaria, se garantiza:

1. La permanencia de los grupos de población asentados en las tierras que han venido ocupando.
2. La permanencia de los pequeños y medianos productores agrarios en las tierras que han venido ocupando pacíficamente para el momento de la promulgación de la presente Ley.
3. La permanencia de los grupos organizados para el uso colectivo de la tierra, así como el de las cooperativas agrarias y otras organizaciones económicas campesinas en las tierras ocupadas con fines de uso agrario.
4. A todos los campesinos y campesinas, el derecho fundamental a perseguir su progreso; y en tal sentido no podrán ser desalojados de ninguna tierra ociosa o inculta que ocupen con fines de obtener

una adjudicación de tierras, sin que se cumpla previamente con el debido proceso administrativo por ante el Instituto Nacional de Tierras.

5. A los pescadores artesanales y acuicultores el goce de los beneficios establecidos en esta Ley.
6. La protección de la cultura, el folklore, la artesanía, las técnicas ancestrales de cultivo, las costumbres, usos y tradición oral campesinos, así como la biodiversidad del hábitat.
7. De manera preferente a los ciudadanos y ciudadanas nacidos y residentes en zonas rurales, con una edad comprendida entre 18 años y 25 años, el acceso a una parcela productiva agraria, o a un fundo estructurado para asegurar la sustentabilidad humana del desarrollo agrario.

*Parágrafo Primero:* La garantía de permanencia puede declararse sobre las tierras determinadas en el artículo 2 de la presente Ley, y deberá ser declarada mediante acto dictado por el Instituto Nacional de Tierras. El acto que declare, niegue o revoque la garantía de permanencia agota la vía administrativa, contra el mismo podrá interponerse recurso contencioso administrativo de nulidad, dentro de los treinta días continuos siguientes por ante el Tribunal Superior Agrario competente por la ubicación de las tierras ocupadas.

*Parágrafo Segundo:* En cualquier estado y grado del proceso judicial de que se trate, puede consignarse el acto dictado por el Instituto Nacional de Tierras, que dé inicio al procedimiento para la declaratoria de la garantía de permanencia, o el acto definitivo que la declara, debiendo el juez de la causa abstenerse de practicar cualquier medida de desalojo en contra de los sujetos beneficiarios de dicha garantía.

*Parágrafo Tercero:* Declarada la garantía de permanencia, el procedimiento administrativo que tenga por objeto el desalojo solicitado por la parte interesada, deberá llevarse a cabo por ante el Instituto Nacional de Tierras, de conformidad con el numeral 4 de este artículo; a tales efectos, la petición de desalojo se tramitará a través del procedimiento ordinario establecido en el Título III del Capítulo I de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de la presente Ley”

“Artículo 18. Los arrendatarios, medianeros y pisatarios, que cultiven pequeños lotes en tierras privadas, denunciadas o señaladas como ociosas o incultas, tienen derecho a permanecer en ellas durante el procedimiento de rescate de las tierras o durante el procedimiento de expropiación hasta que el Instituto Nacional de Tierras decida acerca de la adjudicación de las tierras que ocupan o su reubicación en otras de iguales o mejores condiciones”

“Artículo 19. Se reconoce el conuco como fuente histórica de la



biodiversidad agraria. El Ejecutivo Nacional promoverá, en aquellas áreas desarrolladas por conuqueros, la investigación y la difusión de las técnicas ancestrales de cultivo, el control ecológico de plagas, las técnicas de preservación de suelos y la conservación de los germoplasmas en general.

“Artículo 20. Se garantiza la permanencia de los conuqueros en las tierras por ellos cultivadas, y tendrán derecho preferente de adjudicación en los términos de la presente Ley”.

*Comentarios sobre el derecho de permanencia y el sistema procedimental creado para hacerle efectivo.* Este derecho permite dos visones sobre el modo como se le ha de materializar. Según una parte de la doctrina y legislación universal el sistema para que se concretice sería a través de un procedimiento administrativo que terminaría con un acto administrativo que concedería o negaría el derecho de permanencia.

*Preeminencia de la actividad administrativa sobre la jurisdiccional, en lo relativo a los conflictos de intereses entre partes.* Siendo la revolución mexicana un icono en el estudio del derecho agrario histórico, sus enseñanzas nos permiten acercarnos a la concepción jurídica que predominó en aquel entonces en la mente de los protagonistas de tal hecho. Así al proceso resolutorio de los conflictos se le dio un carácter predominantemente administrativo. La explicación política salta a la vista. El órgano político-administrativo lidera el proceso revolucionario mexicano y trata de hacer prevalecer su predominio, excluyendo mayormente a la rama jurisdiccional de los asuntos relativos a los conflictos de intereses. La intervención de la rama ejecutiva del Estado es absoluta.

Caso distinto ocurrió en tiempos recientes, año 1969, en el Perú, cuando el proceso nacionalista que condujo el General Velasco Ibarra planteó al proceso agrario como un sistema predominantemente judicial. Su contenido remitía a la labor judicial como fórmula tuitiva para los débiles jurídicos según la percepción política de aquel régimen. Sobre este tópico consúltese el texto *Derecho Agrario. Instituciones. Tomo II*, del profesor Román José Duque Corredor<sup>26</sup>.

*Aspecto crítico de esta problemática.* Las posturas que frente al proceso agrario hemos reseñado a través de dos casos emblemáticos,

---

26 Román José Duque Corredor. *Derecho Agrario. Instituciones. Tomo II*. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 2001. Páginas 263-268.

toca de cerca el problema de la democratización de la vida política de los países americanos. Es un tópico de la democracia como problema a resolver. ¿Qué significa escoger uno u otro método? Veamos.

Sin ignorar el alto contenido político del tema en análisis, digamos que los asuntos relativos a conflictos de intereses ínter subjetivos entre partes deberían ser –generalmente– un aspecto a ser resuelto por un funcionario imparcial, no comprometido con el resultado de la gestión política.

El funcionario administrativo tiene un compromiso con una visión política-administrativa que le convierte en un decidor parcializado hacia las resoluciones que mejor se adapten a sus compromisos y garanticen el mejor resultado de su gestión.

Por el contrario el funcionario jurisdiccional no tiene ataduras con el resultado o impacto de su sentencia en el proyecto político del sistema o régimen imperante. Por ello nos inclinamos por una concepción democratizadora, que revele la madurez del sistema político, que abandona la concepción del total control político sobre la actividad del campo y, cuando de un asunto conflictivo ínter subjetivo se trate, colocará la resolución en manos el órgano judicial como garantía para los ciudadanos.

*Tendencia jurisprudencial actual en la materia.* La ley especial agraria del año 2001, y su reforma del 2005, acogen la tesis de la presencia omnipresente del ente administrativo agrario. Privilegia la presencia de la rama ejecutiva, lo cual redundo en un marcado estatismo. Amén de privilegiar la actividad administrativa, que supone el predominio del órgano político administrativo en la ejecución de la ley, en el mismo proceso jurisdiccional se permite la intervención con altos privilegios y prerrogativas procesales para la administración pública. Criterio político-procesal que en nuestra opinión marcha en sentido contrario a las tendencias modernas sobre la necesidad de acortar las distancias en el proceso entre la administración y el administrado. Entre otros, el artículo 23 de la ley es la sumatoria de privilegios del Estado que constituye una intromisión de la rama ejecutiva en las labores naturales de la jurisdiccional.

Ahora bien, en materia de permanencia la ley –en sus dos versiones– permitiría que el conflicto de intereses entre el ocupante y el propietario se resolviera en dos sedes de distinta naturaleza; es posible que entre particulares, y con ocasión de tierras privadas, lo tramite el

Tribunal de Primera Instancia Agraria, por el procedimiento ordinario agrario, el cual es oral; o que se plantease en sede administrativa cuando en las tierras *sub litis* tenga interés algún ente público, y en este caso el trámite se inicia en sede administrativa y culminará, eventualmente, en la jurisdicción contenciosa-administrativa agraria.

El trámite administrativo tendría como fundamento en el artículo 119, ordinal 12° y 13°, de la ley especial agraria, la cual dispone:

Artículo 119. *Corresponde al Instituto Nacional de Tierras:*  
...*omissis*...

12. *Declarar o negar la garantía de permanencia previsto en la presente Ley, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 17 de esta Ley.* A estos efectos, el Instituto informará mediante resolución, a los solicitantes sobre los recaudos que deberán presentar para la declaratoria, así como de los trámites a seguir de conformidad con lo establecido en el reglamento de esta Ley y en las resoluciones que al efecto dicte el Instituto Nacional de Tierras.

13. Revocar el acto que declaró la garantía de permanencia, cuando esté plenamente demostrado que los supuestos que le dieron origen a su reconocimiento han cesado o si voluntariamente el beneficiario hubiere dejado de permanecer en las tierras.

...*omissis*... (Cursivas nuestras)

Asimismo el artículo 208, Ordinal 5°, *eiusdem* señala como competencia del Tribunal de Primera Instancia Agraria la materia en cuestión. Veamos. “Artículo 208. Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos:

...*omissis*...

5. Acciones derivadas del derecho de permanencia.

...*omissis*...” (Cursivas nuestras)

Como se observa existen dos fórmulas radicalmente opuestas destinadas a manejar un hecho, la ocupación de la tierra agraria y el conflicto del ocupante con el propietario de la tierra. Ante esta postura de nuestra ley especial agraria, venimos afirmando la conveniencia de este manejo, para evitar que un asunto que sólo involucra los intereses de particulares sea tramitado en sede administrativa.

Sin embargo, en fechas recientes una sentencia emanada del más alto Tribunal de la República nos han llamado a reflexión, por cuanto su contenido implica la eliminación de la vía jurisdiccional ordinaria y obliga a tramitar el derecho de permanencia *siempre* en sede administrativa, y por ende su culminación sería en la jurisdicción contenciosa administrativa agraria. Siempre que un conflicto de intereses tenga su sede de solución en el ámbito administrativo el Tribunal competente para resolver sobre la validez o invalidez del acto que ponga fin al conflicto será el Superior Agrario actuando en sede administrativa, y mediante el procedimiento de nulidad de los actos administrativos agrarios. (*Revisar la sentencia de la Sala social sobre el caso Jaimes Jaimes*)

En la actual concepción estructural de la rama jurisdiccional venezolana podemos observar que el ámbito agrario ha contemplado tanto el desarrollo del proceso en lo relativo a la jurisdicción contenciosa administrativa como a la jurisdicción civil. Mediante la primera se busca dejar sin efecto, por razones de ilegalidad, las expresiones jurídicas de los órganos públicos y entes asimilados a estos; la segunda, tratará de resolver el conflicto de intereses entre particulares.

Esta idea, íntimamente vinculada con la estructura integral del nuevo proceso agrario, nos lleva a precisar que en la nueva legislación agraria se ha establecido a favor de la administración pública agraria un fuero de juzgamiento que, hasta la entrada en vigencia de esta ley, en el 2001, sólo existía como privilegio de la República.

Ambos aspectos relevantes, es decir tanto el carácter integral de la jurisdicción agraria como la competencia foral referida, se observan del contenido de los artículos 166, 171, 172 y 173 de la ley, cuyos textos son del tenor siguiente:

Artículo 166. La jurisdicción agraria estará integrada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, y los demás tribunales señalados en este Decreto Ley. *La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, debido a la especialidad de la materia, conocerá no sólo de los recursos de casación, sino de los asuntos contenciosos administrativos que surjan con motivo de la aplicación del presente Decreto Ley, y a tal efecto, creará una Sala Especial Agraria.* La ley que regirá el Tribunal Supremo de Justicia establecerá las atribuciones de la Sala de Casación Social, sin embargo, ésta ejercerá las atribuciones

que el presente Decreto Ley le otorgan desde su entrada en vigencia” (Negrillas nuestras)

Artículo 171. Son competentes para conocer de los recursos que se intenten por razones de ilegalidad contra cualquiera de los actos administrativos agrarios:

1. Los Tribunales Superiores Regionales Agrarios competentes por la ubicación del inmueble, como Tribunales de Primera Instancia. 2. La Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, como Tribunal de Segunda Instancia”

Artículo 172. *Las competencias atribuidas de conformidad con el artículo anterior comprenden el conocimiento de todas las acciones que por cualquier causa, sean intentadas con ocasión a la actividad u omisión de los órganos administrativos en materia agraria, incluyendo el régimen de los contratos administrativos, el régimen de las expropiaciones, las demandas patrimoniales y demás acciones con arreglo al derecho común que sean interpuestas contra cualesquiera de los órganos o los entes agrarios* (Negrillas nuestras)

Artículo 173. *La Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia será competente para conocer de los recursos de interpretación sobre el alcance o inteligencia de cualesquiera de las normas contenidas en el presente Decreto Ley, siempre que el peticionante demuestre interés inmediato y directo sobre el alcance e interpretación de una norma para un caso concreto. En caso de que se haya dictado un acto administrativo o verificado una actuación administrativa respecto a las situación concreta del peticionante, para el momento de la interposición del recurso, el mismo será declarado inadmisibles* (Cursivas nuestras)

Veamos algunos detalles de las sentencias de marras. La misma fue dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 7 de diciembre de 2006 (publicada el día 12 de ese mes y año), bajo ponencia de la magistrada Evelyn Marrero Ortiz, caso Edgar Orjuela Moreno contra Carlos Arturo Utrera Ramírez, en la cual se expuso:

En el caso de autos el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial para conocer la demanda por “derecho de permanencia” interpuesta por el ciudadano Edgar Orjuela Moreno contra el ciudadano Carlos Arturo Utrera Ramírez, bajo el argumento de que, de conformidad con el numeral 12 del artículo 119 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, corresponde al Instituto Nacional de Tierras la declaratoria de garantía de permanencia.

Al respecto, observa la Sala que el caso bajo estudio está relacionado con la materia agraria, razón por la cual debe atenderse a lo dispuesto en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario N° 5.771 del 18 de mayo de 2005.

En este orden de ideas, la normativa invocada por el *a quo* dispone:

*Artículo 119. Corresponderá al Instituto Nacional de Tierras:*

(...*omissis*...)

*12. Declarar o negar la garantía de permanencia* previsto (sic) en la presente Ley, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 17 de esta Ley. A estos efectos, el Instituto informará mediante resolución, a los solicitantes sobre los recaudos que deberán presentar para la declaratoria, así como de los trámites a seguir de conformidad con lo establecido en el reglamento de esta Ley y en las resoluciones que al efecto dicte el Instituto Nacional de Tierras.

(...*omissis*...). (Destacado de la Sala).

Asimismo, el párrafo primero del artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece:

*Artículo 17.* Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agroalimentaria, se garantiza:

(...*omissis*...)

*Parágrafo Primero: La garantía de permanencia* puede declararse sobre las tierras determinadas en el artículo 2 de la presente Ley, y *deberá ser declarada mediante acto dictado por el Instituto Nacional de Tierras*. El acto que declare, niegue o revoque la garantía de permanencia agota la vía administrativa, contra el mismo podrá interponerse recurso contencioso administrativo de nulidad, dentro de los treinta días continuos siguientes por ante el Tribunal Superior Agrario competente por la ubicación de las tierras ocupadas.

(...*omissis*...). (Destacado de la Sala).

De conformidad con las normas parcialmente transcritas, el Instituto Nacional de Tierras es el órgano administrativo encargado de declarar o negar la garantía de permanencia solicitada por los particulares sobre las tierras que tengan vocación para la producción agroalimentaria.

Ahora bien, aprecia la Sala que en el caso bajo análisis el accionante ejerció una demanda contra el ciudadano Carlos Arturo Utrera Ramírez con el fin de solicitar la declaratoria de la garantía de permanencia, prevista en el artículo 17 *eiusdem*, en virtud de las perturbaciones causadas por el ciudadano Carlos Arturo Utrera Ramírez, presunto propietario del lote de terreno.

En este sentido, el numeral 5 del artículo 208 de la mencionada Ley reza:

*Artículo 208. Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos:*

*(...omissis...)*

5. Acciones derivadas del derecho de permanencia

*(...omissis...)*”.

De conformidad con la norma parcialmente transcrita, resulta claro que los Juzgados de Primera Instancia Agraria tienen atribuida la competencia para conocer los conflictos suscitados entre particulares derivados del derecho de permanencia. Sin embargo, del análisis de las normas antes mencionadas, se observa que el conocimiento de estas acciones por parte del órgano jurisdiccional, supone la existencia de una declaratoria previa de la garantía de permanencia por parte de la autoridad administrativa correspondiente, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 02769 del 30 de noviembre de 2006)”

Este fallo tomó como antecedente la sentencia fechada 29 de noviembre del mismo año (publicada el día 30 del mismo mes y año), cuando bajo ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, caso Ana Deli Santander Pérez contra Rafael Tomás Contreras Colmenares, la misma Sala señaló igual criterio; más sin embargo, con gran fineza el ponente introdujo dos criterios que la sentencia del 7 de diciembre no utilizó expresamente, y los cuales –creemos- aclaran aun más el concepto de los magistrados, que en nuestra respetuosa divergencia entendemos como un fortalecimiento mayor del poder que la administración pública agraria tiene en materia de conflictos de intereses. Extraigamos del fallo del 29 de noviembre los dos criterios referidos:

El artículo 208, numeral 5, de la mencionada Ley establece que los Juzgados de Primera Instancia Agraria son competentes para conocer de las acciones derivadas del derecho de permanencia agraria cuando la misma se suscite entre particulares, en los siguientes términos:

*Artículo 208. Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos:*

*(Omissis)*

5. *Las acciones derivadas del derecho de permanencia”*

*Ahora bien, en criterio de la Sala la referida competencia del órgano jurisdiccional supone la previa declaratoria de permanencia sobre*

*las tierras por la autoridad administrativa correspondiente, siendo esta última la pretensión de la accionante en la presente causa... omissis...*

De conformidad con las normas anteriormente transcritas, es el Instituto Nacional de Tierras el ente encargado de declarar o negar a los solicitantes la garantía de permanencia agraria sobre las tierras públicas y privadas con vocación para la producción agroalimentaria previstas en la Ley, *y en caso de surgir conflictos que se originen con relación a la protección del derecho de permanencia ya sea entre los sujetos titulares del derecho o con terceras personas, corresponderá a la Jurisdicción Agraria resolver dichas controversias*; en consecuencia, esta Sala considera ajustado a derecho declarar que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer la causa de autos (Cursivas nuestras)

*Conclusiones parciales sobre el asunto procesal en materia de permanencia agraria.* Como corolario de la revisión doctrinaria, legal y jurisprudencial que hemos hecho, formulamos dos conclusiones, y hacemos una propuesta de reforma a la ley:

1. La interpretación jurisprudencial, que hemos analizado, constituye un reforzamiento del estatismo (*rectius*: ejecutivismo) que está presente en la ley especial agraria. Sí la jurisprudencia insiste en señalar como única vía para exigir la permanencia agraria la sede administrativa, estaría anulando el concepto de competencia previsto en el artículo 208, numeral 5º, de la Ley de Tierras y Desarrollo agrario.
2. La interpretación jurisprudencial de marras constituye una abrogación del ordinal 5º del artículo 208 de la ley especial agraria.
3. Como propuesta de reforma a la ley de marras, se plantea la necesidad de establecer que el derecho de permanencia, cuando el conflicto sea entre particulares y con ocasión de tierras de propiedad privada, puede ser planteado *directamente* por ante los Tribunales de Primera Instancia Agraria.

Sin duda el criterio interpretativo a utilizar tiene que tomar como punto de partida los derechos del ciudadano a colocar sus conflictos de intereses en manos objetivas e imparciales, de los cuales deberá tener la seguridad que no tiene como objetivo defender sus propias conveniencias u ordenes de terceros.

*Principio de producción económica.* De acuerdo con los conceptos que conforman la concepción agrarista, este derecho está destinado



fundamentalmente a la producción, a lograr que la misma sea eficiente y capaz para satisfacer las necesidades nacionales, de la familia del sujeto productor y de él mismo.

En tal sentido, el artículo 306 constitucional recoge este principio al establecer:

Artículo 306. El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina un nivel adecuado de bienestar, así como su incorporación al desarrollo nacional. Igualmente fomentará la actividad agrícola y el uso óptimo de la tierra mediante la dotación de las obras de infraestructuras, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica.

Esta visión está contemplada en los artículos 1, 3, 8, 9 y 15 de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, cuando señalan:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto establecer las bases del desarrollo rural integral y sustentable; entendido éste como el medio fundamental para el desarrollo humano y *crecimiento económico del sector agrario dentro de una justa distribución de la riqueza y una planificación estratégica, democrática y participativa*, eliminando el latifundio como sistema contrario a la justicia, al interés general y a la paz social en el campo, asegurando la biodiversidad, la seguridad agroalimentaria y la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones” (Negrillas nuestras)

Artículo 3. *Con el objeto de dar cumplimiento al desarrollo humano y al crecimiento económico establecido en el artículo 1 de la presente Ley*, el Ejecutivo Nacional promoverá planes especiales de desarrollo integral para incorporar progresivamente a todas las regiones al desarrollo económico del país, manteniendo igualdad de oportunidades para todas las regiones” (Cursivas nuestras)

Artículo 8. *Se garantiza al sector campesino su incorporación al proceso productivo a través del establecimiento de condiciones adecuadas para la producción*. En tal sentido, se promueve la estructuración de los fundos mediante la adjudicación de las tierras y la destinación de bienes inmuebles, muebles, incluidos los semovientes, al fin productivo de las mismas.

La Unidad de Producción constituida de acuerdo con los términos de esta Ley será indivisible e inembargable; podrá ser mejorada mediante

la incorporación de nuevas técnicas, condiciones de producción, transformación y mercadeo de los productos agroalimentarios. (Cursivas nuestras)

Artículo 9. El Estado organizará el servicio eficiente del crédito agrario incorporando a las instituciones bancarias y financieras públicas o privadas existentes a dicho servicio, o creando instituciones estatales si fuere necesario.

Los órganos crediticios establecerán un sistema preferencial destinado a la estructuración de fondos por autoconstrucción supervisada”

Artículo 15. *La incorporación al proceso productivo de los sujetos beneficiarios de esta Ley*, garantizará:

1. El derecho a ser adjudicatario de una parcela para la producción agraria.
2. El derecho a ser usufructuarios de una parcela para la producción agraria, así como de los bienes destinados a la estructuración del fundo con fines productivos.
3. El acceso a los germoplasmas necesarios para establecer las plantaciones.
4. Un seguro de producción contra catástrofes naturales.
5. El establecimiento efectivo de las condiciones mínimas para el desarrollo integral de su persona y dignidad, así como para el eficaz goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. (Cursivas nuestras)

*Principio del fomento de la actividad conservacionista.* La Constitución Nacional y la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario contienen un articulado profuso en torno a la materia conservacionista. Es para ambos cuerpos legales un asunto de primera importancia en su contenido. A tal efecto, la constitución Nacional, en sus artículos 107 y 127, a modo de ejemplo, prevé:

Artículo 107. La educación ambiental es obligatoria en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal. Es de obligatorio cumplimiento en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, la enseñanza de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano.

Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. *El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos*

*genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.* El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

*Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley”* (Cursivas nuestras)

Le ley especial agraria, a su vez, en sus artículos 1 y 22 señala:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto establecer las bases del desarrollo rural integral y sustentable; entendido éste como el medio fundamental para el desarrollo humano y crecimiento económico *del sector agrario dentro de una justa distribución de la riqueza y una planificación estratégica, democrática y participativa*, eliminando el latifundio como sistema contrario a la justicia, al interés general y a la paz social en el campo, *asegurando la biodiversidad, la seguridad agroalimentaria y la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones* (Negrillas nuestras)

Artículo 22. Para la ejecución de sus competencias, los organismos agrarios actuarán conforme a los principios constitucionales de la seguridad alimentaria, utilidad pública y función social de la tierra, el respeto de la propiedad privada, la promoción y protección de la función social de la producción nacional, la promoción de la independencia y soberanía agroalimentaria de la nación, *el uso racional de las tierras y los recursos naturales y la biodiversidad genética* (Cursivas nuestras)

Esta perspectiva conservacionista no es extraña en el mundo agrario. En el Congreso agrarista de Goiania, antes citado, se llega como conclusión sobre el tema a lo siguiente:

Se debe prestar una creciente atención a los problemas del medio ambiente, y el adecuado manejo de los *Recursos Naturales Renovables*, en todas sus manifestaciones (explosión demográfica, concentración urbana-industrial y excesivo desenvolvimiento, deforestación, erosión y pérdida de suelos, contaminación de las aguas y del aire, deterioro de los alimentos, atentados a la fauna y a la flora, como así también a

los paisajes, etc., etc.) y, para ello se debe limitar el uso de fertilizantes y pesticidas y desistir de la utilización del fondo del mar o de zonas deshabitadas, para depositar residuos nucleares o peligrosos.

Dada la excepcional importancia de este tema, es preciso partir de una clara toma de conciencia y del trato adecuado, tanto por parte de las instituciones científicas, como de políticos y de los Poderes Públicos en general, a fin de que puedan adoptar medidas adecuadas (de regeneración, compensación y sanción) una vez que los daños se han producido o puedan llegar a producirse sean tan importantes como fatales, esto es, sin posibilidades de reversión.

Es preciso conseguir una *Seguridad Ecológica*, a nivel internacional y regional, inclusive municipal.

Solamente una legislación clara, precisa y rigurosa puede hacer frente a esta problemática, definiendo el equilibrio ecológico, como la naturaleza.<sup>27</sup>

*Los principios generales agrarios y las reglas jurídicas en la hermenéutica agraria.* En este ámbito concreto de los principios jurídicos agrarios, partiendo de la idea de ser concepciones que acompañan al derecho agrario desde su nacimiento hasta su conclusión, para darle especificidad y caracterización propia, podemos analizar su relación con el concepto “reglas jurídicas”, para establecer sus puntos de contacto y de separación. Veamos. .

Cuando surjan dudas en la mente del intérprete, o sea necesario escoger entre las posibles interpretaciones que se visualicen entre dos normas antinómicas, o que la diferencia sea en el contenido particular de la norma jurídica misma o se perciba un vacío legal, será necesario la labor hermenéutica que permita desentrañar su real contenido y escoger, por parte del intérprete, a cuál versión debe dar aplicación, como fórmula sanadora en el conflicto hermenéutico.

Será necesario mantener presente que los principios jurídicos son un *desiderátum* que el legislador se propone, cuyo cumplimiento exacto o parcial no niega su existencia ni pertinencia; allí se distingue de la regla jurídica. Como expone el autor Néstor Iván Osuna Patiño<sup>28</sup> en su

27 Tomado de la Revista de Derecho Agrario. *Ibidem*. P. 160.

28 Néstor Iván Osuna Patiño. *Apuntes Sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta. Temas de Derecho Público número 37. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. Páginas 25 y 26.

opúsculo *Apuntes Sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, cuando establece:

Una norma jurídica es una regla cuando el supuesto de hecho que postula, por amplio que sea le corresponde *una* consecuencia jurídica concreta que la propia norma establece. *En virtud de esta estructura cerrada, cuando se está frente a una regla, ha e hacerse exactamente lo que ella exige. Así una regla sólo puede ser cumplida o incumplida.* Dworkin utiliza para el efecto la expresión *todo o nada...omissis...* En cambio, una norma jurídica es un principio cuando ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. También un principio contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, pero esta última no viene completamente determinada, admite graduación en su cumplimiento y variedad de formas para realizarla. *Un principio consiste, en tal orden de ideas, en un mandato de optimización... omissis...* De acuerdo con ello, un principio no agota su proyección normativa cuando se le da cumplimiento en una situación concreta. La variación de circunstancias fácticas (una mayor disponibilidad de recursos económicos, o un descubrimiento científico, por ejemplo) abre nuevas posibilidades de acción, que deben acometerse en virtud de lo exigido por el principio. Así mismo, el cumplimiento de un principio está determinado por sus posibilidades jurídicas de realización. *Ello significa que todo principio debe ser cumplido, en la mayor medida posible, sin contravenir principio y reglas opuestas.* Así, la aplicación de un principio es consecuencia de una ponderación en virtud de la cual se ha establecido, en el caso concreto, su precedencia respecto de principios y/o reglas opuestas. (Negrillas nuestras)

El autor neogranadino utiliza, a su vez, como importante opinión al texto *Teoría de los Derechos Fundamentales* del profesor Robert Alexy<sup>29</sup>, el cual al ser consultado nos revela sobre esta temática la siguiente enseñanza:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. *Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente*

---

29 Robert, Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Páginas 86 y 87.

*grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas.* El ámbito de las posibilidades jurídicas por los principios y reglas opuestos. En cambio, *las reglas* son normas que sólo pueden cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de (be) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. *Toda norma es o bien una regla o un principio* (Cursivas nuestras)

Al abordar el tema del rol que los principios generales del derecho, agrario al caso concreto, el profesor Ricardo Zeledón Zeledón, explica<sup>30</sup>:

Tanto para las fuentes como para la interpretación judicial, modernamente, la aplicación formal no es suficiente. La legislación general de los códigos en el derecho agrario y ambiental. La especialidad, complejidad y multiplicidad de éstas normas obligan a la jerarquización y a nuevas formas interpretativas. Sobre todo porque los errores en la producción legislativa hoy resultan más evidentes. Existe mayor confusión y contradicción. Los criterios de la derogatoria de las leyes no constituyen un instrumento confiable ni tampoco el de las reformas. La labor del Juez especializado cobra mayor relevancia porque resulta difícil la aplicación del derecho y por ello requiere de una preparación técnica más acabada.

La aplicación formal del derecho no es suficiente porque en la época moderna el mayor problema radica en la ponderación, equilibrio y construcción entre valores y fuerzas para ir creando al Derecho agrario y ambiental. El Juez, sobre todo aquél ubicado en la cúspide del sistema judicial llamado a sentar los criterios jurisprudenciales, va definiendo los principios generales de la disciplina. Estos adquieren aplicación concreta en cuanto informan al ordenamiento. En forma abstracta son programáticos pero en su aplicación cotidiana son concretos. Por esto la preeminencia de los principios generales del Derecho agrario y ambiental juegan dentro del sistema de fuentes, de la creación normativa, un papel histórico.

*Distinción entre la interpretación y la integración jurídica.* Por la naturaleza de la materia que analizamos debemos plantear que en

---

30 Ricardo, Zeledón Zeledón. *Derecho Agrario. Nuevas Dimensiones*. Investigaciones Jurídicas S. A. San José. 2007. Página 265.

el ámbito agrario es muy importante distinguir entre la interpretación e integración. Tal necesidad obedece a que en su desentrañamiento el intérprete conseguirá casos dudosos, sobre todos de caracteres técnicos o económicos, para los cuales no bastará el sistema interpretativo usual. En este caso será necesario incorporar principios generales del Derecho Agrario o la jurisprudencia, para satisfacer los fines últimos de esta especial rama del derecho. A veces ello ocurre por ausencia de normas específicas e imposibilidad de la analogía, por ser asuntos ante los cuales el resto del estamento jurídico no tiene trájín o experiencia. Entonces el intérprete deberá usar el sistema de integración de normas para lograr su objetivo. Lo hará buscando la respuesta en principios extra jurídicos, que se incorporarán al sistema legal y se mutarán en preceptos de orden obligatorio.

Es de esta manera como al confrontar ambas ideas observamos que la interpretación presupone la existencia de la norma a la que se le debe aclarar o esclarecer. Por el contrario, la integración presupone que no exista solución jurídica para el tema. Por ello, cuando la interpretación resulta impotente para resolver un caso concreto, el intérprete deja de ser tal para ser un integrador, es decir, complementa o llena los vacíos del texto jurídico.

Al respecto el autor Raúl Antonio Vasco Campillo<sup>31</sup> nos dice:

...El derecho agrario es una disciplina carente de normas agrarias para casos concretos. Esta aseveración se funda en la inexistencia de códigos y cuerpos normativos generales e inversamente, en la existencia de múltiples disposiciones sin solución de continuidad, e incoherentes por tener objetivos y fines disímiles, para presupuestos fácticos semejantes, que generan un criterio de la ciudadanía, un desconcierto y una sensación de seguridad jurídica que se traducen en desconfianza hacia el Sistema Judicial. La anterior situación del Derecho Agrario y Ambiental se agrava cuando, por la especialidad de la materia, no pueden aplicarse normas distintas a las agrarias aun cuando sean de rango superior. Es aquí cuando en ausencia de normas o en presencia de normas carentes de contenido surgen los Principios Generales como instrumento para aplicar fuentes jurídicas idóneas, imprimiéndole autonomía y completez al Derecho Agrario como Sistema Jurídico. Por

---

31 Raúl Antonio, Vasco Campillo. Derecho Agrario del Futuro. *Principios Generales e Interpretación del Derecho Agrario*. Editorial Guayacán. San José. 200074 a la 76.

ser Derecho Agrario únicamente el derivado de las fuentes agrarias, son lógicas e idóneas...*omissis*... Ante las circunstancias interpretativas para la integración de la norma, en el Derecho Agrario y Ambiental Costarricense las fuentes más importantes, excepto las escrituras (Artículo 6, 7 y 8 de la ley de Jurisdicción Agraria y Ambiental) son los principios Generales y la Jurisprudencia. *“En el Derecho Agrario y Ambiental se reivindican la Jurisprudencia como fuente del Derecho. Esto constituye la base para crear un auténtico sistema de fuentes, concebir modernos criterios de interpretación, y sobre todo darle a la Jurisprudencia carácter de fuente formal del ordenamiento, con aplicación obligatoria y vinculante. Porque todas las fuentes formativas son vinculantes”* Continúa exponiendo el maestro Ricardo Zeledón que, en este sentido, la jurisprudencia es la segunda voz de la Ley, la nueva voz y adquiere un rango sustitutivo. En Síntesis, con respuesta concreta al tema de esta disertación, la integración de las normas carentes de contenido, se alcanzará mediante la integración de las fuentes formales y de las fuentes de materiales agrarias y mediante los propios principios del derecho agrario; disciplina que emplea todos sus recursos jurídicos para tutelar los derechos económicos, sociales y ambientales de la población campesina dedicada al cultivo de vegetales, a la cría de animales y actividades conexas. Tutelar también las relaciones nacidas de la actividad productiva agraria, tomando por fundamento que la tutela del Derecho Agrario y Ambiental no nace necesariamente del legislador sino de los fenómenos productivos”.

Asimismo el jurista Carlos Picado Vargas<sup>32</sup> hace la distinción entre ambas figuras en los siguientes términos:

Es conveniente señalar una diferencia entre la interpretación jurídica y la integración del ordenamiento jurídico. Es una relación de género y especie. La segunda es parte importante de la primera, pero ésta no se agota en ella. Cabe hacer una distinción funcional: la integración se utiliza para llenar las llamadas lagunas del Derecho (temas que no han sido regulados en el plano formal-normativo), que se rigen bajo el principio de plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico; como por ejemplo son la analogía, o la referencia a los principios generales de la jurisprudencia, no son metodologías, sino técnicas para llenar lagunas del ordenamiento jurídico. Esto lo regula generalmente la parte general de los Códigos Civiles. Son todas referencias a otros tipos de normas que pueden servir para llenar lagunas. La interpretación en sentido estricto, le da sentido a las normas y la integración llena las lagunas

---

32 Carlos, Picado Vargas. *Ibidem*. P. 325.



en virtud del principio de plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico o el derecho fundamental de tutela jurisdiccional. Todo ello a través de la jurisprudencia.

### 3. LAS FUENTES JURÍDICAS DEL DERECHO AGRARIO

De manera previa a la caracterización de las fuentes jurídicas del Derecho Agrario, y el por qué aquéllas le dan especificidad a éste, revisemos qué entiende el mundo jurídico –en general– por fuentes. En tal sentido el autor Luis María Olaso<sup>33</sup>, en su obra *Curso de Introducción al Derecho* expresa su conceptualización en estos términos:

“La palabra `fuente´ tiene un sentido vulgar conocido por todos. Una fuente de agua es el sitio, el lugar `donde brota´ el agua. El mismo sentido tiene, aplicado al Derecho: Fuentes del Derecho es el acto, el órgano, el fenómeno, etc., `donde brota´ el Derecho. En este sentido: ... buscar una fuente de agua es buscar el sitio donde brota a la superficie de la tierra una corriente subterránea; buscar la fuente de una norma jurídica es buscar el punto de por donde ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la vida del Derecho.

Es importante precisar desde ahora, que “fuentes” del Derecho no significa lo mismo que “norma” jurídica. Las normas se encuentran acudiendo a las fuentes. Por esa razón no son verdaderas normas jurídicas las leyes, sino que éstas son fuentes de donde hay que sacar aquéllas. Lo mismo que de las fuentes de agua se extrae este precioso líquido, de una pluralidad de lugares que son designados con la gráfica expresión de fuentes del Derecho, se extraen los preceptos del Derecho o normas jurídicas”

Luego, el autor en cuestión nos explica la clasificación de las fuentes, y expone<sup>34</sup>:

Son muchas las clasificaciones que se ofrecen de las “fuentes del Derecho”. Siempre nos referimos a las “fuentes del Derecho positivo objetivo”, o sea, a las normas que constituyen un ordenamiento jurídico. Nos interesan por ahora las siguientes:

---

33 Luis María, Olaso. *Curso de Introducción al Derecho*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1997. Páginas 113 y 114. 115, 117 a la 119.

34 *Ibidem*. Páginas 117 y 118.

## 1) FUENTES HISTÓRICAS:

“Son los documentos históricos que hablan o se refieren al Derecho”. En la antigüedad estos documentos eran muy diversos (papiros, pergaminos, tablillas de arcilla en las que algunos pueblos estampaban sus leyes y contratos). En los tiempos modernos estos documentos aparecen en libros, escritos, tratados y periódicos. Las fuentes históricas son indispensables para conocer el contenido de una ley, de un tratado, etc.

## 2) FUENTES MATERIALES O REALES:

Son los problemas que surgen de la realidad histórica de cada pueblo y que son regulados por el Derecho. Son problemas de índole muy diversas: político-sociales, económicos, religiosos, culturales, etc. Ellos incitan a la “autoridad competente” a regularlos por medio de normas jurídicas para controlarlos y evitar abusos y desbordamientos en la sociedad. Por ejemplo, en Venezuela, la aparición de la riqueza petrolera a principios de este siglo fue la “fuente material o real” de las leyes de hidrocarburos que se han ido legislando desde 1910 hasta la actual Ley de Nacionalización de 1977. Tales “problemas”, como es obvio, constituyen el “contenido” de leyes y normas jurídicas, las cuales inspiradas en criterios de justicia y bien común tratan de solucionarlos.

La relación entre las fuentes “materiales o reales” y las fuentes “formales” de Derecho podría explicarse diciendo que las fuentes “formales” representan el cauce o canal por donde corren las fuentes “materiales”.

## 3) FUENTES FORMALES

Pueden entenderse en estos sentidos, íntimamente relacionados entre sí:

-En el sentido de órgano del poder público que tiene competencia para producir determinadas normas jurídicas. Por ejemplo, las Cámaras Legislativas para sancionar leyes, los ministros para dictar reglamentos, etc.;

-en el sentido de proceso de formación de las normas jurídicas. En cada fuente “formal” del Derecho hay una serie de etapas que integran el “proceso de formación” de la norma jurídica correspondiente. Por ejemplo, el órgano legislativo tiene señalado en la Constitución Nacional un “proceso” para la elaboración de las leyes con diversas etapas que deben ser cumplidas (presentación del “proyecto de ley”, discusión, promulgación), para que la ley tenga validez “formal”. Finalmente,

-en el sentido de modo o forma de manifestarse externamente el Derecho positivo (ley, costumbre jurídica, jurisprudencia, doctrina científica, negocios jurídicos, etc.)

Existe una correlación estrecha entre estas tres maneras de ver las fuentes “formales” del Derecho, pues el modo o “forma” en que se manifiesta el precepto jurídico varía según el órgano que lo formula (órgano que, a su vez, debe seguir un determinado proceso). Por lo tanto, puede decirse que hay en realidad tantas fuentes “formales” del Derecho cuantos son los órganos que constituyen la voluntad colectiva de la cual es expresión la norma. En adelante, cuando tratemos de fuentes “formales” del Derecho nos referimos al último sentido, es decir, al modo o forma de expresión de las normas jurídicas, o sea, modo o forma de manifestarse externamente el Derecho positivo.

Las fuentes “formales” del Derecho, a su vez, se dividen en:

- a) Directas, cuando encierran en sí las normas jurídicas aplicables (vgr., la ley); y
- b) Indirectas, cuando, sin contener en sí mismas las normas jurídicas, ayudan a interpretarlas, aplicarlas, producirlas, etc. (vgr., la doctrina científica y otras, según los sistemas jurídicos)”

*Importancia de los asuntos económicos, técnicos y sociales en la conformación e interpretación del derecho agrario.* Siguiendo en la temática que investigamos para precisar qué papel juegan las fuentes en la tarea hermenéutica que se realice sobre el Derecho Agrario, recordemos que hemos visto los elementos que le han dado nacimiento, los hemos fundido en dos fuentes históricas, a saber, los temas sociales y económicos-técnicos que gravitan en su derredor. Ahora, analizaremos qué tan importantes son estos factores en su naturaleza.

El profesor Raúl Antonio Vasco Campillo<sup>35</sup> señala:

*Al Derecho Agrario y Ambiental le caracteriza ser una disciplina jurídica altamente dinámica.* Precisamente porque está fundado sobre la naturaleza de los hechos y de las relaciones comprometidas con su objeto: *La actividad productiva agraria*, sujeta a los cambios fácticos y axiológicos tipificados en los hechos técnicos, políticos, los cambios sociales, económicos, culturales y ambientales; según la escala de valores del momento histórico. Todo este aspecto hace que el Derecho Agrario también esté en movimiento con la fuerza que le imprime la materia que tutela (Cursivas nuestras)

---

35 Raúl Antonio, Vasco Campillo. *Ibidem*. Página 69.

En este orden de ideas sobre el tema observemos la opinión del autor venezolano Alí José Venturini Villarroel<sup>36</sup>, cuando expresa:

“A) Objetivos económicos. Por éstos, se busca el incremento de la *producción nacional*, tanto en su aspecto cualificativo como en su aspecto cuantitativo, es decir, por lo que respecta al *mejoramiento numérico de los bienes agrarios y a la obtención de un adecuado índice de productividad en la formación de los mismos*. Es claro que, los objetivos económicos miran perpendicularmente a la obtención de una mayor rentabilidad de la *“explotación o empresa”* agraria, lo que se logra, obviamente, con el incremento de la producción según las exigencias del mercado”

Al respecto hemos citado *supra* a la profesora Consuelo Chacón de López<sup>37</sup>, quien en una visión crítica del asunto nos dice:

...La creencia de que lo agrario es no sólo una actividad productiva sino también una forma de vida, tuvo enorme incidencia en la actividad política y legislativa de estos países, creando una modalidad de protección para lo agrario que en los tiempos actuales es discutida ante el movimiento de globalización de la economía, esto requiere una revisión desde el punto de vista económico; la cuestión no es que lo agrario no se debe proteger, para que no se mantenga en las mismas condiciones, para que las tradiciones se superpongan sobre la necesidad de que lo agrario se convierta en actividad de empresarios. Debe ser revisado, en el caso de Venezuela, el concepto del ‘débil jurídico’, si bien es verdad que todavía existe el predominio del poderoso sobre el ‘débil económico’. Pero la interrogante que se nos presenta es cómo proteger al ‘débil’; esto influiría notablemente en los rezagos feudales de nuestro tratamiento al sector agrario; en Venezuela persiste discriminación con relación al salario.

El profesor de la Universidad de Rosario Luis Facciano<sup>38</sup>, cuando revisa la importancia e incidencia de los aspectos técnicos en los contratos agrarios, hace estas reflexiones:

---

36 Alí José Venturini Villarroel. *Derecho Agrario Venezolano*. Tomo I. Parte General. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1994. Página 223.

37 Consuelo López de Chacón. *Ibidem*. Página 598.

38 Luis, Facciano. *Contratos Agrarios*. Nova Tesis Editorial Jurídica. Rosario. 2006. Páginas 25 y 27.

Al estar fundado en la naturaleza de los hechos y de las relaciones comprometidas con la agricultura en sus diversas articulaciones, el Derecho Agrario es un derecho en movimiento. Por esta razón el sistema cambia constantemente o es disímil en un mismo tiempo pero en distintos espacios, y los institutos se transforman a causa del continuo y a veces frenético cambio de los factores sociales, políticos, económicos y tecnológicos que lo informan...*omissis*...No puede soslayarse, por su parte (¡otra vez el hecho técnico!), la poderosa incidencia que la moderna biotecnología y la aplicación de ésta a animales y vegetales –provocando su alteración programada a través del ajuste de sus características hereditarias–, ha tenido en el contenido del moderno Derecho Agrario. En efecto, la `noción de la agrariedad´ a la actividad biotecnológica, comprobaremos que gran parte de la misma es subsumible en el objeto del Derecho Agrario. *Recordamos, a su vez, que el mencionado hecho técnico contemporáneo, que influye en la normativa agraria y que lo hará cada vez con mayor intensidad –ya que sin dudas asistiremos una prolífica regulación de dicha actividad–, deberá ser considerado a la luz de los valores, en este caso bioéticos, siendo conscientes de que no podemos escindir el avance tecnológico de su consideración axiológica.* Como ya lo hemos destacado en esta misma obra, en nuestra disciplina ha sido clara desde su inicio la importancia de la relación con lo metajurídico. Este fenómeno hoy se ve potenciado por los grandes cambios socio-económicos e institucionales que exigen que la producción del conocimiento contemporáneo priorice la aplicación de los conceptos de multidisciplinariedad e interdisciplinariedad. Los grandes problemas de carácter global en relación al medioambiente y las biotecnologías emergentes –son claros ejemplos de temas cuyo tratamiento debe ser fundamentalmente interdisciplinario (Cursivas nuestras)

Habiendo determinado en esta investigación que en el ámbito del Derecho Agrario las fuentes formales tradicionales son modificadas en cuanto al rol que ejercen en la labor interpretativa, y que para el Derecho Agrario tales fuentes deben estar reconocidas en el orden jurídico de manera expresa, y muy especialmente refiérese a la jurisprudencia y los principios generales del Derecho Agrario, podemos concluir que ello obedece al hecho de ser la función integradora de primera e insoslayable importancia en esta materia. Es unánime la doctrina en nuestra especialidad en destacar el sentido de esta última afirmación, más –y pese a ello– en el derecho positivo son escasas las concreciones de la misma.

En este sentido el profesor Ricardo Zeledón Zeledón<sup>39</sup> destaca esta condición y pone de bulto la diferencia en el tratamiento que da la legislación costarricense, cuando expone:

El secreto fundamental de la modernización de la justicia agraria y ambiental, así como de cualquier sistema judicial, se encuentra íntimamente vinculado con el tema de las fuentes y la interpretación del derecho. Constituye el despertar dinámico, constructivo, de avance, en las disciplinas de cambio constante y vicisitudes novedosas... *omissis*... Tanto para las fuentes como para la interpretación judicial, modernamente, la aplicación formal no es suficiente. La legislación general de los códigos ha dado paso a la legislación especial en el derecho agrario y ambiental. La especialidad, complejidad y multiplicidad de estas normas obligan a la jerarquización y a nuevas formas interpretativas. Sobre todo porque los errores en la producción legislativa hoy resultan mas evidentes. Existe mayor confusión y contradicción. Los criterios de la derogatoria de las leyes no constituyen un instrumento confiable ni tampoco el de las reformas. La labor del Juez especializado cobra mayor relevancia porque resulta difícil la aplicación del derecho y por ello requiere de una preparación técnica más acabada... *omissis*... *Por esta razón hay un elemento realmente novedoso. En el Derecho Agrario y Ambiental se reivindica a la jurisprudencia como fuente del derecho. Esto constituye la base para crear un auténtico sistema de fuentes, concebir modernos criterios de interpretación, y sobre todo darle a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del ordenamiento, con aplicación obligatoria y vinculante. En lo agrario y ambiental no se comparte el viejo criterio liberal de proteger únicamente la libertad del Juez desprotegiendo a su vez la libertad de la sociedad. La interpretación de la Ley, su integración, y sobre todo los principios agrarios y ambientales deben ser de acotamiento obligatorio por los juzgadores de instancia. Inobservancia de la jurisprudencia constituye inobservancia de la Ley.* En la nueva Ley de Jurisdicción Agraria y Ambiental costarricense se ha planteado un esfuerzo muy importante por estructurar un adecuado sistema de fuentes, dar respuesta al tema de la interpretación jurídica en lo agroambiental, y también reivindicar el carácter de la jurisprudencia como fuente del derecho. Las normas encargadas de señalar estos novísimos criterios ofrecen un intento por iniciar formalmente el reto de esta fundamental transformación. También se muestran, en forma

---

39 Ricardo, Zeledón Zeledón. *La Modernización de la Justicia Agraria y Ambiental. Justicia Agraria y Ambiental en América*. Editorial Guayacán. San José. 1998. Páginas 64 a la 67.

novedosa, como una posibilidad para la discusión. Artículo 6º Fuentes. Las fuentes del Derecho agrario, por su orden de jerarquía, son: a) El derecho de la Constitución, b) Los tratados y convenios internacionales y todas las declaraciones y principios de derechos humanos, c) Esta y todas las demás leyes coincidentes con el espíritu de esta normativa, y d) Los reglamentos y demás actos normativos administrativos generales de carácter agrario o ambiental. Artículo 7º Ordenamiento agrario: El ordenamiento agrario es especial en cuanto a su materia y el contenido. La jurisprudencia y los principios generales del Derecho Agrario servirán para interpretar e integrar las normas escritas. Cuando estos interpreten, integren o delimiten las normas tendrán el mismo valor de la disposición interpretada, integrada o delimitada. En ausencia de norma tendrán rango de ley. La costumbre y los usos servirán de fuente complementaria siempre y cuando amplíen, clarifiquen o mejoren esta normativa sin oponerse a ella. Sólo en ausencia de norma o principio general de esta materia se aplicará el derecho común en cuanto coincidan con su filosofía y no se oponga a ella” (Cursivas y subrayados nuestros)

El artículo 8º de la ley de marras señala que “Las disposiciones de los dos artículos anteriores se aplicarán también al Derecho Agroambiental”

El mismo autor que hemos venido analizando, en reciente texto<sup>40</sup>, reflexiona –más a fondo– sobre la materia tratada y explica:

Lo fundamental del sistema de fuentes estructurado, entre el numeral 6 y 7, es la clara definición por ser Derecho Agrario sólo el derivado de las fuentes agrarias. Esto significa apartarse del criterio de poder contaminar lo agrario con normas distintas de las suyas. Eso tiene fundamento en la especialidad. No en la generalidad. Ahí mismo radica ahora su autonomía...*omissis*... En la interpretación no podrá aplicarse norma distinta de las agrarias. Hay varios casos. En ausencia de normas imperan los principios generales del Derecho agrario y ambiental. Así la jurisprudencia será, junto a los principios generales, la fuente más importante del derecho Agrario. Y para todos los efectos los criterios de fuentes e interpretación se aplican a lo agroambiental. Con ello el cuadro de la modernización queda completo, cerrado, con visos de autonomía.

Las fuentes más importantes, aparte de las escritas ya conocidas, serán

---

40 Ricardo, Zeledón Zeledón. *Derecho Agrario. Nuevas Dimensiones*. Investigaciones Jurídicas S. A. San José. 2007. Páginas 268.

los principios generales y la jurisprudencia. **Los primeros derivan tanto del ordenamiento como de la Cultura. Son jurídicos y metajurídicos.** Por su medio se está también reincorporando, aun cuando no se diga a la doctrina porque la Cultura de la disciplina es la conformada por los científicos y cultores del Derecho agrario y ambiental en sus obras. Y a ellas recurre el Juez. Pero las fuentes escritas serán solo aquellas coincidentes con la filosofía de los principios, las antagónicas ni negadoras no lo son. (Negrillas de la obra)

El jurista continúa haciendo en ese texto un conjunto de consideraciones sobre el papel de estas fuentes en el Derecho Agrario, para concluir en que ambas estructuras son “..la fuente (formal) más importante del Derecho agrario...”<sup>41</sup> (Paréntesis nuestro)

En similar sentido, en lo relativo a la preeminencia de los conceptos básicos (principios) de nuestra materia cuando roza con otras del mundo jurídico, en texto publicado en el año 1995 explicábamos una construcción jurídica que dimos en denominar “Competencia Fundamentalista

---

41 Se señala en el trabajo analizado:

*En la interpretación no podrá aplicarse norma distinta de las agrarias. Hay varios casos. En ausencia de normas imperan los principios generales del Derecho agrario y ambiental. Así la jurisprudencia adquiere importancia cardinal. Por otra parte si interpreta la norma escrita logra integrarla con su misma interpretación. En este sentido la jurisprudencia es la segunda voz de la ley, la nueva voz, y adquiere un rango sustitutivo. Entoces cuando integra la norma la jurisprudencia adquiere el valor de la norma integrada. Cuando, en ausencia de norma, suple el vacío o la laguna jurídica tendrá rango de ley. Independientemente de todo cuanto deberá discutirse científicamente sobre este tema subyace otro aspecto más importante. En la técnica de estas normas hay una respuesta política. O si se quiere de política de la justicia agraria y ambiental. Es la respuesta para enfrentar la acusada crisis del derecho. Porque la pérdida de significado de la ley se tarta de superar con una dimensión más amplia de comprender dentro de ese concepto al ordenamiento jurídico agrario, es decir la integración de las fuentes formales y materiales, donde la ausencia de norma escrita no requiere de la aplicación de disposiciones de otras disciplinas sino de sus propios principios, y al comprenderse como especial se reduce el ámbito de su aplicación sólo a las agrarias. Por otra parte la indeterminación de la jurisprudencia se supera dándole un papel protagónico dentro del proceso de interpretación, a través de instrumentos reales, para la integración y delimitación de la disciplina. Así la jurisprudencia será, junto a los principios generales, la fuente más importante del Derecho agrario. Y para todos los efectos los criterios de fuentes e interpretación se aplican a lo agroambiental. Con ello el cuadro de la modernización queda completo, cerrado, con visos de autonomía.* (Cursivas nuestras)



Agraria<sup>42</sup>, aplicable a la competencia jurisdiccional, y entendiendo que cuando existan procesos en los cuales se afectan bienes o derechos vinculados con el proceso agro productivo, debemos entender por tal: “... *aquella que hace aplicable los fundamentos, los principios supralegales y legales del derecho agrario, a causas que no se tramitan por ante lo tribunales agrarios, ni de acuerdo con la jurisdicción agraria tribunalicia.* Según esta visión se tienen que respetar aquellas ideas cardinales que conforman la conceptualización de lo que es el derecho agrario” (Cursivas de esta investigación)

Asimismo el profesor Enrique Ulate Chacón<sup>43</sup> reafirma la idea de la importancia que las fuentes formales específicas tienen en el derecho agrario costarricense, e indica:

Fuentes. El papel de las fuentes se revitaliza para conformar un sistema (sustantivo y procesal) orgánico y autónomo para el derecho y el proceso agrario. *La jurisprudencia adquiere un papel fundamental en el ámbito de la interpretación.* Con esta característica se afirma la autonomía del derecho procesal agrario, al establecerse un sistema de fuentes propio. *El caso más claro es el de Costa Rica, donde la jurisprudencia agraria y los principios generales del Derecho Agrario adquieren el carácter de fuentes formales.* Se prohíbe, en ausencia de normas agrarias formales, la aplicación de otras disposiciones no agrarias. *Los principios generales del Derecho Agrario sirven para interpretar e integrar las normas escritas. La jurisprudencia asume el rango de la norma que interprete, integre o delimite.* En ausencia de norma tendrán rango de ley. También en México se contempla, como se ha observado, la importancia de la jurisprudencia agraria dictada por el Tribunal Superior Agrario, la cual es vinculante para los Tribunales Unitarios. En el ámbito de la interpretación, la tarea asignada a los Tribunales Agrarios es de gran importancia, y para ello el legislador ha preferido el sistema de libre valoración probatoria, para que los jueces agrarios sean también Jueces de equidad, y también de derecho, valorando en la forma más amplia posible todo el elemento probatorio vinculado al proceso, para descubrir la verdad real material y así cumplir con la justicia agraria en el campo” (Negritillas nuestras)

---

42 Edgar, Núñez Alcántara. Derecho Agrario. *Contenido sustantivo y Procesal.* Segunda reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999. Página 114.

43 Enrique, Ulate Chacón. *Obra citada.* Páginas 53 y 54.

Analicemos también que las fuentes jurídicas en este tipo de derecho teniendo un necesario acogimiento de los preceptos constitucionales, en atención a la preeminencia que la carta magna posee, tienen su desarrollo en la ley formal. Así, podemos hablar de una coexistencia de reglas de las fuentes en aquellos Estados que incorporan reglas específicas sobre las fuentes agrarias en sus códigos civiles o leyes ordinarias u orgánicas. En el caso venezolano el artículo del Código Civil expresa:

Artículo 4. A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Quando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

Tal circunstancia, la de convivir dos y hasta tres sistemas de fuentes se explica en la doctrina con pensamientos como el del autor Ignacio De Otto<sup>44</sup>, en obra citada *supra*, cuando expone:

Tradicionalmente la regulación de las fuentes en nuestro derecho se ha contenido en el Código Civil, cuyo antiguo art. 6 ordenaba al juez que a falta de ley aplicable acudiese a la costumbre del lugar, y en su defecto a los principios generales del derecho. La reforma llevada a cabo mediante la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974 introduce en el Código Civil un Título Preliminar con la rúbrica “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, cuyo art. 1.1. establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. El Título preliminar regula, además, la aplicación de las normas jurídicas, estableciendo reglas de interpretación, equidad y analogía (cap. II), así como la eficacia temporal art. 2) y la territorial y personal caps. IV y V). Se trata, por tanto, de un conjunto de normas acerca de las fuentes del derecho, acerca de su aplicación e interpretación y acerca de su eficacia temporal, territorial y espacial, que constituye el derecho, común en la materia, calificado en ocasiones de derecho constitucional material, y al que hay que añadir las regulaciones específicas de cada sector del ordenamiento, y muy en especial las propias del derecho administrativo, del fiscal, del penal y del laboral.

---

44 Ignacio, De Otto. *Ibidem*. Página 85.

*La entrada en vigor de la Constitución no ha supuesto en principio la derogación de esta normativa, sino la coexistencia de dos distintas regulaciones de las fuentes, de rango constitucional una y legal la otra. Esta dualidad, común a otros ordenamientos jurídicos europeos, no presenta inconveniente alguno siempre que se parta de que, como es obvio, las normas legales acerca del sistema de fuentes sólo son válidas en cuanto no contradigan lo dispuesto en la Constitución. El que la disciplina de las fuentes se haya contenido tradicionalmente en el Código Civil podrá conferir a las correspondientes normas un especial prestigio en la doctrina, pero no incrementa en absoluto su valor por encima del que tienen las demás normas legales, siempre subordinadas a la Constitución. Es preciso tener en cuenta, por otra parte, que la ley no puede prescribir válidamente nada respecto de su propia posición en el ordenamiento jurídico en relación con aquellas otras fuentes cuya existencia y posición viene prescrita por la propia Constitución. Sí se puede disponer, en cambio, respecto de la posición que ocupa en relación con las fuentes que la propia ley crea, porque su existencia y posición dependen enteramente de ella. Por último, la ley no puede vincular la futura labor legislativa, porque el legislador no tiene más límites que los que le imponga la Constitución y puede modificar libremente las leyes que él mismo haya dictado.* (Cursivas nuestras)

En un sentido contrario al investigado y analizado hasta ahora, el magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Rodolfo Piza Escalante<sup>45</sup> asume una postura crítica frente a esta posición universal de la doctrina agraria, y alguna legislación positiva, sobre el papel de los principios generales agrarios y la jurisprudencia como fuentes formales, y a tal efecto expone:

b) Mi segunda preocupación me nace del tratamiento que el proyecto da a la cuestión de las fuentes del Derecho Agrario y Ambiental, cuestión que incide directamente en la posición que a una materia y otra corresponda en el universo del derecho y del Orden Jurídico: yo no puedo convenir en que el Derecho Agrario y el Derecho Ambiental –o Agroambiental– puedan y deban ser tan autónomos e independientes como parece querer el proyecto, especialmente en sus artículos 6º y 7º, al punto de reducir el elenco de sus fuentes

---

45 Rodolfo, Piza Escalante. Justicia Agraria y Ambiental en América. *Justicia Agraria y Ambiental Frente al Derecho de la Constitución y al Derecho de los Derechos Humanos*. Editorial Guayacán. San José. 1998. Páginas 391 a la 392.

normales a “las disposiciones agrarias y ambientales contenidas en...” la Constitución política, los tratados y convenios internacionales, las declaraciones y principios de derechos humanos, esta y demás leyes agrarias y ambientales, los reglamentos y otras normas administrativas generales, la jurisprudencia agraria y los principios generales del derecho Agrario (art. 6º, extendido al derecho Ambiental por en 8º, sin aclarar más nada); ni, mucho menos, al punto de prohibir “la aplicación de otras disposiciones no agrarias en ausencia de fuentes formales” (art. 7.2). *Yo pienso que, por el contrario, por lo menos en el Estado Democrático de Derecho la jerarquía de las fuentes del orden jurídico es siempre y exclusivamente formal: las normas, principios y valores constitucionales, de cualquier materia y en cualquier materia, prevalecen sobre todas las demás; una norma no agraria ni ambiental de la Constitución Política pasa por encima de cualquier norma infraconstitucional, sea agraria o ambiental, o cualquiera otra*, etc. Además, dentro de esta observación me permito agregar que no puede estar de acuerdo en incluir la jurisprudencia agraria o ambiental entre las fuentes formales, aún de la materia agraria o ambiental: la jurisprudencia es fuente no escrita del ordenamiento, redactar el pgr. 3º del art. 7º en el sentido de que “la jurisprudencia y los principios generales del Derecho Agrario y, en su caso, del Derecho Ambiental sirven etc.... (Cursivas nuestras)

En el caso específico venezolano, a la vigente ley especial agraria se le hace la crítica negativa de no haber incluido entre sus reglas las fuentes del Derecho Agrario, para privilegiar a estas dos figuras. Cuando se produce la reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en el año 2005 era de esperar que este tema fuese tratado por los legisladores; pero no ocurrió así, ni tan siquiera por cuanto en textos jurídicos nacionales se había hecho la advertencia.

Verbigracia, en el trabajo de nuestra autoría<sup>46</sup> *El Nuevo Proceso Agrario Venezolano*, habíamos expuesto:

### *III. Las fuentes del Derecho agrario. Señalamiento en los textos legales.*

El proceso agrario utiliza a la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes de derecho; lo hace para interpretar el contenido de las normas y resolver las dudas del juzgador del usuario del sistema judicial. También en este tópico nuestro legislador agrario

46 Edgar, Núñez Alcántara. *El Nuevo Proceso Agrario Venezolano*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2003. Página 45.

se apartó del asunto y de esa manera le resta eficacia al proceso agrario venezolano. No existe referencia a este tema en la nueva ley agraria. En el caso venezolano, y como una referencia parcial a un método hermenéutico que permitiría la aplicación de estas fuentes de derecho en el ámbito agrario, el artículo 335 constitucional faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que interprete el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, en cuyo caso su criterio es obligatorio para todos los tribunales de la República... de todos modos la inobservancia legislativa es evidente. De esta forma la jurisprudencia, aliada con la doctrina, puede cumplir la función que se les ha negado a los jueces agrarios en la ley” (Cursivas de la obra citada y subrayados nuestros)

#### **4. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO AGRARIO**

De manera particular el proceso interpretativo agrario tiene en la jurisprudencia un importante elemento de concreción. En efecto, al intérprete agrario, juez, litigante o usuario, le es posible establecer el sentido de la norma o el modo cómo resolver el conflicto ante la ausencia de ésta utilizando los criterios que ha diseñado la jurisprudencia. Para el Derecho Agrario universal esta fórmula de interpretación o integración es perfectamente válida. Así lo vemos cuando autores como Raúl Vasco Campillo<sup>47</sup> establecen lo siguiente:

En consecuencia, en el Derecho Agrario Nacional, es escasa la normativa sustantiva creada para resolver los conflictos jurídicos derivados de las relaciones agrarias. Por consiguiente, ante la ausencia de normativa agraria, la Jurisprudencia se ha convertido en fuente con rango de ley, del Derecho Agrario Nacional, para suplir la ausencia. Esta suplencia normativa, la Jurisprudencia la crea mediante la interpretación e integración del ordenamiento jurídico nacional de la agricultura. Con base en los PRINCIPIOS GENERALES del Derecho Agrario local que ha ido hilvanando desde los principios que informan a los institutos agrarios creados por el ordenamiento Jurídico, hasta obtener los principios generales de cada instituto iusagrario. Es por lo que la legislación agraria del país se refiere, por ejemplo, a los principios generales de los contratos agrarios, de la posesión agraria, de la usucapión agraria, etc. El carácter de fuente a la Jurisprudencia se lo otorgan normas del ordenamiento Jurídico Costarricense por lo que, tanto la doctrina como la Sala de Casación, han reconocido

---

47 Raúl, Vasco Campillo. *Ibidem*. Pp. 62 a la 63.

el papel informador que aquella tiene del ordenamiento jurídico. En efecto el artículo 10 del Código Civil establece que la jurisprudencia está constituida por las resoluciones reiteradas de las salas de Casación. Además el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconoce el valor de fuente a la Jurisprudencia cuando le asigna la función de interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito adquiriendo el rango de la norma que interpreta, integra y delimita; pues en virtud de esta norma la jurisprudencia, en el caso de ausencia de ley para regular una materia específica, tiene el carácter de fuente integrativa y *de fuente legislativa por delegación, mientras no se promulgue norma positiva escrita al respecto. En conclusión la función de los principales generales del Derecho Agrario en la interpretación e investigación de todo el ordenamiento jurídico de la agricultura, en el nivel nacional, a través de la Jurisprudencia hace que el Derecho Agrario no se agote en las normas, para velar ella directamente por la humanización y la socialización de una correcta administración de Justicia, a través de la equitativa aplicación del derecho Agrario en los fallos judiciales, evitando la aplicación de la ley al arbitrio del Juez.* (Cursivas nuestras)

En el caso específico venezolano, la jurisprudencia no es fuente de derecho de manera concreta para el Derecho Agrario. Es por vía constitucional cuando se ha podido conceder a la jurisprudencia nacional tal condición, pero no es un señalamiento para nuestro derecho, sino un caso general. Veamos, *grosso modo*, como funciona el sistema jurisprudencial venezolano, y específicamente la interpretación constitucional como fuente del Derecho.

Sobre este tipo interpretativo los autores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo en su obra *Algunas Reflexiones Sobre La Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*<sup>48</sup>, nos advierten que la interpretación constitucional forma parte del genero interpretación jurídica, pero que el carácter específico de las reglas contenidas en la carta magna hace necesario algunas precisiones sobre sus contenidos y alcances. Así, nos enseñan que la *forma, estructura lógica y contenido* de la carta política del Estado son características especiales que le confieren identificación propia y diferenciación en relación con la ley en sentido formal.

---

48 Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo. *Algunas Reflexiones Sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*. Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en Guadalajara en noviembre de 1973. Tomado de [info.bibliojuridica.org](http://info.bibliojuridica.org)

Consideran los autores referidos que resulta más complicado interpretar una regla constitucional que la contenida en una ley formal, por cuanto aquélla toca los elementos de la nacionalidad y temas relativos a la estructura del Estado mismo. Denominando al pensamiento que debe orientar al intérprete como “sentimiento constitucional”, y el cual debe ser buscado en las bases de la ley suprema, para entender su querer. Por ello se deberá consultar no sólo el aspecto jurídico, sino las motivaciones sociales, políticas y económicas que inspiraron al constituyente; y que el interprete debe auxiliarse con instrumentos tales como el Diario de Debates del Congreso (Asamblea) Constituyente, sin olvidar que la labor hermenéutica debe propender a la adaptación de las reglas jurídicas a los tiempos que se vayan viviendo. De modo pues, que interpretar la Constitución Nacional es una labor de búsqueda de la nacionalidad y del modo como ésta se va reflejando en el devenir del tiempo. Su interpretación debe dar respuesta a los anhelos de la sociedad que en cada tiempo se estructure.

Siguiendo de cerca a estos mismos autores<sup>49</sup>, podemos distinguir la interpretación constitucional *legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y popular*. La primera, la legislativa, se materializa cuando el legislador al proyectar la legislación formal que desarrolla a la carta magna debe interpretarla para que haya una relación de perfecto acoplamiento y coordinación en el espíritu, propósito y razón de la ley formal. Es interesante pensar que esta labor legislativa en nuestro país, al igual que en de origen de los autores que seguimos participa también la rama ejecutiva, bien como proyectista o cuando obra investido de la labor legislativa por delegación (habilitación) del ente creador de las normas generales y abstractas<sup>50</sup>. Así mismo es de importancia destacar que la labor nomofiláctica de la rama ejecutiva se produciría –al caso venezolano- inclusive en el derecho a veto que sobre las leyes aprobadas por el ente legislativo tiene el ejecutivo, según el artículo 214 constitucional.

*La interpretación administrativa*, sería de menor intensidad y se refiere a la actividad sublegal que se desarrolla en esta área, a través de actos administrativos, resoluciones y acuerdos que se elaboran para

---

49 *ibidem*, páginas 22 a la 35.

50 Artículos 204, ordinal 1º, constitucional, en lo relativo a la iniciativa legislativa; y, 203 in fine y 236, numeral 8º, *eiusdem*, en materia de habilitación.

la aplicación de la norma general y abstracta en los asuntos de interés público o relativo a los servicios públicos, que caracterizan de manera restringida al sector gubernativo administrativo. En tal sentido se habla de una interpretación constitucional administrativa positiva, para referirse a la adaptación de su quehacer a las reglas constitucionales, aun y cuando lleguen a éstas de manera indirecta; y de la no posibilidad de una interpretación administrativa negativa, por cuanto en este caso el ente se negaría a darle aplicación a una norma que en su criterio es violatoria de los derechos y garantías constitucionales, circunstancia que no puede ocurrir en la vida real, por cuanto no está dado a esta rama calificar el contenido de las leyes en sentido formal.

*La interpretación judicial*, la cual tiene varios modos específicos de materialización, a saber, 1) la normal realizada por los juzgadores judiciales, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia con exclusión de la Constitucional, cuando aplican las leyes a los casos concretos, incluyendo el control difuso de la constitucionalidad; y, 2) en el caso venezolano definido por el artículo 335 constitucional, el papel de guardián constitucional que la carta suprema le confiere a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que permitiría la interpretación de normas y principios constitucionales, en control concentrado, a través de figura tales como el *amparo constitucional*, el recurso de *revisión de sentencias definitivamente firmes*, y muy especialmente el proferimiento de interpretaciones de la carta magna que tienen carácter obligatorio para los demás Tribunales de la República, incluyendo a las otras Salas del máximo Tribunal, según la carta política suprema.

*La interpretación doctrinal*, que conecta al sector académico con la labor de análisis de las normas supremas, y el cual establece un correaje que lleva su opinión a la jurisprudencia y, esta, termina siendo recogida por la ley formal. Papel similar juega la opinión pública, cuando a través del “sentimiento constitucional” logra crear una matriz de opinión que interpreta de algún modo los derechos y garantías constitucionales y termina creando una concepción sobre el contenido y alcance de la ley que se verá modificada en su comprensión y eventual revisión legislativa.

Un elemento de suma importancia a considerar es la modificación de la hermenéutica jurídica constitucional como consecuencia de la transformación del concepto Estado de Derecho al Estado Social de Derecho.



Esa pequeña mutación semántica se convierte en una gran tarea para el intérprete, que debe analizar al mundo jurídico con una visión distinta. El profesor colombiano Julio Alberto Tarazona Navas<sup>51</sup> nos señala al respecto:

Con el estado social de derecho surge una nueva manera de interpretar el derecho, la cual consiste en adaptar el derecho a la realidad social. Con la Carta Política del 91 se desterró el método exegético y el método subjetivo. Pienso que el método vigente es el objetivo, pues, como lo dice la Corte Constitucional, la justificación del ordenamiento jurídico ya no está en los códigos, sino en la realidad social, teniendo en cuenta las necesidades sociales y la adecuación de las normas a éstas...

Asimismo podemos analizar la interpretación judicial que se realiza sobre contenido, normas y principios constitucionales, guiándonos por el contenido de la Exposición de Motivos y la Constitución Política venezolana; observáremos que en aquélla se establece que ésta será interpretada de dos maneras, a saber, mediante el *control difuso* que realizan los Tribunales de la República, cuando dicha Exposición expresa:

...Como consecuencia de ello, se eleva a rango constitucional una norma presente en nuestra legislación desde 1887, características de nuestro sistema de justicia constitucional y según la cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, serán aplicables en todo caso las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. En otras palabras, se consagra el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de las disposiciones normativas. Al mismo tiempo, se consagra el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de los demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, el cual corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, se trasladaron a la Sala Constitucional las competencias que en esta materia tenía la extinta Corte Supremo de Justicia en Pleno, con el objeto de especializar el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional y descongestionar de atribuciones a la nueva Sala Plena, para que sólo ejerza las competencias que le son asignadas en el artículo

---

51 Julio Alberto, Tarazona Navas. *El Estado Social de Derecho y la Rama Judicial*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2002. Página 183.

226, numerales 2 y 3 del texto constitucional. La exclusividad de la Sala Constitucional, implica que sólo a dicho órgano le corresponde ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de la leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pero no impide que la propia Constitución o las leyes, le atribuyan otras competencias en materia constitucional. De esta forma, se esboza el sistema venezolano de justicia constitucional, reafirmandose la coexistencia de los métodos de control concentrado, difuso y extraordinario de la constitucionalidad, los cuales se ejercen a través de la acción popular de inconstitucionalidad, la aplicación preferente de la Constitución respecto a leyes o normas inconstitucionales en un caso concreto, y la acción de amparo. (Cursivas nuestras)

En tal sentido en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil se señala: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia”

Ahora, esta última disposición legal tiene como fundamento la supremacía constitucional, según la cual ninguna norma legal, sublegal o determinación judicial pueda afectar los principios y garantías previstos en la carta magna, el cual a su vez está consagrado en el artículo 7 de la Constitución Nacional, cuando dispone: “Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”

Luego se entiende que frente a esta actividad jurisdiccional general contralora encontramos la labor de *control concentrado*, para referirnos al ejercicio directo sobre los actos legislativos, administrativos o judiciales. Dentro de esa labor hermenéutica encontramos que la carta magna permite visualizar las competencias para conocer de la *acción popular por inconstitucionalidad, la pretensión de amparo constitucional, el recurso de revisión constitucional y la interpretación de leyes.*

En lo relativo a la labor que cumple la jurisprudencia como elemento de interpretación del derecho el profesor René Molina Galicia, en su obra *Reflexiones Sobre una Nueva Visión Constitucional del Proceso,*

*y su Tendencia Jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*<sup>52</sup>, hace el siguiente juicio:

Una sensación de caos, de complejidad y de fragmentación rodea nuestra vida cotidiana y esa misma situación se vive en el mundo del Derecho, donde la proliferación de normas, la confusión de los poderes y la crisis de la soberanía, son los signos más visibles de esa realidad. *La inclusión de la jurisprudencia entre las fuentes formales de producción del Derecho, es uno de los tópicos que expresan esas tendencias de complejidad y fragmentación dentro del Derecho...omissis...* Del análisis de los componentes normativos y jurisprudenciales antes señalados, podríamos admitir que el Poder Judicial en el sistema venezolano es una fuente creadora de Derecho, hoy en día por mandato expreso del artículo 335 de la Constitución, y en el pasado tácitamente, aún cuando no quisimos asumir la conciencia de su importancia; de allí que, el tratadista José Peña Solís, ha venido afirmando que desde hace algunos años asistimos a un extraño proceso gradual pero al mismo tiempo intenso de conversión fáctica de la jurisprudencia en fuente real del derecho, y concretamente en el ámbito contencioso administrativo, advierte que se viene cometiendo una verdadera sacralización de las sentencias de la Sala Político Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, producto de la veneración pragmática, que no intelectual, que le rinden los abogados litigantes, los titulares de órganos administrativos, los jueces del Contencioso administrativo, así como la invocación casi ritual que de los mismos realizan los mencionados órganos judiciales, lo que en los hechos las convierte en verdaderas referencias normativas que se toman casi inmodificables, y concluye que es fácil constatar que hoy en día el abogado está más preocupado por transcribir un fallo anterior; independientemente de su calidad, o de si realmente contiene alguna doctrina, que de tratar de encontrar la ratio de la norma que le sirve de fundamento a su acción, y que los jueces inferiores de los órganos judiciales, en la mayoría de los casos se limitan a transcribir la jurisprudencia, sin atreverse a hacer uso de la garantía constitucional de independencia y autonomía judicial, para emitir una decisión distinta o contraria a la jurisprudencialmente establecida. Para Peña Solís, ese fenómeno ha ocasionado que la jurisprudencia haya devenido en una real, -que no formal- fuente del derecho, lo que en su opinión desestimula el estudio tanto por parte de los abogados, como por los jueces, ya que resulta

---

52 René, Molina Galicia. *Reflexiones Sobre una Nueva Visión Constitucional del Proceso, y su Tendencia Jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?* Ediciones Paredes. 2da. Edición. Caracas. 2008. Páginas 285, 298 y 299.

más fácil recurrir a esa fuente real, para lo cual basta sólo hacer una transcripción total o parcial, descontextualizándola en la mayoría de los casos, y los órganos judiciales a su vez tienden a repetir sin mayor reflexión, la primera sentencia dictada en una determinada materia, a la que eufemísticamente se suele denominar líder.” (Cursivas nuestras)

Continúa el profesor Molina Galicia expresando una tesis según la cual la jurisprudencia no es sólo fuente formal, como hasta ahora le hemos analizado en este texto, sino que la considera fuente material<sup>53</sup>. Así afirma:

*En mi opinión la jurisprudencia es fuente material y formal del Derecho en el sistema legal venezolano, por lo tanto debemos centrarnos en las consecuencias y los problemas que acarrea la creación de normas nuevas por parte de los Magistrados y en este caso lo que está en juego es discutir la posibilidad de que la jurisprudencia normativa innove el sistema legislativo al crear un nuevo derecho. Recordemos que por vía de la jurisprudencia normativa se le dio plena vigencia al principio procesal de la oralidad en los procesos de amparo, reformando una ley orgánica, (caso José Armando Mejía, sentencia N° 7 de la Sala Constitucional de fecha 01-02-00); se creó la acción de *interpretación constitucional* (Sala Constitucional, sentencia N° 1.077, del 22 de septiembre de 2000, en el caso Servio Tulio Briceño); se creó el procedimiento para el ejercicio del *habeas data*, (caso INSACA, sentencia del 14-03-01); se le dio operatividad a la acción de tutela de los intereses colectivos o difusos (sentencias del 30-06-00 caso defensoría del Pueblo y 21-11-00 caso gobernadores). En todos esos casos y algunos otros, la Sala Constitucional en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 335 de la Constitución ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, señalando sus alcances y formas de ejercicio, aún cuando no existieran leyes que la desarrollen directamente, mediante interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida –en el tiempo- hasta que la asamblea nacional legisle sobre la materia.” (Cursivas nuestras)*

Veamos algunas conclusiones que el autor que venimos analizando plantea como asertos de sus convicciones<sup>54</sup>:

53 *Ibidem*. Páginas 299 y 300.

54 *Ibidem*. P. 302.

En tal sentido la jurisprudencia es valorada en la medida en que traduce o explica el sentido de la ley, y participa de su característica de generalidad en su relación con ella. Actualmente el significado del término jurisprudencia se reserva para designar, el criterio constante y uniforme que el Tribunal Supremo de Justicia plasma en sus sentencias; y, la jurisprudencia normativa, es la doctrina establecida por la Sala Constitucional como criterio con fuerza normativa y por tanto vinculante, que se impone como obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial. *Desde esta perspectiva, la jurisprudencia debe ser reconocida como fuente directa de Derecho, ya que es el medio por el cual la Ley, la costumbre, y los principios generales del Derecho, adquieren contornos precisos, eficacia concreta, existencia real; al punto que para el juez y el abogado en ejercicio la jurisprudencia representa el verdadero derecho positivo y por ello, quizás en ninguna otra fuente se aprenda mejor lo que el Derecho es.* Para escándalo de algunos, en nuestro país, la jurisprudencia es más importante que el Derecho positivo, pues prevalece no el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye. Son estas afirmaciones herejías? O por el contrario manifestaciones de un proceso en el que para comprenderlo debemos necesariamente hacer un *breve recuento doctrinal* para poder entender el presente y avizorar el futuro.” (Cursivas nuestras).

En sentido contrario al expresado por el autor René Molina Galicia, la profesora María Concepción Mulino Ríos en ensayo jurídico denominado *Nuevas Tendencias de Unificación de Doctrina en el Ordenamiento Jurídico venezolano*<sup>55</sup>, expone:

No cabe duda de que la Jurisprudencia no es en nuestro sistema jurídico, fuente formal de derecho positivo, pues lo sería únicamente la ley y en una esfera más limitada, la costumbre; sin embargo si es fuente indirecta o material de derecho, pues lo precedentes judiciales si bien no son de obligatoria observación, constituyen base fundamental para la interpretación de la ley y para la integración del derecho...*omissis...* *El aspecto del carácter vinculante de los criterios interpretativos consolidados y firmes contenidos en las sentencias de los tribunales, no va a consistir en elaborar desde ellos proposiciones normativas abstractas y generales, sin relación con la situación de hecho que*

---

55 María Concepción Mulino Ríos. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*. Número 3. Año 2007. *Nuevas Tendencias de Unificación de Doctrina en el Ordenamiento Jurídico venezolano*. Universidad de Carabobo. Valencia. 2007. Páginas 216 y 217.

*contemplan, ya que no puede olvidarse que `sentencia´ es siempre decisión judicial sobre un caso concreto. La dependencia exclusiva de la ley, que tiene el juez, no significa que esté desconectado de su propio criterio cuando indaga el sentido de la norma para aplicarla. La decisión que impone una aplicación igualitaria de la ley no hace sino explicitar el contenido de la ley misma, que debe ser interpretada de manera igual conforme a la Constitución. La vinculación del criterio de los jueces con los preceptos jurídicos, a la hora de interpretar las normas, encuadra dentro de un planteamiento de legalidad y constitucionalidad, ya que la aplicación del derecho que en la sentencia se realiza, no se agota en una técnica puramente mecanicista de aplicación de leyes... omisis... (Cursivas nuestras)*

Destacaremos que la autora Mulino Ríos, en el texto citado, analiza la labor del recurso extraordinario de casación como elemento de unificación de la doctrina jurídica, y al respecto revisa la experiencia española de reciente data, partiendo del estudio de la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal del 5 de mayo de 1992, y apunta<sup>56</sup>:

En la jurisdicción española el fin de unificación doctrinaria se puede lograr, además del recurso de casación ordinario, dicho fin se logra a través del llamado `recurso de casación para la unificación de la doctrina´, donde en el supuesto de que un órgano jurisdiccional contravenga la doctrina reiterada, ya sea del mismo órgano o uno superior, existe la posibilidad de impugnar la decisión ante un órgano de superior jerarquía encargado de unificar la doctrina a aplicar

*Experiencia venezolana sobre el recurso de interpretación constitucional autónomo.* Si observamos el sistema interpretativo venezolano, bien sea en la Constitución Nacional de 1999 o en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, veremos que en ese vasto panorama no aparece –*prima facie*– el recurso autónomo de interpretación de la constitución o recurso de interpretación constitucional<sup>57</sup>; pero en la práctica la jurisprudencia del máximo tribunal de la República ha establecido para sí la facultad de interpretar autónomamente el sistema constitucional nacional. Al respecto existe un conjunto de consideraciones

56 *Ibidem.* P. 220.

57 Sobre la materia consúltese al autor Rubén J. Laguna Navas. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su Rol como Máxima y Última Intérprete de la Constitución.* Universidad Central de Venezuela. Caracas. 2005. Páginas 188-192.

doctrinarias y jurisprudenciales sobre esta determinación judicial de la Sala Constitucional que hace necesario que todo trabajo sobre hermenéutica jurídica que se haga en estos tiempos lo aborde como tema de suma importancia. Se observa en el foro venezolano serias dudas sobre su legalidad. Veamos.

Sobre la temática la profesora Cecilia Sosa Gómez, en ensayo jurídico publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo<sup>58</sup> hace el siguiente análisis crítico:

...omissis...Lo interesante en este punto es destacar cómo no siendo el recurso de interpretación el que desarrollamos en este estudio, sino otro recurso (el de revisión) – que a diferencia del primero sí tiene consagración expresa en la Constitución – y que precisamente busca (este recurso de revisión) que sea la Sala Constitucional la que en última instancia controle las sentencias que se refieran a derechos fundamentales, como son aquellas de amparo definitivamente firmes, e igualmente las que se refieran al control difuso de la constitucionalidad que pudieran haber dictado los tribunales de la República, en realidad aparte de revisar sentencias se interpreta, se reescribe, *valga decir*, la Constitución.

*Por ello el recurso de revisión es una vertiente distinta de interpretación constitucional, diferente al recurso propiamente de interpretación constitucional, creado por voluntad de la propia Sala Constitucional mediante sentencia.* El recurso de revisión tiene entre sus objetivos salvar cualquier posible inobservancia de las prenombradas interpretaciones de la Sala Constitucional.” (Paréntesis y cursivas nuestras)

Digamos también que la Acción Popular por Inconstitucionalidad y el Recurso de Revisión Constitucional son competencia exclusivas de la Sala Constitucional, según disponen el artículo 336, en sus ordinales 1º, 2º, 3º 4º y 10º; y que el Amparo Constitucional corresponde a esta Sala en los casos contemplados en el artículo 8 de la Ley de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en segundo grado conoce de los recursos de apelación cuando esta materia haya sido resuelta en primera instancia por los Juzgados Superiores de la República; y que la Interpretación de textos legales está prevista en el artículo

---

58 Cecilia, Sosa Gómez. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo. Número 3. Año 2007. *La revisión Constitucional de las Sentencias definitivamente Firmes*. Universidad de Carabobo. Valencia. 2007. Páginas 172 y 173.

226, ordinal 6º, constitucional y será ejercida por el Tribunal Supremo de Justicia, de manera exclusiva, pero la Carta Magna no explicita a qué Sala le compete; por lo cual hemos de recurrir a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual en su Artículo 5, aparte 52, le otorga tal competencia interna a cualquiera de las Salas según la afinidad con la materia debatida.

Sobre esta competencia la doctrina académica y la judicial, durante la aplicación de la Carta Magna de 1961 y la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, habían identificado un conjunto de requisitos para la procedencia de la interpretación de leyes, tales como los indicados en la Sala Político-Administrativa del 19 de enero de 1999, Caso M. Mónaco, en recurso de interpretación, bajo ponencia del magistrado Héctor Paradisi León, en la cual se estableció:

...Una interpretación concatenada de los dispositivos legales anteriormente transcritos, pone de relieve la competencia de esta Corte Suprema de Justicia y, más concretamente, de la Sala Político – Administrativa, para conocer del presente recurso, y así declara. Para la admisión de este especial medio procesal, se exigen, naturalmente los requisitos previstos en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; formalidades que han sido constatadas en el presente caso, sin que ninguna de ellas se oponga a la admisión del presente recurso. Pero a la par de ello, doctrina y jurisprudencia han ido delineando progresivamente su contenido y alcance y, con ello, los caracteres distintivos del mismo, a saber: 1) Que la ley que contenga la norma cuya interpretación se solicita, contemple expresamente el ejercicio de este tipo de recurso. 2) La necesaria conexión del recurso con un caso concreto y. 3) Que la norma a ser interpretada sea de rango legal... *omissis...*”

Ahora la interpretación autónoma de la Carta Magna, como hemos señalado precedentemente, no se relaciona ni en el texto constitucional ni la ley que regula al máximo Tribunal de la República. Su existencia es producto de la interpretación que ha hecho la Sala Constitucional de su propia competencia; ha tomado el recurso de interpretación de leyes (artículo 226, numeral 6º, constitucional), la antigua doctrina sobre esta competencia que le había sido atribuida de manera exclusiva a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo los extremos requeridos para su procedencia y los ha convertido en doctri-



na judicial de aplicación obligatoria<sup>59</sup>. Al efecto se había establecido los límites señalados en el fallo reseñado precedentemente.

En resumen, la Sala Constitucional se ha arrogado, vía jurisprudencial, la competencia para interpretar el contenido y alcance de los derechos y garantías constitucionales, a solicitud de parte interesada, actividad que definiremos en lo sucesivo como *interpretación autónoma de la carta magna*.

Digamos también que la interpretación autónoma constitucional es aplicable no sólo a la carta magna, sino a los textos legales que integran el llamado “bloque de constitucionalidad”. En fallo del 19 de febrero de 2002 la Sala Constitucional, bajo ponencia del magistrado José Delgado Ocando, caso Beatriz Contasti Ravelo, determinó que la pretensión de interpretación autónoma constitucional se puede solicitar no sólo con relación a la carta magna misma, sino con aquel conjunto de leyes que se comprenden dentro del concepto bloque de la constitucionalidad, lo cual implica además de la ley suprema, los Tratados Internacionales, las leyes emanadas de la Asamblea Constituyente y leyes de rango formal ordinario que cumplen funciones constitucionales. En dicho fallo se expresa:

Respecto a la competencia de esta Sala Constitucional para resolver solicitudes de interpretación constitucional como la presente, debe reiterarse su jurisprudencia en la materia, la cual ha venido desarrollando a partir de la sentencia n° 1077/2000, caso: *Servio Tulio León*. Así, se ha establecido que su facultad interpretativa merced a este medio está supeditada a que la norma a interpretar esté contenida en la Constitución (sent. n° 1415/2000, caso: Freddy Rangel Rojas, entre otras) o integre el llamado bloque de la Constitucionalidad (sent. n° 1860/2001, caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas), del cual formarían parte: a) los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (cf. sent. n° 1077/2000, caso: Servio Tulio León); b) las normas generales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (cf. al respecto sent. n° 1563/2000, caso: Alfredo Peña) o, c) aquellas otras normas también de rango legal que cumplen una función

---

59 Con ocasión del recurso de Interpretación sobre la posibilidad de convocar a un referendo para decidir en torno a la elección de una Asamblea Nacional Constituyente la Sala Político-Administrativa, en el fallo fechado 19 de enero de 1999, antes transcrito parcialmente, realizó un detallado análisis sobre la materia.

*constitucional*, tal como lo ha justificado el Tribunal Constitucional español y lo ha comentado alguna doctrina (Rubio Llorente: *El bloque de la constitucionalidad*, en el Libro Homenaje a E. García de Enterría, Tomo I, págs. 3-27)” (Cursivas nuestras)

Como se observa el sistema interpretativo constitucional venezolano tiene características y métodos distintos al propugnado por el Derecho Agrario universal, pero ello no niega que en un momento determinado las interpretaciones que realice la Sala Constitucional pueda tener efectos y resultados similares a los buscados por aquél.

El profesor Román José Duque Corredor en reciente obra, *Los Poderes del Juez y el Control de la Actividad Judicial*<sup>60</sup>, destaca la labor de los juzgadores jurisdiccionales, señalando diversas notas sobre la supremacía constitucional, bloque de legalidad, valores constitucionales, estado de derecho, división de poderes, valores constitucionales y jurídicos; para concluir en lo relativo a la interpretación del derecho. En tal sentido expone el jurista:

*En el subsistema de creación de normas son importantes los factores de información, auto corrección y la noción de supremacía constitucional y del bloque de la legalidad o de sujeción al Derecho como instrumento eficaz para cuidar y mantener los valores superiores del ordenamiento jurídico. En el segundo subsistema, las normas encuentran aplicación para lograr la justicia en el caso concreto, en donde la acción del operador jurídico, en las organizaciones políticas definidas como Estado de Derecho, no ha de estar sujeta a su sentido de justicia, sino que ha de desarrollarse dentro de los límites y según las reglas establecidas por el subsistema de creación de normas, es decir, el bloque de la legalidad y sobre todo por los valores y principios constitucionales. Ello, por otra parte, garantiza la división entre los poderes, la igualdad, la certeza y la seguridad en la aplicación de esas normas. Pero, también estos operadores han de hacer justicia en los casos concretos, por lo que su operación no puede ser a base de la aplicación mecánica de las normas o del ordenamiento jurídico. Es por ello, que la cuestión interpretativa del Derecho o proceso de razonamiento y su control es fundamental en un Sistema de Justicia.*

---

60 Román José, Duque Corredor. *Los Poderes del Juez y el Control de la Actividad Judicial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 72. Caracas. 2008. Páginas 155 y 156.

En relación a la labor que en el Derecho Agrario desempeña la jurisprudencia el autor Ricardo Zeledón Zeledón<sup>61</sup> expone:

Por esta razón hay un elemento realmente novedoso. En el Derecho agrario y ambiental se reivindica a la jurisprudencia como fuente del derecho. *Esto constituye la base para crear un auténtico sistema de fuentes, concebir modernos criterios de interpretación, y sobre todo darle a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del ordenamiento, con aplicación obligatoria y vinculante.* Porque todas las fuentes normativas son vinculantes. En lo agrario y ambiental no se comparte el viejo criterio liberal de proteger únicamente la libertad del Juez desprotegiendo a su vez la libertad de la sociedad. *La interpretación de la Ley, su integración, y sobre todo los principios agrarios y ambientales deben ser de acatamiento obligatorio por los juzgadores de instancia. Inobservancia de la jurisprudencia constituye inobservancia de la Ley.*" (Cursivas nuestras)

Denota el texto transcrito el papel de primera importancia que la doctrina agraria concede a la jurisprudencia.

Persisten, aún, criterios que confrontan la utilización de la jurisprudencia como elemento de análisis interpretativo formal, negándole tal función. Al respecto el profesor Ignacio De Otto<sup>62</sup> nos previene:

A pesar de que la infracción de la jurisprudencia puede dar lugar a la anulación de la sentencia que la cometa, la doctrina jurídica ha venido negando mayoritariamente que tenga el valor de una norma que impone a los tribunales el deber de sentenciar conforme a la interpretación hecha por el Tribunal de casación o equivalente. Tal negativa se expresa excluyendo a la jurisprudencia de las fuentes del derecho a la hora de enumerar éstas, lo que no sería en sí mismo muy expresivo, dado el valor meramente académico del concepto, si se le reconociera el valor de obligar como una fuente atípica o *extra ordinem*. Pero la doctrina mayoritaria niega esto último al afirmar que el juez no tiene más que un deber moral de sentenciar conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, pero no un deber propiamente jurídico, o que la jurisprudencia ejerce una influencia sólo de hecho. Esta manifestación de la negativa a reconocer a la jurisprudencia un valor normativo, una fuerza de obligar, aparece también en la legislación,

---

61 Ricardo, Zeledón Zeledón. *Ibidem*. Páginas 266.

62 Ignacio, de Otto. *Ibidem*. Páginas 296 a la 298.

y con una fuerza tal que se impone incluso en las leyes en las que abiertamente se reconoce la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, de anulación de las sentencias. Así, el Código Civil en su redacción originaria no mencionaba en absoluto a la jurisprudencia a la hora de indicar al juez dónde debía buscar el criterio de su juicio, y le remitía únicamente a la ley, a la costumbre y a los principios generales del derecho (art. 6, en la redacción originaria). Tal silencio se correspondía, por otra parte, con el uso de la expresión “doctrina legal” en la Ley de Enjuiciamiento Civil para aludir precisamente a la doctrina jurisprudencial. La reforma del Código Civil de 1974 recoge en cambio la jurisprudencia, y la llama por su nombre, pero no la incluye en el art. 1.1., en que enumera las fuentes del derecho, sino que la menciona en el apartado 6. del mismo artículo diciendo que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Es claro que la expresión “complementarias” significa que el Código Civil no sólo no quiere llamar fuente del derecho a la jurisprudencia sino que, además, tampoco la quiere considerar una parte integrante del ordenamiento jurídico, un elemento que lo completa, sino algo que lo complementa y que, por tanto, le es ajeno...*omissis...Este tratamiento de la jurisprudencia como algo ajeno al ordenamiento no puede explicarse más que como un ejemplo especialmente llamativo del peso que puede tener una tradición teórica, capaz de llevar a la negación de lo que parece evidente desde el punto de vista jurídico. Porque parece claro que sólo cabe anular una sentencia cuando es antijurídica y no por ninguna otra razón, como si puede ocurrir en ciertos supuestos con los actos administrativos. La Constitución confiere al juez un poder para aplicar con independencia el derecho objetivo, y la sentencia sólo puede anularse si infringe el ordenamiento. De este Incuestionable punto de partida sólo pueden deducirse dos cosas: o la jurisprudencia forma parte del derecho vigente, del ordenamiento, lo que explica que pueda anularse la sentencia que la infrinja, o no forma parte del ordenamiento y sólo lo complementa, lo que quiere decir que el recurso de casación por infracción de la jurisprudencia sería inconstitucional porque permite que se anulen sentencias que son conformes con el ordenamiento pero contrarias a algo que no forma parte del mismo, Tertium non datur: o la jurisprudencia es parte del derecho y la casación es lícita, o no forma parte del derecho, y la casación es ilícita.* Está claro, sin embargo, que lo determinante a la hora de examinar el valor vinculante de la jurisprudencia no es en modo alguno el calificativo que se le aplique, sino las consecuencias que se conecten a su infracción. Los contratos no obligan porque el

art. 1.091 diga que “las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes”, cosa que manifiestamente no tienen, sino porque ese precepto les confiere carácter obligatorio, lo que podría hacer con otras palabras cualesquiera. Así ocurre exactamente con la jurisprudencia: sea cual sea el calificativo que se le aplique, el ordenamiento jurídico establece que la sentencia que la infrinja podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, eso es, del derecho. (Cursivas nuestras)

## **5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AGRARIO COMO FUENTE FORMAL DE ÉSTE**

En el mismo rango de importancia que el examinado con respecto a la jurisprudencia se encuentran los principios generales del derecho. Al caso concreto, los relativos al Derecho Agrario. Algunos de ellos fueron desarrollados en páginas anteriores. En esta parte sólo les referiremos en cuanto a la función que cumplen como instrumento de interpretación, sin hacer estudio concreto sobre sus contenidos y alcances.

Ha estimado la doctrina que es menester la determinación de los principios generales agrarios, sobre todo por la complejidad de esta rama del derecho, al entroncarse con las ramas técnicas y económicas que le dan fisonomía propia, permitiéndole su especificidad y concediéndole la complejidad hermenéutica que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación.

El autor Raúl Vasco Campillo<sup>63</sup> Analiza particularmente este elemento interpretativo del Derecho Agrario, en los siguientes términos:

El Derecho Agrario busca que los principios generales sean utilizados tanto por el científico como por el operario del derecho, principalmente por el Juez, porque su misión básica es ofrecer una respuesta ordenada, coherente y sistemática a la realidad normativa fáctica, y axiológica de las relaciones jurídicas derivadas de la agricultura como objeto del Derecho Agrario; porque si este no se vincula a la realidad, su finalidad sería estéril y ante todo, no tendría razón de existir como

---

63 Raúl, Vasco Campillo. *Ibidem*. Páginas 65 y 66.

ciencia jurídica. *En todos los ordenamientos jurídicos a causa de las considerables limitaciones del legislador, para encontrar solución a los problemas nacidos de las diferentes relaciones jurídicas inmersas en lagunas normativas o en la ausencia de normas específicas, se le permite recurrir a los principios generales para resolver el caso concreto cuando no exista norma que pueda considerarse idónea. Tal autorización tiene por finalidad impedir que el operador del Derecho incurra en arbitrariedad o se aparte a la justicia... omissis... En consecuencia, el aceptar la validez de los principios única y exclusivamente como fuente del derecho encargada de darle completez al sistema, crea la obligación del operador y del científico del derecho agrario de recurrir a sus propias fuentes; lo que implica no utilizar normas, aunque sean de mayor rango de otras ramas, si para el caso existen normas de rango, inferior, o en ausencia de éstas los principios generales; pero en todo caso no de otra disciplina; sino de la agraria, ya sean que estos deriven de las normas, los valores o los hechos; para no construir, al resolver lo agrario con principios ajenos, a deformar, traicionar y degradar la disciplina. Los principios generales del derecho Agrario y ambiental le otorgan completez a una disciplina que nació a la vida jurídica con los derechos económicos, sociales y culturales de la segunda generación y que se redimensiona.* (Cursivas nuestras)

En un crítico análisis sobre el papel fundamental que los principios generales agrarios han de desarrollar en el área jurídica que nos ha ocupado, así como el que ha de jugar el intérprete, el jurista Ricardo Zeledón Zeledón, en su obra *Derechos Agrarios. Fundamentos*<sup>64</sup>, expone:

Indiscutiblemente los principios generales del Derecho agrario también pueden desdoblarse. Como también acontece con el objeto y las fuentes de la materia. Habrá principios generales formales, derivados de las normas o comprendidos dentro de los institutos pues los ordenamientos los introducen expresamente, e incluso habrá principios generales materiales, unos de orden axiológico ubicables en los valores de la Sociedad, y principios generales provenientes de la realidad agraria (fáctica, técnica y política). *La aceptación de los principios generales permite afirmar, ahora con más claridad, la obligación del operador y del científico del Derecho agrario de recurrir a sus propias fuentes. Esto implica la negativa a utilizar normas de otras ramas. La verdadera autonomía esta ahí.* Si en agrario existe norma de rango inferior incluso a las de otras ramas se aplicará aquella y no ésta. Y si no hay

---

64 *Ibidem*. Páginas 302 y 303.

norma se aplicarán sus principios generales, bien deriven estos de las normas, los valores o los hechos... omissis... *Esta es la única forma de llegar a la completez del sistema.* Si se sigue una hermenéutica jurídica equivocada, desprovista de principios generales, recurriendo a otras ramas jurídicas sólo se contribuyen a deformar, traicionar, y degradar la disciplina” (Cursivas nuestras)

Este autor, en reciente obra<sup>65</sup>, compendia la idea que esta investigación se propone desarrollar cuando expresa:

Esta estrategia (refiérese el autor a la empresa agraria como factor para la concepción de un nuevo modelo de desarrollo que permita la justa distribución de la riqueza y el avance económico) da coherencia y unidad al cuerpo normativo, y le brinda referencia a las fuentes del derecho agrario y a su interpretación jurídica. *En cuanto a las fuentes formales se les concreta, a través de toda la pirámide, a las estrictamente agrarias, con preeminencia de la jurisprudencia y principios generales del derecho agrario.* Como modo de evidenciar las posibilidades de creación iusagraria derivadas de la falta de normas, con la interpretación se establecen todos los principios necesarios para concebir, paulatinamente, un sistema orgánico y completo. Igualmente se establecen los criterios para integrar las normas del derecho agrario, que se corrigen a través de los criterios más modernos derivados de la doctrina y la jurisprudencia, por medio del recurso a los principios generales” (Paréntesis y negrillas nuestras)

## 6. CONCLUSIONES

Como corolario de la investigación realizada hacemos los siguientes asertos:

6.1. El Derecho Agrario expresa su especificidad al concebirse como una rama especial del derecho que se crea para regular jurídicamente los procesos de creación y conservación de vida animal y vegetal, con fines de explotación económica.

6.2. El objeto de regulación mismo le obliga a ser un derecho de raigambre económica y técnica; que debe dar respuestas a este tipo de problemáticas en la relaciones agro productivas.

---

65 Ricardo, Zeledón Zeledón. *Lecturas Sobre Derecho Agrario. Derecho Agrario Para la Paz.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Página 317.

6.3. La hermenéutica jurídica juega en el Derecho Agrario un rol fundamental. La especial característica de ser un derecho con sólidos fundamentos económicos y técnicos le convierte en un modelo que confronta dudas y carencias de repuestas jurídicas ante problemas que se producen en el mundo de las relaciones agro productivas.

6.4. La labor hermenéutica desempeña un papel de primer orden en el Derecho Agrario, y muy especialmente la labor de integración ante la ausencia de norma jurídica aplicable para resolver el conflicto planteado.

6.5. Las fuentes en el Derecho Agrario ocupan un importante lugar, por cuanto la tendencia universal del mismo es colocar dos fuentes formales, la jurisprudencia y los principios generales, que le orientan como un elemento definitivo en su interpretación e integración.

6.6. En el caso venezolano la legislación agraria no ha interiorizado esta concepción y se desenvuelve con los criterios hermenéuticos propios del Derecho Civil o común. El sistema interpretativo constitucional venezolano ofrece una figura similar a la que se desea en el ámbito agrario universal, pero con objetivos distintos.

6.7. La hermenéutica jurídica agraria constituye un sistema de primera importancia para el Derecho Agrario, desde luego que en éste la labor interpretativa e integrativa es de primera importancia por la sustancia ontológica que le conforma. De este modo contribuye a la obtención de sus objetivos últimos, tales como la de contribuir a la producción de riqueza y alimentación para el hombre, y constituirse en un elemento para la paz mundial.

## **7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.
- Alvarado Paniagua, Alexandra. *Derecho Agrario: Desarrollo, Justicia y Paz. La Hermenéutica Agraria Moderna Como Instrumento Para el Desarrollo Sostenible*. Editorial Guayacán. San José. 2000.
- Argüello Landaeta, Israel. *Ejercicio de las Pretensiones Agrarias referidas a la Propiedad y la Posesión*. Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajo de ascensos N° 2. Caracas. 2004.



- Ballarin Marcial, Alberto. Revista de Derecho Agrario. *La Función Social del Suelo Rústico y de la Propiedad Agraria*. Año 1. N° 1. Rosario. Argentina. 1992.
- Briceño Aranguren, Claudia Briceño y Núñez Machado, Ana Cristina. Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Aspectos Económicos de la Nueva Constitución*. Colectivo de autores del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas. 2000.
- Campos Rivera, Domingo. *Derecho Procesal Agrario*. Editorial Temis. Bogotá. 1993.
- Carrozza, Antonio y Zeledón Zeledón, Ricardo. *Teoría General e Institutos de Derecho Agrario*. Editorial Astrea. Buenos Aires
- Congreso Nacional de la República de Venezuela. *La Ley de Reforma Agraria en las Cámaras Legislativas*. Publicaciones de las Secciones de Información y Prensa e Imprenta del Congreso Nacional. Tomo I. reimpresión. Caracas. 1981.
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel S. A., Barcelona. 1987.
- Duque Corredor, Román José. *Derecho Agrario Instituciones. Tomos I y II*. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 2001.
- Duque Corredor, Román José. *Los Poderes del Juez y el Control de la Actividad Judicial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 72. Caracas. 2008.
- Facciano, Luis. *Contratos Agrarios*. Nova Tesis Editorial Jurídica. Rosario. 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge. *Algunas Reflexiones Sobre La Interpretación Constitucional En El Ordenamiento Mexicano*. Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en Guadalajara en noviembre de 1973. Tomado de [info.bibliojuridica.org](http://info.bibliojuridica.org).
- Hervada, Javier. *¿Qué es el Derecho?* Editorial Temis. Bogota. 2005.
- Laguna Navas, Rubén J. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su Rol como Máxima y Última Intérprete de la Constitución*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 2005.

- Lepri Gallerazo, luigi. *Diritto Civile. Nozioni Generali*. Milano. 2005.
- López, Consuelo. *Agrario y Ambiental en el Mundo Jurídico*. Justicia Agraria Y Ambiental en América. Editorial Guayacán. San José. 1998.
- Lindahl, Hans. “*Juris Dictio*” Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Bogotá. 1990.
- Medina Cervantes, José Ramón. *Derecho Agrario*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla. México. 1987.
- Molina Galicia, René. *Reflexiones Sobre una Nueva Visión Constitucional del Proceso, y su Tendencia Jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?* Ediciones Paredes. 2da. Edición. Caracas. 2008
- Mulino Ríos, María Concepción. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*. Número 3. Año 2007. *Nuevas Tendencias de Unificación de Doctrina en el Ordenamiento Jurídico venezolano*. Universidad de Carabobo. Valencia. 2007.
- Núñez Alcántara, Edgar Darío. *El Nuevo Proceso Agrario Venezolano*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2003.
- Núñez Alcántara, Edgar Darío. *Derecho Agrario. Contenido sustantivo y Procesal*. Segunda reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999.
- Olaso, Luís María. *Curso de Introducción al Derecho*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1997.
- Osuna Patiño, Néstor Iván. *Apuntes Sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de Derecho Público número 37. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.
- Picado Vargas, Carlos. *Idoneidad de un Criterio Tridimensional para la Interpretación Unitaria del Derecho Agrario. Derecho Agrario del Futuro*. Editorial Guayacán. San José. 2000.
- Piza Escalante, Rodolfo. *Justicia Agraria y Ambiental en América. Justicia Agraria y Ambiental Frente al Derecho de la Constitución y al Derecho de los Derechos Humanos*. Editorial Guayacán. San José.

- Sosa Gómez, Cecilia. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo. Número 3. Año 2007. *La Revisión Constitucional de las Sentencias Definitivamente Firmes*. Universidad de Carabobo. Valencia. 2007
- Tarazona Navas, Julio Alberto. *El Estado Social de Derecho y la Rama Judicial*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2002.
- Ulate Chacón, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Agrario*. Editorial Guayacán. San José. 1999.
- Vanin Tello, Joaquín. *Derecho Agrario Teoría General. Tomo II*. Universidad Externado de Colombia. 1985.
- Vasco Campillo, Raúl Antonio. Derecho Agrario del Futuro. *Principios Generales e Interpretación del Derecho Agrario*. Editorial Guayacán. San José. 2000.
- Venturini Villarroel, Alí José. *Derecho Agrario Venezolano. Tomo I. Parte General*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1994.
- Venturini Villarroel, Alí José. *El Derecho de Permanencia Agraria y el Desalojo de Fondos Rústicos Arrendados u Ocupados Unilateralmente*. Separata de la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 134. Julio-Diciembre. 1968. Editado por el Instituto Agrario Nacional. Caracas. 1969.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. *Desarrollo Agrario: Desarrollo, Justicia y Paz. Memorias del Tercer Congreso de Derecho Agrario, celebrado en Liberia*. Editorial Guayacán. San José. 2000.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. *La Modernización de la Justicia Agraria y Ambiental. Justicia Agraria y Ambiental en América*. Editorial Guayacán. San José. 1998.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. *Derecho Agrario. Nuevas Dimensiones*. Investigaciones Jurídicas S. A. San José. 2007.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. *Derecho Agrario. Fundamentos*. Investigaciones Jurídicas S. A. San José. 2007.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. *Lecturas Sobre Derecho Agrario. Derecho Agrario Para la Paz*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.

# Nueva dimensión jurídica de la cláusula arbitral en Venezuela

Irma Lovera De Sola\*

## RESUMEN

Este trabajo señala las consecuencias derivadas de la disposición constitucional que confiere a los ciudadanos la potestad de administrar justicia, que les permite elegir el medio alternativo o el judicial a través del cual decide resolver su controversia. Por lo tanto, la vía judicial no solamente no es la única, ni siquiera es la preferente, para resolver conflictos, ya que es el ciudadano, sin orden jerárquico alguno, quien tiene la potestad de decidir si aplicará un medio alternativo, como el arbitraje, o si optará por activar al Poder Judicial y conferirle jurisdicción sobre el asunto a resolver.

## PALABRAS CLAVE

Administración, justicia, potestad, ciudadanos, medios alternativos.

## ABSTRACT

This paper points out the consequences of the constitutional provision that grants citizens the power to administer justice, allowing them to choose the alternative means or through the court which decided to settle their dispute. Therefore, the courts not only is not the only one, not even the preferred, to resolve conflicts, as it is the citizen, without any hierarchical order, who has the power to decide whether to apply an alternative means, such as arbitration or if you choose to turn to the judiciary and confer jurisdiction over the case to solve.

## KEY WORDS

Administration, justice, power, citizens, alternative media.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, carta magna aprobada por abrumadora mayoría en referéndum popular realizado el 15 de Diciembre de 1999, con su vanguardia filosófica, su

\* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Docente universitaria en pre y postgrado en esa Universidad, en la Universidad Metropolitana y Santa María. Mediador y árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), especialista en Derecho Inmobiliario, Medios Alternativos de Resolución de Conflictos y Mediación Familiar.

extraordinario desarrollo de los derechos humanos y su pacto social de democracia participativa, se campea orgullosa por América y tiene un sentido particular y genuinamente profundo e innovador en lo que se refiere al acceso a la justicia y a los medios alternativos de resolución de conflictos; este cambio de paradigma de la administración de justicia, a pesar de la vigencia constitucional por más de 10 años, no ha sido percibido, desarrollado y aplicado en todas sus consecuencias a todos los ámbitos de la vida ciudadana, como deberá hacerse en el futuro cercano cuando sea cabalmente comprendido.

## **2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

El artículo 2° dice textualmente: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.” Los siguientes artículos continúan con los enunciados de sus fundamentos ideológicos en estos términos: Artículo 5: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”. Artículo 6: “El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

La trascendencia práctica de todos estos postulados son materia que concierne al Derecho Constitucional, por lo tanto solamente tomaremos algunos de ellos para aplicarlos más adelante al acceso a la justicia, al constatar el viraje que ha dado la administración de justicia en relación con los ciudadanos.

El Título III, De los derechos humanos y garantías y de los deberes, en el Capítulo I, artículo 26, dice:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En el Título V, destinado a la Organización del Poder Público, el Capítulo III está dedicado a la Organización del Poder Judicial y del Sistema de Justicia, y en su artículo 253 establece: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley (*omisis*) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”.

Seguidamente el único aparte del Artículo 258 señala en forma programática que, “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

### **3. CAMBIO DE PARADIGMA**

Quizás a primera vista no entendamos o no logremos penetrar en este intrincado rompecabezas de enunciados filosóficos y artículos constitucionales, pero si lo razonamos detenidamente podemos constatar lo siguiente: Que Venezuela, según la Constitución, es hoy día un estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que la soberanía reside irreductible en el pueblo, y que en consecuencia, la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y que en definitiva aquella concepción de que el poder emana de Dios y de él a los gobernantes, quienes hacen las leyes y las aplican y en consecuencia imparten justicia, el postulado fundamental de la monarquía y también de los gobiernos teocráticos, que posteriormente fue derivada a las democracias repre-

sentativas, concediéndoles a los pueblos la soberanía para ser ejercida solamente en segundo grado, es decir, para manifestar su voluntad a través de elecciones, ha quedado superada.

La constitución promulgada en 1961 derogada en 1999, tenía dos disposiciones que tratan la potestad de administrar justicia y el derecho del acceso a ella en estos términos: Art. 68. “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley...” Art. 204. “El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que determine la ley orgánica.” De su lectura se puede constatar que estas normas no pueden ser consideradas ni siquiera precursoras de las actuales, porque su ideología subyacente era la del Estado poseedor de todo el poder, que confería al Poder Judicial la administración de la justicia y a los ciudadanos solamente, una prerrogativa que consiste a tener derecho a acceder a ellos.

Ahora el pueblo constituido en ciudadanía ostenta la soberanía, pero no solamente para elegir a sus gobernantes, sino también para participar en la formación de las leyes<sup>1</sup> y para administrarse justicia a sí mismos, y por lo tanto la jurisdicción en primer lugar radica en los ciudadanos, y son ellos, colectiva o individualmente quienes deben decidir cuál de los medios de obtención de justicia elegirán para resolver cada conflicto, y en consecuencia, los jueces, los integrantes del Poder Judicial, son en principio incompetentes o mejor dicho, carecen de jurisdicción para intervenir en los conflictos de los ciudadanos, de tal forma que solamente tendrán jurisdicción (capacidad para dictar justicia) si los ciudadanos así lo deciden y se la conceden en cada caso.

---

1 *Artículo 211.* La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional.

Si continuamos derivando consecuencias de estos postulados constitucionales, tendremos claramente la conexión con los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, que ahora en virtud de su mención expresa en el texto constitucional no solamente han adquirido nuevo rango sino que también como consecuencia de su constitucionalización, están al mismo nivel, en la misma jerarquía que las opciones judiciales, por lo tanto los ciudadanos pueden elegir libremente acudir a un medio alternativo o a la justicia judicial, sin mandato legal de preferencia por uno u otro, para la solución de sus divergencias.

Son ellos, los ciudadanos en ejercicio de su potestad de administrar justicia conferida por la magna carta<sup>2</sup>, quienes decidirán cuál de esas opciones es la válida, conveniente y adecuada para resolver sus conflictos, sin que ellas estén estratificadas de la manera tradicional, sin que el Poder Judicial tenga la primera opción, el privilegio de dilucidar todos los conflictos entre los ciudadanos, sino que ahora, al honrar los principios constitucionales, es el ciudadano quien debe decidir el rumbo a seguir, eligiendo la mediación, el arbitraje, la conciliación o el proceso judicial según su libre decisión, sin que exista jerarquía preferente entre un método u otro, y es el ciudadano quien confiere jurisdicción a quienes según el método elegido, van a gerenciar el conflicto, bien sea para ayudar a solventarlo (conciliación o mediación) o el ciudadano optará por transferir completamente su poder para administrar justicia (arbitraje o proceso judicial) y así adjudicar la razón y dictar la justicia en favor de una de las partes total o parcialmente. El Poder Judicial permanece inactivo, carece de jurisdicción hasta tanto el ciudadano acuda a él y formule su pretensión para que sea tramitada y resuelta.

Dicho así, explicado de esta manera, todo parece muy claro y sus consecuencias evidentes, múltiples y diversas. Sin embargo, esto no ha sido entendido por los ciudadanos ni por los jueces desde la promulgación de la Constitución el 1999 hasta ahora, cuando apenas comienza a moverse la pesada maquinaria de la jurisprudencia para acatar, todavía solo parcialmente, el mandato constitucional, que no es otro que la orden dada por el pueblo depositario de la soberanía y que en la administración de justicia consiste en que la búsqueda y asignación de la justicia corresponde a los ciudadanos, y en segundo lugar y por delegación, al Poder Judicial.

---

2 Artículo 253 ya citado



#### 4. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL

Promulgada el 25 de Marzo de 1998, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de Abril del mismo año, la Ley de Arbitraje Comercial<sup>3</sup> fue recibida como el augurio de la modernización de la administración de justicia y su dinamización en manos de los árbitros y de los centros de arbitraje. Su artículo 5°, textualmente dice: “El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

Este enunciado es claramente “preconstitucional”, ya que sitúa la potestad de hacer justicia en el Poder Judicial y da la opción a los ciudadanos de pactar la renuncia a plantear sus demandas ante el juez para que sean conocidos y resueltos por árbitros. En esta nueva perspectiva surgida de la Constitución de 1999, en que el poder de decir la justicia lo tiene el ciudadano y no el Poder Judicial, la Ley de Arbitraje está invertida, plantea las cosas al revés acorde con la visión tradicional que rigió hasta la promulgación de la Constitución de 1999. Después de la Constitución, no existe tal renuncia al proceso judicial, por el contrario, los ciudadanos son dueños de someter sus asuntos a arbitraje o a cualquiera otro medio de resolución de conflictos, y como una opción de igual categoría, pueden decidir plantear su querrela a un juez.

Al referirse al acuerdo o cláusula arbitral, no queda duda de la dirección que lleva la Ley de Arbitraje, ella contiene los preceptos indispensables para su expansión contractual, sin formalidades ni rigideces, con muy pocas excepciones en cuanto a los asuntos a someter a su conocimiento que están contenidos escuetamente en su artículo 3° que dice: “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan

---

3 <http://www.tecnojuris.com/venezuela/gaceta-oficial/arbitraje/ley-de-arbitraje-comercial.html> Consultada 4 de Diciembre de 2009.

exceptuadas las controversias: a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme; b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas; d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.”

Esa ley a pesar de haber sido discutida y promulgada con anterioridad a la Constitución, contenía ya normativas novedosas que han resistido la vigencia de un nuevo marco constitucional con absoluta pertinencia, salvo el concebir a la cláusula arbitral como una renuncia al ámbito judicial, sin embargo los asuntos exceptuados por esta ley de la posibilidad de ser sometidos a arbitraje, siguen siendo los mismos y así lo ha reconocido la jurisprudencia.

## 5. JURISPRUDENCIA

Con el marco referencial a que he aludido contenido en la Ley de Arbitraje Comercial, claro, propiciatorio y abierto, se encargaron las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de poner trabas y hacer exclusiones de los asuntos arbitrables basados en los textos de las propias cláusulas arbitrales o en las actuaciones de las partes frente al juez ante quien se planteara la controversia.

La sentencia 1209 publicada el 20 de Junio de 2001<sup>4</sup>, bajo ponencia de la magistrada Yolanda Jaimes Guerrero de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, para determinar si el Poder Judicial tiene o no jurisdicción sobre el caso planteado, dice que debe previamente “Determinar la validez de la cláusula compromisoria, esto, no con el propósito inmediato de dictar una decisión sobre aspectos del fondo de la *litis*, sino, precisamente, en el sentido de advertir o no la eficacia de

4 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01209-200601-0775.htm> Consulta: 23 de Noviembre de 2009

la cláusula arbitral en cuanto a que pueda sustraer o no al Poder Judicial del conocimiento que de rango constitucional detenta sobre las causas que les sean sometidas por los ciudadanos que pretendan hacer uso del derecho al libre acceso a los órganos de administración de justicia –(Vid. Artículos 26 y 253 de la CRBV) y; (ii) Si de lo que se desprende de las cláusulas contractuales, existe o no, una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las disputas, desavenencias y controversias que puedan presentarse con ocasión a la interpretación, ejecución y terminación del contrato, y en su lugar, someterlo al conocimiento privado de árbitros mediante la emanación de un Laudo Arbitral definitivo e inapelable.”

Así pues esa Sala, una vez reconocida la “constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflictos”, afirma que es “el arbitraje (bien de equidad o de derecho), el que por excelencia se amolda mejor a semejante *desiderátum*”<sup>5</sup>, seguidamente trata al arbitraje como una suerte de fraude o al menos un método no confiable o inseguro de dilucidar controversias y las cláusulas arbitrales como unos subterfugios para privar del conocimiento judicial de las causas, al afirmar que: “la verificación de los mismos debe procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso tergiversado que de ellos se pretenda, en aras de alterar o defraudar los cánones y principios del sistema ordinario de administración de justicia”. Continúa exponiendo que “el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

El artículo constitucional invocado, el 26, no establece una primacía del Poder Judicial, lo que concibe es el derecho ciudadano de acceso a los órganos de administración de justicia, que según la propia Constitución no son solamente los que integran el Poder Judicial, sino que son también los que integran el Sistema de Justicia donde están explícitamente incluidos los medios alternativos de resolución de conflictos.

---

5 Se refiere a la promoción de los medios alternativos por parte del texto constitucional

Sería violatorio del derecho constitucional del acceso a la justicia tanto privar a los ciudadanos de su derecho de acudir al Poder Judicial, como a privarlos de la opción de plantear su controversia en sede alternativa, bien sea conciliación, mediación, arbitraje o cualquiera otro.

En definitiva esta sentencia consideró que las dos cláusulas suscritas por las partes de este caso particular, una en el contrato original y otra en un anexo, consideraban al arbitraje como una opción más entre otras, y no como un indubitable compromiso de someterse a él y la consecuente renuncia a la jurisdicción de los tribunales.

Independientemente de que se comparta o no lo decidido en este caso por la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia comentada, lo cierto es que nuestro postulado sustentado en disposiciones constitucionales, está invertido, es decir, al revés, en esta y otras sentencias. Las decisiones que sostienen que la cláusula arbitral debe estar investida de rígidas expresiones que no dejen lugar a duda de la voluntad de las partes de renunciar a presentar su querrela al Poder Judicial y someter su controversia a arbitraje, invierten, tergiversan, ignoran el verdadero mandato constitucional que no es solamente el de promover los medios alternos de resolución de conflictos, sino que su enunciado fundamental, contenido en el ya mencionado artículo 253, consiste en dar a los ciudadanos la potestad, la facultad de administrarse justicia a su leal saber y entender y solamente por delegación entregar sus asuntos al Poder Judicial.

Por una parte, esta sentencia considera que el acceso a la justicia consiste en tener la posibilidad de presentar una querrela ante un órgano del Poder Judicial, lo cual en realidad la Constitución no lo considera de esta manera, ya que cuando la Constitución menciona el derecho al acceso a la justicia, textualmente señala que es el acceso a la administración de justicia que es un espacio mucho más amplio que el Poder Judicial, y ella misma afirma que “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas” y no es potestad del Poder Judicial. Ciertamente al mencionar el acceso a la justicia indica que es el derecho a acceder a los “órganos de administración de justicia”, pero ya ha quedado establecido que esos órganos no son solamente los designados como jueces por el aparato estatal, sino que son todos los que conforman las múltiples opciones que tiene el ciudadano para administrarse justicia, y que en

letra de la propia ley máxima, forman parte del Sistema de Justicia que incluye los medios alternativos de resolución de conflictos.

El arbitraje, desde la nueva perspectiva constitucional, no es, como dice la sentencia, una excepción ni un eclipse de la jurisdicción del Poder Judicial, es una opción de igual rango para el ciudadano que cualquiera otra, porque en definitiva es él, el ciudadano quien decide cuál de esas opciones tomará para encontrar la justicia.

Otra decisión de la misma Sala y con la misma ponente, en fecha 29 de Enero de 2002<sup>6</sup>, repite el mismo criterio, en estos términos:

De allí que tal régimen de excepción (el arbitraje) exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de las causas del conocimiento del poder judicial.

Este parecer expuesto en la sentencia recién comentada y en muchas otras hasta el año 2008, en mi opinión, es justamente lo contrario de lo sólidamente sustentado en la Constitución, tal como quedó dicho, ya que conforme a la Constitución, son los ciudadanos quienes deciden a quien acudir para resolver sus asuntos, y solo entra en juego el Poder Judicial, por omisión de pronunciamiento de los particulares en su elección de otro medio para solventar sus diferencias; por lo tanto no es el arbitraje un “eclipse” de la jurisdicción judicial, sino que el arbitraje, o cualquier otro medio alterno de resolución es la primera vía, la que está más cerca del ciudadano, y por omisión del ciudadano en optar por alguno de los medios alternativos de resolución de conflictos, entra a ser protagonista en Poder Judicial.

Con esto afirmo que los “*valores predeterminados*”<sup>7</sup> en toda controversia entre ciudadanos, personas naturales o jurídicas, es uno cualquiera a su elección de los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, que aunque son varios y son alternos unos de otros, no son forzosamente

6 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00098-290102-1255.htm> Consulta: 22 de Noviembre de 2009.

7 Expresión tomada de la computación

alternos al Poder Judicial, este último “despierta” cuando el ciudadano lo llama, lo visita y le permite que intervenga en una controversia mediante la presentación de su libelo con sus pretensiones, mientras estos no sucede, el ciudadano conserva su capacidad de decisión, y cuando el ciudadano elige, esa elección debe ser respetada incluso por el Poder Judicial.

A diferencia de lo que han establecido numerosas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, los ciudadanos tienen plena jurisdicción sobre sus asuntos y conflictos, hasta que de manera explícita y activa, acuden al Poder Judicial para que resuelva, por ellos, un litigio.

Con argumentos semejantes a los de la sentencia comentada, durante años se negó la jurisdicción arbitral a casos de arrendamiento, con el argumento de que todo cuanto versa sobre alquileres es de Orden Público y por tanto no es arbitrable; se anclaban esas decisiones en el Artículo 7° de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios<sup>8</sup> que dice: “Los derechos que la presente Ley establece para beneficiar o proteger a los arrendatarios son irrenunciables. Será nula toda acción, acuerdo o estipulación que implique renuncia, disminución o menoscabo de estos derechos.”

En verdad esa ley no se consagra a sí misma como de Orden Público como sostuvieron los Magistrados de la Sala Político Administrativa, sino que contiene una norma protectora de los arrendatarios, cuyos beneficios no pueden ser soslayados ni desconocidos por convenios entre particulares, pero este ni ningún otro argumento o razonamiento a favor de la arbitrabilidad de los asuntos arrendaticios logró, durante muchos años, mover a reflexión a los Magistrados del Tribunal Supremo y sustraerlos de su creencia de que el Orden Público no es arbitrable, cuando en verdad lo que reza la propia Ley de Arbitraje es que no es arbitrable lo que sea “contrario” al Orden Público, y los arrendamientos no lo son per se, las controversias arrendaticias no son contrarias al Orden Público, son controversias cuya ley establece protecciones y beneficios que cualquier juez o árbitro está en la obligación de aplicar y respetar.

Muchas decisiones dictadas entre el año 2001 y el 2008 sobre arrendamiento y en general sobre asuntos comerciales, reiteraron este criterio, unas para atribuir jurisdicción al Poder Judicial y otras para negársela,

---

8 <http://www.tecnoius.com/venezuela/gaceta-oficial/derecho-inquilinario/ley-de-arrendamientos-inmobiliarios-2.html> Consulta: 23 de Noviembre de 2009.

pero con el mismo razonamiento de que debía prevalecer la jurisdicción judicial.

## **6. NOVEDADES EN SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

Ha sido en el transcurso del año 2008 en que comenzó a vislumbrarse algún cambio en estas rígidas posturas jurisprudenciales.

La sentencia de la Sala Político Administrativa, bajo Ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, de fecha 21 de Mayo de 2009, N° 687<sup>9</sup>, en un caso marítimo, atribuye jurisdicción no solamente a un centro de arbitraje, sino uno situado fuera de Venezuela, lo cual por la línea jurisprudencial previa a octubre de 2008, es inusitado. En este caso se modifican radicalmente los criterios de arbitrabilidad, que anteriormente se habían sostenido de manera inflexible, como por ejemplo que la primera actuación de la parte demandada frente a una demanda judicial debía ser la oposición de la falta de jurisdicción del tribunal frente al arbitraje pactado en la cláusula arbitral, a riesgo de entenderse (explícita o implícitamente) desistida la jurisdicción arbitral, y en cambio en este caso se admite que la primera actuación judicial que tuvo la parte demandada fue darse por citada y objetar la citación, luego en una segunda actuación se opuso a una medida preventiva de prohibición de zarpe y por último opuso la excepción de falta de jurisdicción del tribunal frente al arbitraje, y aún así, se aplicaron disposiciones especiales del Derecho Internacional Privado y del Marítimo para considerar procedente la falta de jurisdicción del Poder Judicial, lo cual indica el cambio, en mi opinión incompleto, que se ha producido en la mentalidad del más alto tribunal en relación con el arbitraje, sin llegar a la plena aplicación del nuevo concepto constitucional de justicia primordialmente en manos de los ciudadanos.

## **7. NOVEDADES EN SALA CONSTITUCIONAL**

Se solicitó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de

---

9 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00687-21509-2009-2009-0188.html>  
Consulta 21 de Noviembre de 2009.

las República Bolivariana de Venezuela, que ordena la promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos, y con motivo de este recurso de interpretación, la Sala produjo la sentencia que se ha convertido en emblema del progreso del arbitraje, de la ampliación de su ámbito de aplicación y de la flexibilización de los parámetros a través de los cuales se mide la arbitrabilidad de algún conflicto, que fue dictada el 17 de Octubre de 2008, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo ponencia de su Presidenta, Luisa Estela Morales, N° 1541<sup>10</sup>, en la cual se produce un cambio de perspectiva de los medios alternativos de resolución de conflictos y en particular del arbitraje, debo decir, todavía sin llegar a adoptar el ángulo de la potestad ciudadana en la administración de justicia consagrada constitucionalmente, pero sin duda un avance de gran importancia.

Citaré algunos párrafos relevantes de esta sentencia, que muestran la evolución lenta y tortuosa de los criterios del Tribunal Supremo de Justicia, pero al fin se va haciendo cautelosamente más cercana al texto constitucional:

...luego de un atento examen del presente expediente, la Sala estima que el alcance del único aparte del artículo 258 constitucional, relativo a que la legislación deberá promover el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, condiciona no sólo el contenido de la labor legislativa sobre la materia, sino que plantea al incluirlo dentro del sistema de justicia, un parámetro interpretativo del resto del ordenamiento jurídico vinculado al sometimiento de controversias a arbitraje y directamente relacionado con los principios de soberanía (administración de justicia)...

la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. (*omisis*) Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se

---

10 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm> Consulta 19 de Noviembre de 2009.



vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje...

...el deber ( de promover los medios alternativos) contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios...

...desde el enfoque de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es posible jerarquizar un medio de resolución de conflictos sobre otro, siendo ellos en su totalidad manifestación del sistema de justicia.

Estas citas muestran el enorme avance del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en su acercamiento a la verdadera concepción constitucional de la administración de justicia; bordea tímidamente el límite entre el tradicional Poder Judicial que obtiene su atribución de impartir justicia por delegación del Poder Legislativo representante del pueblo, sin llegar hasta la soberanía misma de los ciudadanos en su potestad (tanto de elegir mandatarios, legisladores y por consecuencia también jueces), de administrarse justicia en forma directa, por los medios a su alcance y solo deferir ese poder por voluntad expresa manifestada formalmente mediante una petición directa al Poder Judicial.

Admitir el indelegable poderío del pueblo constituido en ciudadanía, soberano capaz y expresamente “*empoderado*” por la propia Constitución para administrarse justicia, abre un abismo entre las concepciones tradicionales, preconstitucionales y la nueva potestad popular, en especial si se derivan todas las consecuencias directas e indirectas de este postulado.

## 8. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA

En contraste con lo establecido en la jurisprudencia sobre los requisitos de validez y eficacia de la cláusula arbitral<sup>11</sup>, la novedosa derivación de consecuencias del enunciado constitucional se instaurará plenamente sobre las siguientes bases:

- 8.1. La validez y eficacia de la cláusula arbitral no significa la renuncia a la instauración de un proceso judicial que dirima la controversia, sino el ejercicio de la potestad de administrar justicia que confiere la Constitución a los ciudadanos.
- 8.2. La claridad y manifestación inequívoca de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, continua teniendo sentido, aunque en un contexto diferente; no porque el privilegio o poder de administrar justicia esté originariamente conferido al Poder Judicial y este debe apreciar la cláusula para eventualmente apartarse del conocimiento de esa causa, sino porque es importante que el compromiso de los ciudadanos de someter su conflicto a uno u otro medio de resolución de controversias, quede perfectamente establecido, en un lenguaje preciso e indudable, ante la diversidad de opciones que se le presentan.
- 8.3. Si bien es cierto que aun existiendo un compromiso arbitral, una parte puede ignorarla y acudir al Poder Judicial para resolver su pretensión, deberá darse preeminencia a la cláusula arbitral por encima de las conductas procesales de las partes, salvo que explícitamente haya una renuncia al conocimiento arbitral. Es decir, los procedimientos judiciales de las partes deberán ser analizados desde el arbitraje y no desde el ángulo judicial, y apreciar su significación desde la autonomía de la voluntad y no desde el poder del Estado.
- 8.4. El concepto tan utilizado por la jurisprudencia, la denominada “renuncia tácita” al conocimiento arbitral de un conflicto, no debe derivarse necesariamente de la intervención defensiva que pudiera hacer la parte demandada en el proceso judicial, ni del hecho de no haber interpuesto “en forma” como dicen varias sentencias, la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino de no haber hecho valer en ningún

---

11 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/04650-070705-2004-3193.htm> Consulta: 24 de noviembre de 2009. Establece los requisitos de validez de la cláusula arbitral.

momento, o quizás podría estimarse que antes de la contestación de la demanda, el compromiso arbitral o a una conducta que pudiera calificarse como claramente negligente en hacer valer el compromiso arbitral.

Otras muchas consecuencias podrán derivarse de la plena aplicación de la potestad de administrar justicia que recae constitucionalmente en los ciudadanos.

## **9. CONCLUSIONES**

A la luz del nuevo postulado constitucional, la cláusula arbitral pasa de ser una expresión más dentro del texto de un contrato, o una cláusula especial que debe llenar requerimientos legales y jurisprudenciales para tener validez, o una formalidad acotada a rígidos requisitos, limitada y formal de compromiso contractual que involucra una renuncia al conocimiento judicial de una eventual controversia o como han repetido algunas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, “un eclipse” de la jurisdicción de los tribunales, que cumple la función de atribuir jurisdicción al árbitro, se convierte en el solemne enunciado del ejercicio de la potestad constitucional de los ciudadanos de administrar justicia.

Pasa a ser algo totalmente diferente de lo que hasta ahora hemos considerado compromiso arbitral, para convertirse en el pleno ejercicio de la potestad ciudadana de hacer justicia que le confiere el artículo 253 de la Constitución de 1999, sin intermediarios ni derivaciones, tan plena como la soberanía popular misma.

Tal potestad constitucional irrenunciable, es un poder que se ejerce mediante la escogencia del medio o método elegido para administrarse justicia, voluntaria y libremente, y así decidir entre opciones de solución, escoger una vía bien sea porque la considere preferida, o la más apropiada, eficaz, eficiente, confiable, y en fin considerada por el ciudadano, la mejor para obtener justicia en ese caso específico.

Sin duda, la cláusula arbitral se erige como paradigma y máxima expresión de la potestad ciudadana de administrar justicia y se constituye en el puente a la tierra firme de la justicia ciudadana, el paso necesario al apoderamiento de los ciudadanos de esa potestad de administrar justicia.

Enorme avance en la maduración del ejercicio de los derechos ciudadanos, pero también, objetivamente, es una pérdida de poder para el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, que tradicionalmente han ostentado facultades y atribuciones ahora en cabeza de los ciudadanos. Los ciudadanos devienen en basamento fundamental del acceso a la justicia y a su administración.

Tomar conciencia de esta potestad ciudadana es labor de crucial importancia para su puesta en práctica, que redundaría en librarnos de la corrupción judicial, de la ineficiencia, de la ignorancia, de la discriminación y hasta de las distorsiones que impone el poder político que ensombrece la administración de justicia, y hacer posible el control directo de los ciudadanos sobre las soluciones de sus conflictos.



# **La Ley general de bancos y otras instituciones financieras de 2009 y el “aporte” de la banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE)**

## **Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global**

José Antonio Muci Borjas\*

### RESUMEN

De acuerdo a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, tiene por objeto, primero que nada, garantizar los depósitos del público realizados en los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras regidos por esta ley. Para que FOGADE pueda alcanzar dicho objetivos, la Ley General de Bancos dispone de un patrimonio para el ente integrado por varias fuentes.

### PALABRAS CLAVES

Bancos, Fogade, aportes de la banca, Derecho Administrativo

### ABSTRACT

According to the General Law on Banks and Other Financial Institutions Guarantee Fund of Deposits and Banking Protection (FOGADE), an autonomous institution with legal personality and its own independent of the assets of the Republic, is intended, first of all, to secure public deposits made at banks, savings and loan institutions, other financial institutions governed by this law. For FOGADE can achieve this objective, the General Banking Law has a heritage for the entity consisting of several sources

### KEY WORDS

Banks, Fogade, contributions from the bench, Administrative Law

---

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.

## **I. FOGADE Y LA OBLIGACIÓN *EX-LEGE* (“APORTE”) QUE LOS BANCOS DEBEN SALDARLE A ESE INSTITUTO**

1. De acuerdo a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (en lo adelante, por causa de brevedad, la “Ley General de Bancos”), el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, adscrito al Ministerio con competencia en materia de economía y finanzas, tiene por objeto, primero que nada, garantizar los depósitos del público realizados en los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras regidos por esta ley, y, adicionalmente, ejercer la función de liquidador en los casos de liquidaciones de bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras regidos por esta ley, y empresas relacionadas al grupo financiero (artículos 280 y 281).

Para que FOGADE pueda alcanzar dicho objetivos, la Ley General de Bancos dispone que el patrimonio del ente estará integrado por a. los *aportes* efectuados por los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras, b. los aportes efectuados por el Ejecutivo Nacional, c. los beneficios obtenidos como resultado de las operaciones del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, d. las reservas de capital, incluidas las reservas de garantía, y, cualquier otro ingreso, bien o derecho, que por cualquier título, entre o se destine a formar parte del patrimonio del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria.

Las reflexiones que siguen versan, todas ellas, en torno al primero de los rubros indicados en el párrafo que antecede *-i.e.*, a los *aportes* que los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras se hallan en la *obligación* de saldarle a FOGADE-.

2. La norma legal en vigor hasta la promulgación de la Ley de Reforma de la Ley General de bancos de diciembre de 2009, disponía textualmente lo siguiente:

Los bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras deberán efectuar aportes mensuales al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, los cuales se realizarán en los primeros cinco (5) días hábiles bancarios de cada mes.

La tarifa para la determinación de estos aportes será de un cuarto del

uno por ciento (1/4 del 1%), aplicada sobre el total de los depósitos del público que los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras tengan al final de cada semestre.

Los aportes que deben efectuar los fondos del mercado monetario, se calcularán con base en el total de las inversiones nominativas del público al final de cada semestre.

Los aportes a que se refiere este artículo se pagarán mediante primas mensuales equivalentes, cada una de ellas, a un sexto (1/6) del porcentaje antes referido. Tales aportes serán computados como gastos de las instituciones respectivas, correspondientes al ejercicio dentro del cual sean efectuados.

La Junta Directiva del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, determinará las cuentas del balance y los tipos de depósitos que serán tomados en cuenta para la determinación de la base del cálculo, a los fines previstos en el encabezamiento de este artículo, de acuerdo con la naturaleza y el origen de los correspondientes recursos, excluyendo aquellos provenientes de otras instituciones financieras y respecto a los cuales se hayan efectuado aportes.

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa opinión del Banco Central de Venezuela, podrá modificar el porcentaje señalado en este artículo, así como establecer un mecanismo de “aportes diferenciados por parte de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras”<sup>1</sup>.

3. Copiado a la letra, el artículo 296 de la Ley General de Bancos aprobada a finales de 2009, en vigencia –por lo que al aporte se refiere– “...a partir del primer día del mes inmediato posterior a la publicación de la presente Ley” –esto es, enero de 2010–, establece textualmente:

Los bancos e instituciones financieras deberán efectuar aportes mensuales al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria. Los referidos aportes deberán hacerse efectivos dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes. Los aportes a que se refiere este artículo se pagarán mediante primas mensuales calculadas en forma de un

---

1 Artículo 305 (*Gaceta Oficial de la República* número 5.555 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001). El aporte contemplado por la norma legal transcrita *supra*, en vigor desde 1993 (Ley General de Bancos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.649 Extraordinario del 19 de noviembre de 1993), no había sufrido modificaciones dignas de mención en las sucesivas reformas introducidas a dicha Ley (*Gaceta Oficial de la República* número 5.555 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001, y *Gaceta Oficial de la República* número 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008).



sexto (1/6) del uno coma cincuenta por ciento (1,50%) aplicado sobre el total de los depósitos del público que los bancos e instituciones financieras tengan al final de cada semestre.

Tales aportes serán computados como gastos de las instituciones respectivas, correspondientes al ejercicio dentro del cual sean efectuados. El Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, determinará las cuentas del balance y los tipos de depósitos que serán tomados en cuenta para la determinación de la base del cálculo, a los fines previstos en el encabezamiento de este artículo, de acuerdo con la naturaleza y el origen de los correspondientes recursos, excluyendo aquéllos provenientes de otras instituciones financieras y respecto a los cuales se hayan efectuado aportes.

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa opinión del Banco Central de Venezuela, podrá modificar el porcentaje señalado en este artículo, así como establecer un mecanismo de aportes diferenciados por parte de los bancos y demás instituciones financieras públicos y privados. Tal régimen especial de aportes diferenciados, también abarcará a los bancos e instituciones financieras objeto de medidas de intervención, estatización, rehabilitación o respecto a los cuales se hayan establecido mecanismos de transferencias de depósitos<sup>2</sup>.

4. En síntesis, las primas mensuales del aporte, que según la Ley derogada equivalían a un sexto (1/6) de un cuarto (1/4) del uno por ciento (1%) del total de los depósitos del público al final del semestre anterior, en virtud de la reforma ascienden a un sexto (1/6) del uno coma cincuenta por ciento (1,5%) de tales depósitos. Dicho en otras palabras, mientras la Ley derogada contemplaba un aporte (anual) igual al cero coma cinco por ciento (0,5%) del total de los depósitos del público, la Ley sancionada a finales de 2009 prevé un aporte (anual) equivalente al tres por ciento (3%) de tales depósitos. La obligación *ex lege* con *fines parafiscales* que la banca ha de saldarle mensualmente a FOGADE experimentó, pues, un incremento del seiscientos por ciento (600%)<sup>3</sup>.

---

2 Artículo 296 (*Gaceta Oficial de la República* número 5.947 Extraordinario, del 23 de diciembre de 2009).

3 Luce pertinente observar que el incremento del tributo en un seiscientos por ciento (600%) tuvo como contrapartida el aumento, en un trescientos por ciento (300%), de la garantía que FOGADE le brinda a los depositantes. Sobre el tema de las exacciones parafiscales, consúltese la obra colectiva *Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*, VIII Jornadas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, pp. 213 y ss.

El aporte del tres por ciento (3%) contrasta con las cuotas entre el cero coma dieciocho por ciento (0,18%) y el cero coma setenta y dos por ciento (0,72%), según los riesgos propios de cada entidad financiera, vigente en Argentina; el cero coma ciento cincuenta por ciento (0,150), uniforme para todas las entidades del sistema, vigente en Brasil; el cero coma tres por ciento (0,3%), uniforme para todas las entidades del sistema, vigente en Colombia; las cuotas entre el cero coma cuatro por ciento (0,4%) y el cero coma ocho (0,8%), según los riesgos propios de cada entidad financiera, vigente en México; o, finalmente, las cuotas entre el cero coma cuatrocientos cincuenta por ciento (0,450%) y uno coma cuatrocientos cincuenta por ciento (1,450%), según los riesgos propios de cada entidad financiera, vigente en Perú<sup>4</sup>. Esa muestra de legislaciones de Derecho comparado permite poner en evidencia dos circunstancias, a saber: primero, que el aporte de la nueva Ley de Bancos es *significativamente superior* a los contemplados por otras legislaciones (de hecho, representa *más del doble* de la cuota tope de la legislación peruana); y, segundo, que el aporte de la nueva Ley de Bancos, *uniforme* por definición, grava a las distintas entidades de manera *dispar* –esto es, injusta–, como si todas y cada una de las entidades estuvieran administradas de una misma y única manera, esto es, como si los depósitos en todas y cada una de ellas representaran para el Estado una misma y única clase o tipo de riesgo<sup>5</sup>.

4 HERNÁNDEZ DELFINO, CARLOS, Consideraciones relativas a la reforma de la Ley general de bancos y otras instituciones financieras de 23 de Diciembre de 2009, pp. 10 y ss. (consultado en original).

5 MUCI FACCHIN, GUSTAVO y MARTÍN-PONTE, RAFAEL, *Regulación Bancaria*, coedición de la Fundación Banco Mercantil y la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 308 y 309. Según MUCI FACCHIN y MARTÍN-PONTE,

...es necesario e indispensable establecer un esquema diferenciado de aportes, que debería ser calculado *ponderando* el riesgo que [cada institución]... presenta para el público depositante, para el patrimonio de FOGADE y el de todo el colectivo. Dicho riesgo tendría que ser determinado a través de *exhaustivos estudios y análisis financieros*, elaborados periódicamente por FOGADE. A tales efectos, deberían tomarse en cuenta los siguientes variables: capital, activos, capacidad gerencial, ingresos ordinarios, utilidades y liquidez de cada una de las entidades financieras. La tarifa uniforme es una especie de “subsidio” para los bancos que toman excesivos riesgos, pues gracias al seguro de depósitos, pueden pagarle menos a sus depositantes por sus depósitos, sin necesidad de reflejar en la tasa de interés pasiva el riesgo implícito del banco.

## II. LAS RAZONES Y EL TRÁMITE SEGUIDO PARA INCREMENTAR EL “APORTE”

1. ¿A qué obedece ese desmesurado incremento? La Exposición de Motivos anexa al Proyecto de Ley no ayuda a esclarecer el asunto, porque en ella, sin que medie mayor justificación, se afirma que la reforma tiene por objeto “incrementar el aporte que realizan las entidades que integran el Sistema Financiero Nacional, que constituye la base del seguro de depósitos que protege a los titulares de los instrumentos financieros que ofrecen las referidas entidades, amparados de tal garantía”<sup>6</sup>. Eso es todo lo que se asevera en la Exposición de Motivos. Eso es, además, lo que mecánicamente reproduce el ulterior Informe de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional. Así, ni la Exposición de Motivos, ni el Informe de la Comisión Permanente de Finanzas, arrojan luz sobre la modificación introducida a ordenamiento jurídico.

2. Insistimos en la idea: ¿A qué obedece tan desmesurado incremento? Quizás valga la pena destacar, porque ilustra la forma –la forma *irresponsable*– en que fue ejercido el Poder para legislar,

- a. que el Proyecto de Ley, elaborado por tres Diputados, fue introducido en la Asamblea Nacional para su discusión el día 8 de diciembre de 2009. En él, por cierto, las cuotas del aporte mensual eran elevadas a un sexto (1/6) del uno coma veinticinco por ciento (1,25%) de los depósitos del público;
- b. que el mismo día 8 de diciembre de 2009 la Asamblea Nacional, en Plenaria, aprobó el Proyecto de Ley en primera discusión;
- c. que el día inmediatamente siguiente -esto es, el 9 de diciembre de 2009- se sometió el Proyecto a consulta pública, y que el mismo 9 de diciembre de 2009 la Asamblea ya contaba, con el Informe de la Comisión Permanente de Finanzas de dicha Asamblea, con base en el cual debía adelantarse la segunda discusión del Proyecto de Ley.

Luce necesario subrayar que el proceso de consulta pública, que según asienta la Comisión Permanente de Finanzas en su Informe comenzó el día 9 de diciembre de 2009, “concluyó” en esa misma fecha, porque

---

6 Consultado en original. Parafraseando a MUCI FACCHIN y MARTÍN-PONTE (*supra*, nota a pie de página número 5), cabe destacar que la Exposición de Motivos no hace alusión a estudio o análisis financiero alguno que justifique el descomedido incremento.

en el aludido Informe, de fecha 9 de diciembre de 2009, se afirma que para ese entonces ya habían sido “debatidos los planteamientos y escuchadas las consultas realizadas...” (?). Toda una burla al mandato contenido en el artículo 211 de la Constitución política de 1999, a tenor del cual “la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el *procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, deberán consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos*”<sup>7</sup>.

En todo caso, lo cierto es que la segunda discusión del Proyecto comenzó el mismo 9 de diciembre de 2009, y que en esa oportunidad la Asamblea acordó diferir la aprobación del artículo que contempla el aporte. El diferimiento obedeció, fue esto al menos lo que reseñó la Asamblea

7 Esta no la primera vez que la Asamblea Nacional venezolana legisla de forma *irresponsable*. La Ley orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos (*Gaceta Oficial de la República* número 39.173, del 7 de mayo de 2009), e.g., también fue discutida y aprobada en poquísimos días, y para constatarlo basta considerar que el Proyecto de Ley, revisado en primera discusión el día martes 5 de mayo de 2009, fue revisado, sancionado, promulgado y publicado tan sólo dos (2) días después, el jueves 7 del mismo mes y año. Así, entre el 5 y el 7 de mayo de 2009 la Asamblea Nacional, he aquí el listado de actividades ordenado por la Constitución, i. en primera discusión habría considerado la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y, además, evaluado sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y la Comisión o Comisiones Legislativas relacionadas con la materia habrían estudiado en detalle el Proyecto de Ley y elaborado, además, un Informe sobre el mismo (artículo 208 de la Constitución); ii. la Asamblea, por añadidura, habría consultado el parecer u opinión de otros órganos del Estado, el de los ciudadanos y el de la sociedad organizada (artículo 211 *eiusdem*), y, por la naturaleza de las cosas, habría además procesado o digerido tales pareceres u opiniones, para así enriquecer o mejorar el proyecto de ley; y, finalmente, iii. en segunda discusión, la Asamblea, tras razonada discusión, habría revisado y aprobado, artículo por artículo, el texto sometido a su consideración (artículo 209 *eiusdem*). Dentro de ese brevísimo lapso, adicionalmente, el Ejecutivo habría revisado la Ley sancionada y, por no merecerle reparo alguno, habría ordenado su ejecutarse y ulterior impresión en *Gaceta Oficial* (artículo 214 y 215 *eiusdem*). Ese precipitado o atropellado modo de obrar acredita, y los datos son todos y cada uno de ellos objetivos, que en ese caso el Poder fue ejercido de manera arbitraria, esto es, irrazonable, porque la medida legislativa no estuvo precedida por un proceso reflexivo mínimo (MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La Ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: Un ilícito de Derecho internacional. Análisis conforme a los Tratados Bilateral de Inversión (BIT’S)”, en *Revista AIDA de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, *Opus*. No. 5, 2009, en imprenta).

Nacional en su página *web*, a la necesidad de “...de *consultar aún más...*” -¡vaya burla! ¡vaya engaño!- “...el contenido de los de los artículos 296 (de los aportes mensuales que deben realizar los bancos a FOGADE), 300 (sobre el pago de garantías) y 301 y 308 (sobre la liquidación de los activos)”. Producto de ese aplazamiento o posposición, la Ley, sancionada por la Asamblea el día 16 de diciembre de 2009 y posteriormente promulgada por el Presidente de la República el día 23 de diciembre de 2009, contempló un aporte superior -i.e., aún mayor- al contemplado en el Proyecto, pues las cuotas mensuales de dicho aporte, originalmente equivalentes a un sexto (1/6) del uno coma veinticinco por ciento (1,25%) de los depósitos del público, se incrementaron hasta a un sexto (1/6) del uno coma cinco por ciento (1,5%) de los depósitos<sup>8</sup>.

3. Luce pertinente observar, además, que el aporte fue incrementado semanas después de que se produjera la *intervención* de la primera de un total de once (11) instituciones financieras que fueron objeto de esa *medida administrativa* entre noviembre de 2009 y enero de 2010<sup>9</sup>.

### III. EL RESULTADO DE LA REVISIÓN E INCREMENTO DE LA OBLIGACIÓN *EX-LEGE*

1. De acuerdo a estimaciones serias<sup>10</sup>, el aporte que deberán saldar los bancos e instituciones financieras regidas por la Ley durante el año 2010 ascenderá a 7.031,8 Millones de Bolívares, aproximadamente, lo que

---

8 [http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com\\_content&task=view&id=23741&Itemid=27](http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=23741&Itemid=27). Para nosotros ha resultado imposible precisar cuál fue el alcance de las consultas relámpago o blitz-brefagung -¿verdaderos paper hearings?- realizadas por la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional el 9 de diciembre de 2009, así como de las otras, posteriores en fecha, que justificaron el diferimiento de la aprobación de la norma en virtud de la cual se incrementó el monto del aporte, porque esa información tiene carácter reservado y a ella, por tanto, los ciudadanos no tienen libre acceso.

9 Consúltense las *Gaceta Oficial de la República* números 39,310, de fecha 19 de noviembre de 2009; 5,939 Extraordinario, del 4 de diciembre de 2009; 5,943 Extraordinario, del 11 de diciembre de 2009; y, 5,956 Extraordinario, del 18 de enero de 2010. Vale la pena acotar i. y ii. que en adición a esas instituciones también han sido objeto de medidas administrativas análogas un conjunto de casas de bolsa, sociedades de corretaje y empresas de seguros vinculadas con las instituciones financieras intervenidas.

10 HERNÁNDEZ DELFINO, CARLOS, *op. cit.*, p. 5.

representa un incremento de 645% con respecto al aporte nominal de 2009. Es más, de acuerdo a tales estimaciones, el resultado neto los bancos e instituciones financieras estimado para 2010 pudiera reducirse en un noventa por ciento (90%) -sí, en un noventa por ciento (90%)-, pues en lugar de alcanzar la cifra de 6.536,1 Millones de Bolívares, aproximadamente, tan solo sumarían 676,4 Millones de Bolívares, aproximadamente<sup>11</sup>. Por causa de la merma en los resultados netos, en términos nominales el patrimonio de los bancos e instituciones financieras se estancará, lo que, por obra de la alta inflación que aqueja a la economía venezolana, se convierte o transforma en una sensible reducción de dicho patrimonio, medido en términos reales.

2. Con base en la información pública disponible para finales del mes de enero de 2010, la tabla que de seguida transcribimos muestra el impacto que el nuevo aporte hubiera tenido sobre los resultados de las diez (10) principales –y más rentables– instituciones del sistema financiero venezolano, si la banca se hubiese debido pagar el incremento durante el segundo semestre de 2009<sup>12</sup>:

Bancos	Resultados netos	Depósitos	Aporte adicional	Resultados ajustados	Caída (%)
Provincial	843.421	27.536.405	275.364,05	568.056,95	32,6%
Mercantil	464.854	31.912.843	319.128,43	145.725,57	68,7%
Banesco	332.370	37.762.879	377.628,79	(45.258,79)	113,6%
Exterior	221.110	9.654.888	96.548,88	124.561,12	43,7%
Citibank	138.105	2.681.285	26.812,85	111.292,12	19,4%
Bancaribe	129.748	9.090.812	90.908,12	38.839,88	70,1%
V. de Crédito	116.072	4.275.706	42.757,06	73.314,94	36,7%
BOD	107.976	16.529.748	165.297,48	(57.321,48)	151,1%
Corpbanca	64.879	6.769.858	67.698,58	(2.819,58)	104,3%
Caroní	37.356	4.845.168	48.451,68	(11.095,68)	129,7%
Totales	2.455.891	151.059.592	1.510.596	945.295	

En promedio, los bancos que integran la muestra ven mermados sus resultados –*i.e.*, evaporadas sus utilidades– en un setenta y siete por ciento (77%). La merma en los resultados de las entidades financieras pequeñas a consecuencia del aporte es –en promedio– aún mayor.

11 *Ibid.*

12 Fuente: bbo Weekly Report, January 29<sup>th</sup> 2010 (consúltese en <http://www.bbo.com.ve>).

3. Resta por destacar que la reciente *devaluación* de la moneda nacional, producto de la reciente celebración del Convenio Cambiario número 14, y las ganancias cambiarias resultantes de la reexpresión de los activos denominados en moneda extranjera, permitirá ocultar en el corto plazo los verdaderos efectos que el incremento del aporte a FOGADE producirá sobre la banca nacional<sup>13</sup>. La magnitud del impacto sólo podrá ser percibida en su justa dimensión más adelante, cuando cesen los *efectos anestésicos* de la devaluación y las ganancias, no recurrentes por la naturaleza de las cosas, que de aquélla se derivaron.

#### IV. JUICIO SOBRE LA LEGALIDAD SOBRE EL (MAYOR) “APORTE”

1. En su artículo 317 de la Constitución venezolana dispone expresamente que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”. Esa disposición ha sido desarrollada por el artículo 13 del Decreto-Ley para la Promoción y Protección de Inversiones<sup>14</sup>, que reza textualmente así: “Las administraciones estatales y municipales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, procurarán que sus impuestos, tasas y tributos a las actividades de industria y comercio *no atenten* contra las inversiones *en términos de ser confiscatorios*, ni *obstaculicen el normal desarrollo* de las mismas”.

Teniendo presente la disposición constitucional invocada, salta a la vista que las obligaciones dinerarias impuestas *ex-lege* no pueden tener efecto confiscatorio. Los tributos *no* pueden, pues, erigirse en *obstáculos* para el *giro normal* –para el normal desarrollo, si se nos permite parafrasear el artículo 13 del Decreto-Ley para la Promoción y Protección de Inversiones– de las empresas. Dicho esto interesa destacar aquí que la contribución obligatoria que la banca ha de hacerle a FOGADE, más allá de su denominación formal –“aporte” en el caso de la especie–, es una de esas obligaciones *ex-lege* y, como tal, se halla sometida a los límites previstos por la Constitución<sup>15</sup>.

---

13 *Gaceta Oficial de la República* número 39.342, del 8 de enero de 2010.

14 *Gaceta Oficial de la República* número Extraordinario 5.390, del 22 de octubre de 1999.

15 Sobre el tema de los denominados aportes y su naturaleza de tributo, consúltese *mutatis mutandis* a Humberto Romero Muci, quien destaca que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado que “...los *tributos*

2. Contrariando la regla constitucional citada anteriormente, el aporte constituye –la verdad sea dicha– un gravamen arbitrario, *i.e.*, un tributo confiscatorio, porque es excesivo o desproporcionado<sup>16</sup>.

Es confiscatorio, primero que nada, por sus ilegítimos efectos a corto plazo, porque el aporte evapora -casi completo- los resultados esperados de la banca privada. Como consecuencia del aporte, el patrimonio de las entidades financieras queda esterilizado o cuasi-esterilizado, toda vez que pierde su capacidad para reproducirse adecuadamente, pues las ganancias sufren los rigores de una medida (estatal) que produce efectos análogos o equivalentes a los de una expropiación sin compensación. Cabe invocar aquí la disposición contenida en el artículo VII(I) del Acuerdo (BIT) entre el Gobierno entre la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones<sup>17</sup>, a tenor de la cual la

---

*parafiscales* son exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo y tienen como características primordiales que (i) no se incluye su producto en los presupuestos estatales, (ii) no son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del estado y (iii) no ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos” (ROMERO MUCI, HUMBERTO, “Deconstruccionismo y la huida del Derecho Tributario: ‘El caso de las contribuciones previstas por las leyes orgánicas de ciencia, tecnología e innovación y contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas’”, en *Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*, VIII Jornadas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, p. 231). Sobre los efectos confiscatorios de los tributos consúltese FRAGA PITTALUGA, LUIS, “Breves reflexiones sobre la interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos en la Constitución de 1999”, en *V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario* (Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999), Livrosca, Caracas, 2000, pp. 125 y ss.).

16 International Investment Agreements: Key Issues, Volume I, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, pp. 238 y ss.

17 *Gaceta Oficial de la República* número Extraordinario 5.207, de fecha 20 de enero de 1998. En sentido análogo cabe invocar, e.g., el artículo 5.1 del Acuerdo (BIT) el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que reza textualmente así: “Las inversiones de inversionistas del Estado de una Parte Contratante hechas en el territorio del Estado de la otra Parte Contratante y las ganancias de tales inversionistas no se expropiarán, nacionalizarán ni estarán sujetos a ninguna medida que tenga efecto equivalente a expropiación o nacionalización (en adelante llamada expropiación) excepto cuando tales medidas se tomen en interés público y de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación del Estado de



*toma*, apropiación, eliminación o supresión, de todas o parte sustancial de las ganancias empresariales, en virtud de medida estatal, constituye un supuesto de expropiación *prohibida* por el Derecho Administrativo Global, salvo, claro está, que medie indemnización. La norma citada reza textualmente así:

Las inversiones y *ganancias* de los inversores de una de las Partes Contratantes *no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación* (en adelante “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto por un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una *compensación pronta, adecuada y efectiva*. Esa compensación se basará en el valor genuino de la inversión o de las *ganancias expropiadas* inmediatamente antes de la expropiación o al momento en que la expropiación propuesta se haga del conocimiento público, cualquiera que se la anterior; será pagadera desde la fecha de la expropiación con intereses a la tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.

Es confiscatorio, en segundo lugar, por sus ilegítimos efectos, a corto y mediano plazo, sobre los negocios (futuros) de la banca. En efecto, habida consideración que la capacidad de intermediación depende del patrimonio (bancario) a riesgo, al verse privada, en todo o en parte, de las rentas, utilidades o beneficios recurrentes que su patrimonio debe rendirle, las entidades financieras ven negadas o severamente limitadas sus posibilidades de crecer y hacer nuevos negocios. Así, cabe afirmar que el aporte, por sus ilegítimos *efectos indirectos*, también produce efectos confiscatorios<sup>18</sup>. Complementariamente, el aporte y de las demás

---

la segunda Parte Contratante, cuando no sean discriminatorias y tengan como consecuencia el pronto, adecuado y efectivo pago de compensación” (*Gaceta Oficial de la República* número 39.191, del 2 de junio de 2009).

18 El artículo 4(1) del Acuerdo (BIT) entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección de Inversiones dispone que “ninguna Parte Contratante aplicará medidas que priven, directa o indirectamente, a un inversor de la otra Parte Contratante de una inversión a menos que se cumplan las siguientes condiciones: a) las medidas sean adoptadas por razón de interés público y de conformidad con los procedimientos legales; b) las medidas sean inequívocas y no discriminatorias; y c) las medidas sean acompañadas por disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, la

medidas que hoy en días gravan el negocio bancario conspiran contra la posibilidad de futuros aumentos de capital voluntarios, porque los réditos que cabe esperar no se corresponde con los ingentes riesgos políticos que caracterizan la Venezuela de los últimos años y las expectativas de los inversionistas que ponen capital a riesgo.

Es confiscatorio, en tercer lugar, por sus gravosos efectos a largo plazo, porque el aporte, de llegar a perdurar el tiempo, condena a la banca privada a su paulatina desaparición, a su progresiva eliminación, porque al haber perdido su capacidad para producir resultados razonables, el patrimonio de la banca, “monetario” en su mayor parte, queda sometido a los efectos de la inflación, esto es, al incisamente incremento de los precios, que erosiona su valor sin pausa ni descanso.

Es confiscatorio, en síntesis, porque absorbe una parte sustancial de la renta de las instituciones financieras<sup>19</sup> y porque, además, grava o afecta –y de manera sensible– el capital de dichas instituciones<sup>20</sup>.

3. Por cierto, debe tenerse presente que el (desmesurado) aporte fue incrementado en momentos en que los *precios* de la banca se encuentran *regulados* o controlados, y que la banca, producto de dicha regulación, se encuentra impedida de gestionar o trasladar esos mayores costos. En efecto, hoy por hoy se encuentran regulados los *intereses* y las *comisiones* y *tarifas* (máximos) que la banca puede cobrarle a sus clientes por sus créditos y servicios. Es más, en algunos casos los intereses que la banca puede cobrar son sustancialmente inferiores a la inflación. Pero hay más, porque en la actualidad también se encuentran regulados los intereses (mínimos) que la banca debe saldarle a sus clientes por sus depósitos. A esas circunstancias que niegan la libertad económica reconocida por el artículo 112 de la Constitución venezolana<sup>21</sup>, se suman otras medidas

---

cual será transferible sin demora en moneda de libre convertibilidad” (Gaceta Oficial de la República número 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997).

19 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 200, del 19 de febrero de 2004 (asunto Caribe Motors, C.A.).

20 OCTAVIO, JOSÉ ANDRÉS, “El principio de la no confiscación en el ámbito tributario”, en XXXIV Jornadas J.M. Domínguez Escobar (Derecho Tributario), Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto (Venezuela), 2008, p. cit., p. 24.

21 El artículo 112 reza textualmente así: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones

estatales –e.g., el encaje legal mínimo *no remunerado*, equivalente, en principio, al veintitrés por ciento (23%) de a. todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, y b. los derechos de participación sobre títulos valores efectuadas por las instituciones financieras autorizadas para realizar operaciones del mercado monetario<sup>22</sup>, por solo citar una de tales medidas– que, consideradas en su conjunto, gravan de manera irrazonable la actividad bancaria<sup>23</sup>. Por causa de esas distintas medidas estatales, la banca, que hoy por hoy se halla amarrada, atada de pies y manos, y poco o nada puede hacer para paliar los efectos de tan gravoso aporte.

4. A la luz de cuanto ha sido dicho, luce pertinente citar aquí a Brewer-Carías, para quien las “...expropiaciones disfrazadas” como las llama P. M. Gaudemet, o las “expropiaciones encubiertas” como las denomina R. Mussnung, que se pretenden llevar a cabo mediante técnicas impositivas, son inconstitucionales, ya que les falta, como garantía al derecho de propiedad, el elemento compensatorio requerido para cualquier expropiación...”<sup>24</sup>. En este sentido, la jurisprudencia arbitral ha dejado sentado que un tributo puede ser calificado como confiscatorio, e.g., cuando

---

de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía, e impulsar el desarrollo integral del país”.

- 22 Resolución número 09-11-01, expedida por el Banco Central de Venezuela en fecha 26 de noviembre de 2009, contentiva de las Normas que Regirán la Constitución del Encaje (*Gaceta Oficial de la República* número 39.315, de esa misma fecha).
- 23 En propósito, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Los Tratados Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, publicado en *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 255 y ss.; y, más recientemente, “Las carteras de crédito obligatorias: Excursus sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, publicado en *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2009, pp. 465 y ss.
- 24 BREWER-CARIÁS, ALLAN RANDOLPH, “Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias”, en *Revista de Derecho Público* N° 57-58, enero-junio 1994, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 14.

su impacto es equivalente al de un impuesto del veinte por ciento (20%) sobre los ingresos brutos<sup>25</sup>.

En el plano internacional, a la luz de cuanto ha sido dicho anteriormente luce pertinente citar también el Laudo que decidió el asunto *Marvin Feldman v. México*<sup>26</sup>, porque en éste quedó asentado cuanto sigue:

...son muchas las *formas a través de las cuales las autoridades gubernamentales pueden* forzar a una compañía a abandonar su negocio o *reducir de manera significativa los beneficios económicos* que se derivan de dicho negocio. En el pasado la *imposición confiscatoria*, la denegación de acceso a la infraestructura o a materia prima necesaria y la imposición de regímenes regulatorios irrazonables, entre otros, han sido considerados *acciones expropiatorias*.

Dicho en otras palabras, el nuevo (y mayor) aporte constituye un supuesto de expropiación velada o encubierta (*creeping expropriation*) –i.e., una confiscación–, prohibida tanto por nuestro Derecho interno como por el Derecho Administrativo Global, porque se traduce en “... una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga por efecto privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad...”<sup>27</sup>. Dicho en otros términos, el nuevo (y mayor) aporte a FOGADE le impone a la banca *costos sustanciales* –sustanciales, porque la privan de una parte sustancial de sus resultados, de sus ganancias–, costos estos que, en justicia, deben ser soportados por la colectividad en su conjunto y no sólo por las instituciones financieras gravadas y, en definitivas cuentas, por sus accionistas<sup>28</sup>. El aporte tiene la misma naturaleza, posee la misma sustancia, que una (prohibida) expropiación sin compensación.

25 En propósito, *Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Award, August 24th, 1978, 56 ILR 268, citada por DOAK BISHOP, R., CRAWFORD, JAMES Y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 2005, pp. 555 y ss.

26 Case N° ARB(AF)/99/1, December 16<sup>th</sup>, 2002.

27 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/1. 30 de agosto de 2000.

28 CURTIS, JR., JEROME J., “Comparison of the Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights”, *European Law Review*, Volume 14, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 7

5. Por sus efectos, el mayor aporte a Fogade constituye una expropiación de facto o de hecho, un *Indirect Taking*, esto es, una medida a través de la cual el Estado, sin llegar a adquirir la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes del inversionista, adopta una o más decisiones que “anulan” o de manera sustancial “alteran” los derechos que asisten al inversionista. Vale la pena citar una vez más el Acuerdo (BIT) entre el Gobierno entre la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, cuyo artículo XII(14) dispone que:

...una reclamación por un inversor de que

(a) una medida impositiva de una Parte Contratante constituye incumplimiento de un acuerdo sobre inversión entre las autoridades del Gobierno de esa Parte Contratante y el inversor, o

(b) una *medida impositiva* de una Parte Contratante constituye una *expropiación* en virtud del artículo VII, pueden ser objeto de arbitraje [internacional] de acuerdo con este Artículo...

6. En adición a lo ya dicho, estimamos pertinente destacar que el Estado venezolano se halla obligado a brindarle un trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) a los propietarios de los bancos privados del país. Así se desprende, *e.g.*, del artículo 2(2) del Convenio (BIT) entre el Gobierno entre la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección de Inversiones, a tenor del cual, “a las inversiones de nacionales de cada Parte Contratante se les concederá un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional y gozarán de protección y seguridad en el territorio de la otra parte contratante”, y, por consiguiente, “*ninguna de las dos Partes Contratantes perjudicará de modo alguno, por medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio de las inversiones de nacionales o sociedad de la otra Parte Contratante*”<sup>29</sup>. Así se desprende, complementariamente, del artículo 10 de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, según el cual “*las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares*”<sup>30</sup>.

---

29 *Gaceta Oficial de la República* número 36.010, de fecha 30 de julio de 1996.

30 *Gaceta Oficial de la República* número 5.390 Extraordinario, del 22 de octubre de 1999.

Ahora bien, ¿cuál es el preciso alcance de esa obligación?

Comencemos por destacar que la jurisprudencia arbitral ha dejado asentado que “...un ambiente legal y de negocios estable es un elemento esencial del trato justo y equitativo”, y que, por consiguiente, el concepto “...es inseparable de la *estabilidad* y de la *previsibilidad*”<sup>31</sup>. En idéntico sentido, aquí en Venezuela la Ley de Promoción y Protección de Inversiones establece que su objeto es “...proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un *ambiente de seguridad*...” (artículo 1°). Un incremento súbito o imprevisto del aporte por el orden del seiscientos por ciento (600%) no puede ser reconciliado con el derecho a un trato justo y equitativo, no sólo porque el cambio no fue debidamente justificado, sino porque no estuvo precedido de un procedimiento legislativo que asegurara, a través de las consultas ordenadas por la Constitución, la participación de los destinatarios de las normas legales que gravan la actividad y los resultados de la banca. La falta de *transparencia* es, pues, ostensible<sup>32</sup>.

Pero hay más, porque la medida estatal produce un impacto excesivo o desproporcionado sobre los intereses de los particulares gravados por el nuevo y mayor aporte. Dicho en otras palabras, la medida legislativa es arbitraria, porque sus costos exceden, y con creces, sus beneficios (*supra*, Capítulo III).

En definitivas cuentas, resulta difícil reconciliar el gravamen con el deber de obrar de buena fe *-i.e.*, de legislar de buena fe- impuesto a la Asamblea Nacional por la Constitución, pues los Estados deben siempre ejercer sus poderes de buena fe y con sentido de la responsabilidad. Dicho en otras palabras, deben tener siempre razones *bona fide* para lo que hacen, porque les está vedado actuar arbitraria o caprichosamente<sup>33</sup>.

---

31 CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Case N° ARB/01/8, May 12th, 2005, Paragraphs 273 and ss.

32 CAVAZOS VILLANUEVA, GABRIEL, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG, Saarbrücken, 2008, p. 75.

33 MANIRUZZAMAN, A.F.M., “Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview”, 8 J. Transnat'l L. & Pol' y 57 (1998), citado por BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Op. cit.*, p. 1093).

## V. LA SOBREVENIDA REFORMA DE ENERO DE 2010

1. Tras haber concluido este ensayo, el Ejecutivo Nacional resolvió modificar una vez más el porcentaje de los aportes mensuales que los bancos deben saldarle a FOGADE<sup>34</sup>. De acuerdo al Decreto, en el que se afirma que la (nueva) modificación cuenta con "...la opinión favorable del Banco Central de Venezuela", en lo adelante la tarifa para la determinación de los aportes es la siguiente:

a. Para los bancos del sector público, el aporte es igual al "...cero coma cincuenta por ciento (0,50%) del total de los depósitos del público que éstos tengan para el cierre de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago, y se pagará mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) de dicho porcentaje" (artículo 2°).

b. Para la banca privada, el aporte es igual al "...cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) del total de los depósitos del público que éstos tengan para el cierre de cada semestre inmediatamente anterior..." (artículo 3°). Según el artículo 4° *eiusdem*, el aporte de estas instituciones debe ser pagado así:

a) Desde el 1° de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2010, mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) del cero coma cincuenta por ciento (0,50%), aplicado sobre el total de los depósitos del público que tengan los bancos y demás instituciones financieras para el final del segundo semestre de 2009.

b) A partir del 1° de julio de 2010, mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%), aplicado sobre el total de los depósitos del público que tengan los bancos y demás instituciones financieras para el final de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago.

2. ¿Qué decir de este nuevo "aporte", el segundo en apenas un mes? La tabla que de seguida transcribimos muestra el impacto que el aporte (revisado) hubiera tenido sobre los resultados de las diez (10) principales –y más rentables– instituciones del sistema financiero venezolano, si la banca hubiese debido pagar durante el segundo semestre de 2009 la obligación del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%), que entra en vigor a partir del segundo semestre de 2010:

---

34 *Gaceta Oficial de la República* número 39.358, de fecha 1° de febrero de 2010.

Bancos	Resultados netos	Depósitos	Aporte adicional	Resultados ajustados	Caída (%)
Provincial	843.421	27.536.405	137.682,03	705.738,97	16.3%
Mercantil	464.854	31.912.843	159.564,22	305.289,78	34.35%
Banesco	332.370	37.762.879	188.814,40	143.555,60	56.8%
Exterior	221.110	9.654.888	48.274,44	172.835,56	21,85%
Citibank	138.105	2.681.285	13.406,43	124.698,57	9,7%
Bancaribe	129.748	9.090.812	45.454,06	84.293,94	35,1%
V. de Crédito	116.072	4.275.706	21.378,53	94.693,47	18.35%
BOD	107.976	16.529.748	82.648,74	25.327,26	75,55%
Corpbanca	64.879	6.769.858	33.849,29	31.029,71	52.15%
Caroní	37.356	4.845.168	24.225,84	13.130,16	64,85%
Totales	2,455.891	151.059.592	755.298	1.510.596	

En promedio, los bancos que integran la muestra ven mermados sus resultados –i.e., evaporadas sus utilidades– en un treinta y ocho coma cinco por ciento (38,5%). La merma en los resultados de las entidades financieras pequeñas a consecuencia del aporte, insistimos en lo dicho, es –en promedio– aún mayor.

3. ¿Qué decir, nos preguntábamos antes, de esta nueva modificación al aporte? Pues bien, lo primero que cabe destacar es que aquí cabe reiterar –*mutatis mutandis*– los reparos u objeciones que ya formulamos frente al aporte contemplado por la Ley General de Bancos de diciembre de 2009 (*supra*, Capítulo IV).

4. En adición a esas objeciones, serias y atendibles, debe subrayarse que la nueva (y sobrevenida) modificación del aporte no estuvo precedida del procedimiento normativo previo previsto –i.e., exigido– por la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>35</sup>. Cabe destacar también, a

35 *Gaceta Oficial de la República* número 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008. De acuerdo al artículo 139 de la Ley Orgánica, cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deben iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto debe indicarse el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente. Paralelamente, el órgano o ente público debe informar a través de cualquier medio de comunicación acerca del inicio del proceso de consulta, indicando su duración. También debe informar a través de su página en Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre



título de anécdota, que el *irrespeto* del procedimiento de consulta previo contemplado por dicha Ley es *casi una constante* en la Venezuela de hoy en día. Teniendo presente la ausencia del procedimiento (normativo) legalmente exigido, luce pertinente destacar que el tribunal arbitral que decidió el asunto *Metalclad* concluyó –*mutatis mutandis*– que la adopción de una decisión estatal en el marco de un procedimiento tramitado a espaldas del interesado, porque no había mediado notificación previa y no le había sido brindada la oportunidad de tomar parte en el mismo, no podía ser reconciliada con el derecho a recibir un trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*)<sup>36</sup>.

5. Pero las críticas no se agotan con lo ya dicho. ¿A qué nos referimos? Veamos.

a. Primero, si las nuevas primas mensuales del aporte -equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) del total de los depósitos del público que tengan los bancos al final de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago- son “razonables”, entonces las primas exigidas a través de la Ley General de Bancos de 2009 eran, simple y llanamente, *excesivas*, esto es, *desproporcionadas*, en fin, *arbitrarias* por *irrazonables*. Dicho en otras palabras, el acto administrativo adoptado por el Ejecutivo constituye prueba plena de que las primas contempladas la Ley General de Bancos de 2009, equivalentes al *doblo* de las aprobadas por el Ejecutivo escasamente un mes después, eran –en síntesis– *confiscatorias*.

b. Si las nuevas primas del aporte, como reza expresamente el Decreto, fueron aprobadas con “la opinión favorable del Banco Central de Venezuela”, la Ley General de Bancos no debió serle consultada al

---

los cuales verse la consulta. Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto. Concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo, en el entendido que el resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante. Por su parte, el artículo 140 eiusdem dispone, he aquí la regla general, que las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos sin mediar el procedimiento de consulta pública anteriormente indicado, se hallarán viciadas de nulidad absoluta.

36 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

Instituto Emisor, porque costaría entender que un organismo técnico como ese pudiera haber justificado la necesidad de un incremento del seiscientos por ciento (600%) para luego impartirle su “visto bueno”, escasamente un mes después, a una reducción del aporte en el orden del cincuenta por ciento (50%). Si el aumento de finales de 2009 no le fue consultado al Banco Central de Venezuela, primera hipótesis, la Asamblea Nacional ejerció su poder para legislar de manera *irresponsable*. Si por el contrario, segunda hipótesis, el Banco Central de Venezuela fue en efecto consultado en ambas oportunidades –una por la Asamblea, otra por el Ejecutivo–, entonces fue el Instituto Emisor quien ejerció su poder de manera *irresponsable*, porque luce improbable que existan razones técnicas que justifiquen el cambio de criterio. Sea cual sea la hipótesis de trabajo, la verdad es que el Estado venezolano sale muy mal parado en todo esto.

c. A todo lo dicho se agrega que ni la Asamblea ni el Ejecutivo justificaron cuáles eran las razones con base en las cuales debía incrementarse el aporte vigente para septiembre de 2009. La *falta de transparencia* y, por ende, la infracción del artículo 141 de la Constitución venezolana, son patentes<sup>37</sup>. Y es que más allá de la sobrevenida reducción de enero de 2010, lo cierto es que el aporte hoy en día vigente representa un *desmesurado e injustificado* incremento del trescientos por ciento (300%) respecto de aquel en vigor hasta diciembre de 2009.

d. Finalmente, esta nueva y sobrevenida modificación demuestra que la República ha incumplido la obligación de crear –y luego mantener– un *marco jurídico* que sea, primero, *estable* y, segundo, *previsible*<sup>38</sup>.

## VI. EPÍLOGO. LA ARBITRARIEDAD DEL ESTADO VENEZOLANO

Se me antoja citar un libro escrito años atrás por don Tomás Ramón Fernández, intitulado *De la arbitrariedad del Legislador (Una crítica de la jurisprudencia constitucional)*. Se me antoja citarlo, decía, porque en él

37 La norma constitucional invocada dispone textualmente: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

38 TUDOR, IOANA, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, 169 y ss.

se afirma que cuando el Legislador, el Español en su caso, no se apoya –de manera expresa o explícita, agregamos nosotros– en *razones* formales y materiales *serias y atendibles*, la ley termina siendo

“...la expresión pura y simple de un *poder desnudo*, [esto es] de la *mera voluntad o capricho* de su autor, lo que con toda evidencia no permite, ni puede permitir la Constitución”<sup>39</sup>.

Esta –¡así de cruda! ¡así de brutal!– es la conducta, a todas luces irresponsable, porque no está precedida de la debida meditación, que caracteriza al Legislador venezolano de los últimos tiempos<sup>40</sup>.

---

39 FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad del Legislador (Una crítica de la jurisprudencia constitucional)*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 51 y 52.

40 “La Ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: Un ilícito de Derecho internacional. Análisis conforme a los Tratados Bilateral de Inversión (BIT’S)”, en *Revista AIDA de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Opus. No. 5, 2009 (en imprenta). En este mismo orden de ideas, CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, HERRERA ORELLANA, LUIS ALFONSO Y ANZOLA SPADARO, KARINA, *Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, coedición de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

# El derecho de propiedad en la ley de tierras urbanas

Carlos García Soto\*

## RESUMEN

La Ley de Tierras Urbanas ha sido uno de los instrumentos del último año que ha venido a engrosar los llamados activos normativos de la última década. Más allá de ser un mero instrumento de regulación para las llamadas tierras urbanas "sin uso", se configura en una suerte de nuevo instrumento que regula el derecho de propiedad sobre los inmuebles urbanos tradicionalmente regulados por las disposiciones del Código civil.

## PALABRAS CLAVE

Ley de Tierras Urbanas, Derecho urbanístico, propiedad urbana, inmuebles urbanos

## ABSTRACT

The Urban Land Law has been one of the instruments of the past year that has come to swell the so-called regulatory assets in the last decade. Beyond being a mere instrument of regulation for urban land called "no use" is set in a kind of new instrument that regulates the right of ownership of urban property traditionally regulated by the provisions of the Civil Code.

## KEY WORDS

Urban Lands Act, urban law, urban property, urban property

## INTRODUCCIÓN

La Ley de Tierras Urbanas<sup>1</sup> (LTU) contiene algunas normas sobre el ámbito del derecho de propiedad sobre las tierras urbanas cuyo al-

---

\* Abogado magna *cum laude*, Universidad Monteávilá (2004). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, (2009). Visiting Scholar, Columbia Law School (2010-2011). Investigador del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávilá. Subdirector del Anuario de Derecho Público, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávilá.

1 Gaceta Oficial N° 5.933 Extraordinario de 21 de octubre de 2009.

cance pareciera necesario precisar. Institucionalmente, la LTU puede ser adscrita al Derecho Urbanístico, una de cuyas partes principales resulta, precisamente, la ordenación del derecho de propiedad urbana. Tal es el objeto de este trabajo.

## **I. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CONCEPTO DE TIERRAS URBANAS APTAS**

La LTU regula la tenencia de aquellas tierras urbanas (i) que sean tierras urbanas sin uso, y (ii) que sean aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat. La regulación de la tenencia de tales tierras urbanas tiene como fines “establecer las bases del desarrollo urbano y la satisfacción progresiva del derecho a las viviendas dignas en las zonas urbanas” (artículos 1 y 5). Por su parte, la Disposición Final Primera excluye expresamente de la aplicación de la LTU “las tierras urbanas en las que existan proyectos educativos, deportivos, asistenciales o recreacionales, debidamente tramitados ante autoridades competentes y que tengan la disponibilidad de recursos para su ejecución”.

El artículo 6 LTU señala el concepto de tierras urbanas sin uso, aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat. Se trata de “aquellas extensiones, ubicadas en áreas de las ciudades equipadas de servicios públicos”. Entre tales señala expresamente: (i) las tierras urbanas abandonadas por sus propietarios; (ii) tierras urbanas sin edificar, y (iii) cualquier otra que así determine el Poder Ejecutivo Nacional. Este tercer supuesto es el verdaderamente importante, puesto que se trata de una habilitación al Poder Ejecutivo Nacional para que fije cuál tierra urbana puede ser considerada sin uso y apta para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat.

Por ello, para que la LTU sea aplicable deben darse los siguientes requisitos:

(i) que se trate de una tierra urbana sin uso, bien sea porque la tierra urbana haya sido abandonada por su propietario, o se encuentre sin edificar, o haya sido determinada como tal por el Poder Ejecutivo Nacional;

(ii) que sea apta para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat;

(iii) que en tal tierra urbana no existan proyectos educativos, deportivos, asistenciales o recreacionales, debidamente tramitados ante autoridades competentes y que tengan la disponibilidad de recursos para su ejecución;

(iv) la tierra urbana debe encontrarse en un área de la ciudad equipada de servicios públicos.

## **II. DECLARATORIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y PRINCIPIOS**

El artículo 2 LTU señala que la propiedad de las tierras urbanas tiene una función social, lo que la somete a las contribuciones, restricciones y obligaciones que se establezcan por Ley, Reglamentos, Planes y Normas Reglamentarias. La norma alude expresamente al concepto de función social, de tradición en la ordenación del derecho de propiedad. La fórmula por ello es al menos formalmente distinta a la del artículo 115 de la Constitución, que somete al derecho de propiedad “a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de *utilidad pública o de interés general*”. Por su parte, el artículo 4 establece que la LTU tiene una naturaleza social y carácter estratégico, rigiéndose por los principios rectores del derecho humano a la vivienda y hábitat, tales como progresividad, justicia social, seguridad jurídica, cogestión, democracia participativa y protagónica, solidaridad, equidad, organización, sostenibilidad y tolerancia de conformidad con lo previsto en la Constitución.

## **III. DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL**

El artículo 3 LTU declara de utilidad pública e interés social “las tierras urbanas sin uso, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. La primera consecuencia de tal declaratoria es que las tierras urbanas sin uso pueden ser objeto de un Decreto de Expropiación, en los términos establecidos en el artículo 5 de la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social (LECUPS).

La fórmula de la LTU reitera una tendencia que se ha manifestado en otras ocasiones, para declarar de utilidad pública e interés social a bienes

y no a obras, como había sido tradicional en nuestro ordenamiento<sup>2</sup>: según el régimen de la LECUPS, la declaratoria de utilidad pública o interés social se refiere a obras, y corresponderá, de acuerdo con el artículo 5, al Decreto de Expropiación la declaración de los bienes necesarios para la realización de la obra.

#### **IV. DERECHO DE PREFERENCIA, ADQUISICIÓN Y PRECIO**

Los artículos 17 al 20 LTU establecen distintas reglas sobre el derecho de preferencia de la República para la adquisición de tierras urbanas y la fijación del precio.

El artículo 17 establece “un derecho de preferencia a favor de la República para adquirir las tierras urbanas”. En nuestra opinión, tal derecho de preferencia debe ser interpretado a partir de los artículos 1, 5 y 6 LTU que restringen el objeto y ámbito de aplicación de la LTU a las “tierras urbanas sin uso, aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat”. El artículo 6 LTU, por su parte, como ya quedara dicho, señala como tales a (i) las tierras urbanas abandonadas por sus propietarios; (ii) las tierras urbanas sin edificar, y (iii) las que así determine el Poder Ejecutivo Nacional. La consecuencia por ello será la siguiente: la República sólo tiene un derecho de preferencia para adquirir aquellas tierras urbanas que puedan ser clasificadas en uno de los tres supuestos señalados. Como también fue advertido, es particularmente importante el tercer supuesto, en el cual se habilita al Poder Ejecutivo Nacional para determinar si una tierra puede ser considerada como una tierra urbana sin uso, apta para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat. Cualquier tierra urbana que no pueda ser calificada como tal, no puede ser considerada como objeto del derecho de preferencia que el artículo 17 establece a favor de la República. La conclusión se ve reiterada por el artículo 19, que al regular la estimación del precio, hace referencia expresa a “las tierras urbanas declaradas sin uso”.

---

2 Véase Carlos García Soto, “Notas sobre la expansión del ámbito de aplicación de la declaratoria de utilidad pública o interés social en la expropiación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 115 (Estudios sobre los decretos leyes), julio-septiembre, 2008, pp. 149-153.

El artículo 18 LTU reconoce que tales adquisiciones podrán realizarse por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley. Ello significa que una tierra urbana declarada sin uso podrá ser objeto de adquisición por cualquiera de los procedimientos, de Derecho Público o Derecho Privado, según la distinción al uso, previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, la LTU no establece procedimiento alguno para que la República adquiera el derecho de propiedad sobre las tierras urbanas que sean declaradas sin uso a través del correspondiente procedimiento administrativo: para ello habrá que acudir a las distintas modalidades de adquisición del derecho de propiedad previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

La fijación del precio de las tierras declaradas sin uso se regula en los artículos 19 y 20. El artículo 19 establece que tal estimación “se hará en razón de un mismo valor para las tierras urbanas con características similares ubicadas en los diferentes sectores”. Por su parte, el artículo 20 fija las condiciones para la determinación del precio, el cual se especificará en función de (i) su clase; (ii) calidad; (iii) situación; (iv) dimensiones aproximadas; (v) su probable producción, y (vi) todas las otras circunstancias que influyen en las operaciones y cálculos que se hayan hecho para fijar su mismo valor. La norma prohíbe que pueda ser tomado en cuenta el mayor valor de los inmuebles, en razón de su proximidad a las obras en proyecto. Téngase en cuenta que la norma se refiere a obras en proyecto distintas a las que puedan encontrarse en la misma tierra urbana objeto de adquisición por parte de la República: tales obras eventuales que puedan encontrarse en la tierra urbana deben ser consideradas a los efectos de la fijación del precio.

## **V. PROCEDIMIENTO DE LA DECLARATORIA DE TIERRA URBANA**

Que una tierra urbana sea declarada sin uso, y en consecuencia, objeto de la regulación contenida en la LTU, exige la tramitación de un procedimiento administrativo cuya decisión establezca que una tierra urbana, en concreto, deba ser considerada como susceptible de tal calificación. Aspecto que es importante resaltar, porque sólo una vez culminado tal procedimiento es que podrá considerarse como sin uso la tierra urbana que es objeto de tal procedimiento administrativo, si así lo considera



en su decisión el órgano o ente con competencia técnica nacional para regularización de la tenencia de la tierra urbana (artículo 21). Por otra parte, recordar que la LTU no establece mecanismo alguno de transmisión del derecho de propiedad sobre las tierras urbanas sin uso: su ámbito se restringe a la declaratoria de que una tierra urbana debe ser considerada como sin uso. Es por ello que el artículo 18 LTU establece expresamente que la adquisición de las tierras urbanas que sean declaradas sin uso, luego de haberse tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, podrá “realizarse por cualquier de los procedimientos previstos en la ley”, como se señaló.

El artículo 30 establece que, en tal caso, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del órgano ente con competencia técnica nacional para la regularización de la tenencia de la tierra urbana, podrá “ocupar previamente las tierras, con la finalidad de efectuar los estudios del suelo o cualquier otra actividad relacionada con la ejecución de las obras que se hayan proyectado”. Varias consideraciones exige esa fórmula.

La ocupación previa es una figura tradicional en los procedimientos de expropiación forzosa, reconocida por el artículo 56 LECUPS, cuyo ámbito se determina expresamente y que exige el cumplimiento de garantías jurídicas y patrimoniales, dada la inmisión que supone en el contenido del derecho de propiedad<sup>3</sup>. En efecto, señala el artículo 56 LECUPS:

Cuando la obra sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de esta Ley y la autoridad a quien compete su ejecución la califique de urgente realización, deberá hacer valorar el bien por una Comisión de Avalúos designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 ejusdem a los fines de la ocupación previa, la cual será acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien. El resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado.

---

3 Véase Carlos García Soto, “La (con) fusión de los conceptos de ocupación temporal y ocupación previa en la expropiación”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 2, Centro de Estudios de Derecho Público-Universidad Monteávila, Caracas, 2009.

Antes de procederse a la ocupación previa, el Juez de la causa, efectuará la correspondiente notificación al propietario y a los ocupantes, si los hubiere. Vencido el lapso de comparecencia previsto en el artículo 27 de esta Ley, sin que se haya formulado oposición justificada, el propietario podrá convenir con el avalúo realizado. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El acto por el cual el propietario conviene en el avalúo es irrevocable, aún antes de la homologación del tribunal”.

A diferencia de la ocupación temporal, la ocupación previa recae sobre el bien objeto de la expropiación. Constituye una técnica cuyo objeto es atender a la calificación de “urgente realización” que realice la autoridad a quien compete la ejecución de la obra declarada de utilidad pública. Nótese, por lo demás, que a diferencia de la ocupación temporal, que requiere de resolución suficientemente motivada por escrito del Gobernador del estado, del territorio federal o de los alcaldes de los municipios respectivos de la jurisdicción donde se ejecute la obra (artículo 53 LECUPS), la ocupación previa deberá ser acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, órgano jurisdiccional competente para conocer de todas las incidencias que se verifiquen entre el expropiante y el propietario. Finalmente, como se deriva de la norma, la ocupación previa sólo podrá ser acordada por el tribunal, “después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien”<sup>4</sup>.

La ocupación previa referida en el artículo 30 LTU no establece ninguna de las garantías previstas en el artículo 56 LECUPS. Sin embargo, aún cuando no se establezcan expresamente en el artículo 30 LTU, en nuestra opinión, son de obligatorio cumplimiento si el procedimiento a través del cual se realiza la transmisión del derecho de propiedad sobre la tierra urbana declarada sin uso es el procedimiento expropiatorio. A no otra conclusión cabe llegar a partir de la fórmula del artículo 56 LECUPS, aplicable a todo procedimiento de expropiación.

---

4 Sobre los requisitos de la ocupación previa, véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 01 de octubre de 2008, *caso Municipio Maracaibo del Estado Zulia contra la Arquidiócesis de Maracaibo y el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI)*.

En paralelo, notar que la ocupación previa establecida en el artículo 30 LTU se asemeja a lo que el artículo 52 LECUPS denomina como ocupación temporal. Señala esta norma:

Toda obra declarada de utilidad pública lleva consigo el derecho a la ocupación temporal de las propiedades ajenas por parte del que las ejecute, en los casos siguientes:

1. Hacer estudios o practicar operaciones facultativas, de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra.
2. Para el establecimiento provisional de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes o depósitos de materiales, y cualquiera otra que requiera la obra para su construcción o reparación.

La ocupación durará tan sólo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo, en ningún caso, concederse por un término mayor de seis (6) meses. Sin embargo, podrá prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada.

Tradicionalmente se ha entendido que la figura de la ocupación temporal, en tanto ejercicio de una potestad administrativa otorgada por la LECUPS, está dirigida a los bienes cuyo propietario sea un sujeto distinto al expropiante y al propietario sujeto del procedimiento de expropiación<sup>5</sup>. Se trata de los terceros que sean propietarios de bienes cuya ocupación sea necesaria para realizar las tareas que se señalan en los numerales 1 y 2 del artículo 52. Dos razones fundamentales llevan a esta conclusión<sup>6</sup>.

---

5 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen de la expropiación”, en *Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 95; Gustavo A. Grau Fortoul, “Algunas reflexiones sobre la expropiación como medio de privación coactiva de la propiedad”, en *Cuestiones actuales del Derecho de la empresa en Venezuela*, Grau Hernández & Mónaco. Abogados, Caracas, 2007, p. 74; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 620; Magdalena Salomón de Padrón, “Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social”, en Enrique Pérez Olivares y José Ignacio Hernández (Coordinadores), *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, p. 375.

6 Véanse las diferencias entre la ocupación temporal y la ocupación previa en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen de la expropiación”, cit., p. 97 y Gustavo A. Grau Fortoul, “Algunas reflexiones sobre la expropiación como medio de privación coactiva de la propiedad”, cit., pp. 74-80.

En primer lugar, la redacción del encabezado del artículo 52. Allí se señala que se reconoce un “derecho”<sup>7</sup> al expropiante, para “la ocupación temporal de las propiedades ajenas”. En nuestra opinión, el término “ajenas” excluye, obviamente, los bienes del expropiante; también, los bienes del expropiado.

En segundo lugar, porque de acuerdo con el artículo 55 LECUPS, que regula la indemnización debida al propietario de los bienes que son ocupados temporalmente, “El que ocupa temporalmente una propiedad ajena, indemnizará al propietario de los perjuicios que le causen, a justa regulación de los peritos designados, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la presente Ley”. Tal indemnización está construida para el supuesto de un tercero ajeno a la relación expropiatoria, desde que al propietario sea sujeto de la expropiación le corresponderá la indemnización propia del procedimiento de expropiación.

Es por ello que la figura de la ocupación previa prevista en el artículo 30 LTU es ciertamente particular, puesto que, por una parte, permite la ocupación previa de la tierra urbana declarada sin uso. Ocupación previa que, en el caso que el modo de transmisión del derecho de propiedad sobre la tierra urbana sea el procedimiento de expropiación, deberá cumplir con las garantías jurídicas y patrimoniales del artículo 56 LECUPS. Por otra parte, la figura de la ocupación previa del artículo 30 LTU se asemeja a la de la ocupación temporal prevista en el artículo 52 LECUPS, que se reserva a bienes distintos al que sea objeto del procedimiento de expropiación, según la fórmula del mismo artículo 52 LECUPS.

Una última advertencia debe ser realizada. Según la fórmula del artículo 30 LTU la ocupación previa de las tierras declaradas sin uso debe tener como finalidad la de efectuar los estudios del suelo o cualquier otra actividad relacionada con la ejecución de las obras que se hayan proyectado. Como se comprenderá, ello supone una consecuencia fundamental: tal ocupación previa sólo puede ser realizada sobre aquellas tierras urbanas sin uso sobre las cuales se haya proyectado la ejecución de obras, puesto que ello es una exigencia derivada del mismo artículo 30 LTU.

En nuestra opinión, que la ocupación previa establecida en el artículo 30 no otorgue al particular titular del derecho de propiedad de la

---

7 En realidad se trata del ejercicio de una potestad administrativa.

tierra urbana objeto del procedimiento administrativo garantía jurídica o patrimonial alguna, como las establecidas en el artículo 56 LECUPS, puede llevar a la conclusión de que tal potestad de ocupación previa resulta inconstitucional, desde que priva a tal particular del contenido esencial de su derecho de propiedad, en los términos del artículo 115 de la Constitución.

# **Reformas en el sistema electoral egipcio bajo el gobierno de Hosni Mubarak ¿Consagración de un sistema electoral democrático o dinastía sucesoral?**

Adriana Magdalena Boersner Herrera\*

## RESUMEN

En pleno siglo XX, la primera Constitución promulgada en la región del norte de África fue la de Egipto en 1923. Para 1953, tras el Golpe de Estado a manos de los Oficiales Libres, la Constitución provisional, definirá un poder temporal ejercido principalmente por el Consejo de la Revolución de los oficiales comprometidos en el alzamiento a la monarquía de Faruk I. La fugacidad institucional de estos años parecerá ser la norma del período entre Naguib y Gamal Abdel Nasser. Bajo el gobierno de Anwar al Sadat, se aprueba los términos de la Constitución permanente de la República Árabe de Egipto, respondiendo así a la necesidad de crear un estatuto definitivo y establecer la base legal de constitución de los estados miembros de la Unión de las Repúblicas Árabes.

## PALABRAS CLAVE

Democracia, Sistema electoral, Constitución, Hosni Mubarak

## ABSTRACT

In the twentieth century, the first Constitution promulgated in the region of North Africa were Egypt in 1923. By 1953, after the coup at the hands of the Free Officers, the Interim Constitution, define a temporal power exercised mainly by the Council of the Revolution at the hands of officers involved in the uprising to the Faruk monarchy I. The institutional transience of these years seem to be the norm for the period between Naguib and Gamal Abdel Nasser. Under President Anwar Sadat, approving the terms of the permanent constitution of the Arab Republic of Egypt, in response to the need for a final status and establish the legal basis of the constitution of the EU member states of Arab Republics.

## KEY WORDS

Democracy, Electoral System, Constitution, Hosni Mubarak

---

\* Magister en Ciencia Política de la Universidad Simón Bolívar. Licenciada en Estudios Internacionales de la Universidad Central de Venezuela. Profesora Asistente del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Simón Bolívar y Profesora Asistente en la Escuela de Estudios Liberales de la Universidad Metropolitana.

En pleno siglo XX, la primera constitución promulgada en la región del norte de África fue la de Egipto en el año 1923, contemplándola como un país con un régimen de corte parlamentario. Para 1953, tras el Golpe de Estado a manos de los Oficiales Libres, la Constitución provisional de febrero de ese mismo año, definirá un poder temporal ejercido principalmente por el Consejo de la Revolución a manos de los oficiales comprometidos en el alzamiento a la monarquía de Faruk I.

Tras la derroca del rey, Mohammed Naguib sería designado el primer jefe de gobierno de la naciente república, decretando para enero de 1953, la supresión de todos los partidos políticos, proclamando la República de Egipto el 18 de junio de 1953 y estableciendo el Consejo de la Revolución como máximo poder político del país.

Sin embargo, será la Constitución del 16 de enero de 1956 la que concluya con el período transitorio de Naguib e instaure el período nasserista, un régimen revolucionario de carácter presidencialista, con primacía de partido único-Unión Nacional- según el artículo 120 de dicha constitución.

La fugacidad institucional de estos años parecerá ser la norma del período entre Naguib y Gamal Abdel Nasser. El 5 de marzo de 1958 se proclamaría una tercera constitución de corte provisional en la que se sancionaba la creación de la República Árabe Unida, uniendo los territorios de Egipto y Siria, reforzando los poderes presidencialistas de Nasser y evitando las referencias del Islam como religión del Estado.

El 11 de septiembre de 1971, bajo el gobierno de Anwar al Sadat, mediante referéndum se aprueba los términos de la Constitución permanente de la República Árabe de Egipto, respondiendo así a la necesidad de crear un estatuto definitivo y establecer la base legal de constitución de los estados miembros de la Unión de las Repúblicas Árabes, inspiración de Gamal Abdel Nasser.

Esta Constitución ha pasado por varias reformas en mayo de 1980-mayo de 2005 y marzo de 2007, contempla un sistema judicial independiente de los demás poderes públicos, asentamiento en la ley inglesa común, la ley islámica y el código de Napoleón. La revisión judicial la realiza la Corte Suprema y el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo Constitucional acepta con reservas, la jurisdicción restrictiva de la Corte Internacional de Justicia.

El poder legislativo que es el mayor impacto tiene sobre el tema que concierne al siguiente trabajo, radica en Majlis Al-Shaab o Asamblea Popular, elegida para un período de cinco años. Integrada por 444 miembros elegidos popularmente y 10 adicionales designados por el Presidente, la Asamblea Popular encuentra un consejo consultivo en los Majlis al-Shura, integrado por 210 miembros. Según las disposiciones legislativas, el sistema electoral se consagra bajo los términos de un sufragio universal, obligatorio y directo, la edad permitida para sufragar es de 18 años en adelante y los candidatos que se presentan en las elecciones lo hacen a título individual. Los partidos políticos deben contar para su participación política y electoral en la vida pública, con la aprobación del Gobierno y tras la sanción de la Ley n° 40 en el año 1977 de la 'Ley de los Partidos', y las enmiendas realizadas en el año 2007, que contemplan entre otras cosas, la prohibición de formación de partidos políticos sobre la base de preceptos religiosos.

Desde el año 2005 con la enmienda realizada a la constitución para permitir varios candidatos a la elección presidencial, avalados previamente por la Asamblea Popular, y las enmiendas del año 2007 que estipulan entre otras cosas, la exigencia a cualquier candidato a presidente de salir de las filas de su partido político y tener el mínimo respaldo parlamentario del 3% de los escaños, crear una comisión independiente para supervisar las elecciones y sustituir los poderes de emergencia que han permanecido desde el gobierno de Sadat, el proceso de liberalización en el sistema electoral pareciera estar encaminado más a permitir que el Partido Nacional Democrático del gobierno actual, mantenga el poder y con ello derive a que el sistema legislativo, judicial y propiamente el ejecutivo siga un lineamiento contrario a las prácticas del sistema democrático.

La definición de democracia como << el gobierno del pueblo, hecho para el pueblo, por el pueblo y responsable por el pueblo >> adjudicado a Abraham Lincoln, supone que en las prácticas democráticas modernas se exhiben un abanico de instituciones como lo son el poder legislativo, judicial y ejecutivo, además de un sistema de partidos, en respuesta a los deseos de la mayoría. Si bien es cierto que existen diferencias entre el propio término de democracia visto por Occidente, entre lo que podría ser democracia mayoritaria y democracia consensual, es de notar que el modelo mayoritario es usualmente referido en los estudios recientes sobre modelos generales de democracia en el mundo, tal es el caso de autores como Arend Lijphart.



En la caracterización de un sistema de democracia mayoritaria, el sistema de elección se da por mayoría absoluta o relativa, en los que quienes arrojan tener el mayor respaldo se lo llevan todo, lo que constituye ser el reflejo fehaciente de la filosofía de la mayoría. Los sistemas electorales al ser también esenciales para el sistema de partidos, reflejan e influyen sobre el nivel de proporcionalidad o falta de proporcionalidad que existen para todos los actores políticos, en este caso, partidos políticos, en la arena electoral. Es por ello, y siguiendo la fórmula de atributos que ha descrito Lijphart para describir un sistema electoral de tipo democrático a saber; fórmula electoral, umbral electoral, número total de miembros del órgano a elegir, influencia de las elecciones presidenciales en las legislativas, reparto no equitativo de escaños, entre otros, que en el presente trabajo se realizara, la descripción del sistema electoral bajo el gobierno de Hosni Mubarak y su identificación democrática o no, en el sistema de elección futura.

## **1. CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA ELECTORAL DE NASSER A MUBARAK**

Las elecciones que ofrecen a los votantes un medio efectivo para cambiar el gobierno y excluir funcionarios, promoverán una mayor estabilidad; las decisiones electorales serán aceptadas con mayor facilidad en aquellos sistemas en los cuales las reglas electorales, la distribución de fuerzas o la configuración del sistema de partidos inhiben el cambio. (Lipset, 1996)

En un estudio realizado por Gema Martín Muñoz (1986) se exponen los procesos de cambio de instituciones y leyes electorales que se mantuvieron desde la ocupación Napoleónica en Egipto hasta los primeros años del gobierno de Mubarak. Dichas reformas van desde instituciones consultivas con principios de representatividad, pasando por la constitución de 1922 bajo el gobierno del rey Fuad, tras la cual se creó en 1923 la primera ley electoral en el país, modificada luego en 1924 y 1930 hasta dar forma al sistema directo e indirecto de elección que se vive actualmente.

Las limitaciones electorales previas a la independencia del protectorado británico a manos del movimiento de los Oficiales Libres en 1952 contemplaban: el derecho de voto a los hombres egipcios mayores de

25 años de edad, el voto era de tipo universal pero indirecto. Se debía escoger a un delegado por cada circunscripción electoral para la cámara de diputados, los cuales debían obtener una mayoría absoluta. De no poseer el respaldo necesario se debía ir a una segunda vuelta entre los dos candidatos que hayan resultado con mayor voto para decidir mediante mayoría relativa quien sería el diputado ante la cámara baja (150 diputados en total).

La revolución de julio de 1952 acabó con el pluripartidismo egipcio y los procesos electorales redujeron el juego político a los candidatos del partido único (Reagrupamiento de la Liberación en 1953, Unión Nacional desde 1956 y Unión Socialista Árabe a partir de 1962)” (Martín Muñoz, 1986:244). A partir de 1957 bajo el gobierno de Nasser y una nueva constitución ratificada por referéndum en 1956, se llevan a cabo las primeras elecciones para la Asamblea Nacional, posteriormente denominada Asamblea del Pueblo.

El sistema que regiría éstas elecciones (ley N°73 de 1956) se dará por mayoría absoluta bajo el procedimiento de candidaturas individuales, pero ahora los candidatos debían ser seleccionados por el Comité del Partido Único. El sufragio directo, la reducción de la edad permitida para el voto a 18 años y el derecho de la mujer a ejercer su voto, además de permitirle una representación en la Asamblea, constituyeron algunos avances en la ley electoral. Adicionalmente, el nuevo orden socialista, establecía una representación proporcional de campesinos y obreros en cualquier organización de representación.

La mitad de los miembros de cualquier organización representativa, incluyendo a la Asamblea Nacional, debían ser campesinos y obreros. Esta nueva condición en la composición de la Cámara, que se ha mantenido hasta hoy día, obligó a prever en la ley electoral una serie de mecanismos para asegurar esta proporción en la selección de los votantes. (Martín Muñoz, 1986:245)

Una vez llega Anwar al- Sadat a la Presidencia en 1970 se inicia una ruptura con estas ideas del socialismo árabe de Nasser. En 1971 se promulga una nueva Constitución, vigente hasta hoy, permitiendo la creación de tres plataformas políticas para terminar al menos figurativamente con la idea y las imposiciones del partido único, creando con ello un plura-

lismo relativo comparado con los años de Nasser. La Ley N° 40 del año 1977 regulará la formación de partidos políticos en Egipto, prohibiendo la formación de organizaciones con bases religiosas que se mantendrá hasta la actualidad con la Ley de Partidos que impide la formación de organizaciones políticas con carácter confesional.

A partir de la década de los años ´80 se conocerán varias leyes electorales entre las que se destacan principalmente la ley N° 114 del año de 1983, ley N° 188, año 1986, la ley N° 201 del año 1990 y la N° 174 del año 2005, por los cambios entre el sistema directo e indirecto de elección de diputados en la Asamblea del Pueblo, además de determinar legalmente la autorización y las disposiciones por las cuales se regirán los partidos políticos en el país. (Ver tabla 1.4)

## **2. ELECCIONES PARLAMENTARIAS (1981-2005)**

Dentro de las leyes más importantes que regirán el sistema de elección legislativa a partir de los primeros años de gobierno de Mubarak está la N°114, la cual estipulaba que la elección de los miembros de la Asamblea Popular debía hacerse sobre la base de las listas de los partidos (sistema proporcional) en donde cada partido tendría su propia lista con número igual de candidatos y suplentes al número de escaños de un determinado Distrito, además de la posibilidad de incluir candidatos de más de un partido. Para las primeras elecciones parlamentarias de abril de 1984, se impuso este sistema de votación proporcional que vendría a sustituir al sistema de mayoría absoluta, anteriormente practicada.

Dentro de la Asamblea Popular se mantuvo la idea de escoger un candidato profesional y un campesino u obrero determinado en los dos gobiernos anteriores, aumentando además, el número de escaños de 300 a 448 sin contar los 10 diputados por designación presidencial. La ley exigiría que dentro de este nuevo sistema, los partidos debían obtener el 8% de los votos totales para poder estar representados en la Asamblea, de lo contrario el partido con mayor fuerza tomaría todo el poder. “El nuevo sistema, además, obligó a cambiar la distribución geográfica y numérica de las circunscripciones, así como a una reelaboración general de los mecanismos de voto, presentación de candidaturas, escrutinio, etc.”. (Martín Muñoz, 1986: 161).

Sobre la situación de los candidatos en 1984 de cara a las elecciones legislativas, el sistema electoral con base en listas proporcionales trajo como consecuencia que las fuerzas políticas de oposición como Wafd y Hermanos Musulmanes pactaran una unión frente a los demás partidos como el Partido de Trabajo, Tagammu´ y Ahrar para así tratar de conseguir una representación mayor de escaños en la Asamblea. Esta coalición que luego se conocerían como alianza Islámica o alianza de trabajo para las elecciones de 1987, incluiría también al Partido de Trabajo.

Para 1990 y luego en 1995, el sistema de elección pasa a ser de candidato centralizado, lo que hace que sólo una parte de los partidos políticos tomen posición frente a las legislativas, entre ellos en el primero de los casos, el Partido Nacional Democrático (PND), Tagammu´, la Unión Democrática, Umma, el Partido Verde y Egipto Jóven. En la segunda fecha se presentarían estos mismos partidos, más los Hermanos Musulmanes, los Nasseristas, el Partido de Desarrollo y Justicia y el Partido Social, contando además con la participación de candidatos independientes.

En el año 2000 se celebraron las quintas elecciones legislativas en Egipto. El Alto Tribunal Constitucional declaró que el artículo 24.2 de la Ley 73 (1956) sobre “El Ejercicio de los Derechos Políticos era inconstitucional, pues violaba varios artículos de la Constitución y, por tanto, los Parlamentos elegidos en 1990 y 1995 eran igualmente inconstitucionales” (Azaola, 2008:145). Ante esta situación se decretaron enmiendas de emergencias en la ley electoral de 1956 en pro de subsanar los problemas de supervisión judicial percibidos en los comicios anteriores.

Es por ello que para el año 2000 se contó con tres rondas electorales y una supervisión judicial, reconociéndose hasta ahora como una de las elecciones más transparentes. Sin embargo, los conflictos y los tropiezos entre las fuerzas de seguridad y los movimientos de oposición, en particular contra los Hermanos Musulmanes, fue notorio. Muertos, decenas de heridos y arrestos de miembros de la Hermandad, además de demandas de algunos focos de la sociedad por impedirles ejercer su voto fueron parte del proceso negativo de éstos comicios.

Los resultados de estas elecciones dio ganador al Partido Nacional Democrático con 388 escaños alcanzados, Al Wafd 7 escaños, al Partido Nasserista 2 escaños, independientes 38 escaños entre los que se incluían algunos miembros de la Hermandad que obtuvieron 17 escaños y 6 escaños para el partido Al Tagammu.

La elección de los 444 escaños de la Asamblea Popular del 9 de noviembre de 2005 desplegó en la primera ronda, un bloque de fuerzas políticas de oposición de modo que tuvieran mayor impacto frente al partido de gobierno. Sin embargo, los Hermanos Musulmanes decidieron participar por su cuenta, presentándose ante los comicios de forma independiente.

El Partido Nacional Democrático triunfó en primera ronda con 67 escaños seguido por la Hermandad Musulmana con 34 asientos. La presencia de éstos últimos fue duplicada en comparación con los resultados de los comicios anteriores. Sin embargo, la segunda ronda, a pesar del avance conseguido frente al partido de gobierno, estuvo marcada por numerosas intimidaciones por parte de las fuerzas de seguridad del Estado en varias zonas del país, así como, el impedimento en algunos distritos de ejercer el voto dentro de la propia población.

Tabla 1.1: Resultados de las elecciones para la Asamblea del Pueblo en noviembre - diciembre de 2005

Partidos	Nº de escaños obtenidos
Partido Democrático Nacional	311 escaños
Hermanos Musulmanes	88 escaños
Independientes no afiliados	22 escaños
Al Wafd	6 escaños
Karama (independientes)	2 escaños
Al Tagammu	2 escaños
Al- Ghad (Partido del Mañana)	1 escaño
Designación del Presidente	10 escaños
Pendientes de Reelección	12 escaños
	TOTAL 454 escaños.

Cuadro: Realización Propia.

Fuente: Freedom House y Azaola P, Bárbara (2008)

Según la comisión electoral, el 26% de los votantes participaron en las elecciones legislativas, la oposición declara un porcentaje menor al

tiempo que reclama la falta de transparencia y supervisión en los comicios. El Presidente Hosni Mubarak designó a diez nuevos miembros a la Asamblea Popular, entre ellos cinco mujeres y cinco cristianos coptos.

La novedad de estas elecciones frente a las parlamentarias en 2000 se debió a tres razones:

1. La existencia de una Comisión Superior de elecciones parlamentarias, encabezada por el Ministro de Justicia.

2. Esta Comisión Superior convino en permitir la observación de algunos organismos capacitados y organizados por formaciones no gubernamentales para observar el proceso dentro y fuera de los lugares de votación.

3. Se aprobó el uso de urnas transparentes para reducir la posibilidad de fraude.

Sin embargo, existió un retroceso en las elecciones del Consejo de la Shura en 2007:

1. Los observadores electorales nacionales declararon que sólo los miembros del Partido Nacional Democrático, tenían autorización para ir al interior de las mesas electorales impidiendo al mismo tiempo, la entrada de observadores de la oposición y otros observadores electorales tanto nacionales como internacionales.

2. La policía egipcia detuvo a más de 100 miembros de la Hermandad Musulmana el día de las elecciones como parte de una ofensiva contra ese grupo de oposición en la preparación para las elecciones del Consejo de la Shura. Entre los detenidos se encontraban candidatos para las elecciones, acusados de pertenecer a un grupo prohibido y usar consignas religiosas.

### **3. SISTEMA DE ELECCIÓN PRESIDENCIAL (1981-2005)**

Desde que se derrocara a la monarquía en 1952 tras el golpe de los Oficiales Libres, el poder ejecutivo ha monopolizado la política nacional, representado por el Presidente de la república Gamal Abdel Nasser (1956-1970), Anwar al Sadat (1971-1981) y Hosni Mubarak (1981- ).

El sistema de elección presidencial existente desde 1971 con todas las reformas sustanciales, ha permitido que el actual Presidente de la República de Egipto se haya mantenido por 28 años. La Constitución vigente (1971) en su artículo 76, confería hasta el año 2005 que mediante el sistema indirecto de elección de dos tercios de la Asamblea, se propusiera un sólo candidato presidencial para luego ser ratificado o rechazado por referéndum popular. Este tipo de elección que designaba oficialmente al Presidente tras referéndum, se estipuló previamente en las constituciones de 1956 y 1964.

El Presidente electo asumiría el cargo por un período de 6 años con derecho a reelección para otros sucesivos períodos según el artículo 77 (enmienda hecha por Anwar al Sadat) y con amplios poderes para: a) nombrar y destituir a uno o más Vicepresidentes, al Primer Ministro, Ministros, Diputados, Gobernadores, autoridades civiles y militares y a representantes diplomáticos (arts. 139-143); b) proclamar el Estado de Emergencia de ser necesario (art.148); c) y ser el comandante de las Fuerzas Armadas con autoridad para declarar la guerra (art 150).

En el artículo 82 “si por alguna razón temporal existe algún impedimento para que el Presidente de la República continúe en sus funciones, debe delegarse el poder al vice-Presidente” (Constitución de la República Árabe de Egipto, 1971). Tras la muerte de Nasser en 1970 quien tomaría el poder presidencial sería su Vicepresidente, Anwar al Sadat. Lo mismo ocurría tras el asesinato de éste en octubre de 1981, tomando posesión de su cargo el entonces Vicepresidente Hosni Mubarak. Desde entonces el control y la centralización del poder a recaído sobre una sola persona, el Presidente Mubarak, evitando nombrar hasta ahora algún Vicepresidente, sólo a sucesivos Primer Ministro como el actual, Ahmad Nazif que fue nombrado en el año 2004.

En Egipto, las reformas políticas de los últimos años han combinado y tocado diversas dimensiones de lo político y lo social, incluyendo la elección presidencial, legislativa, judicial, partidista, la libertad de expresión, la defensa de derechos humanos y actividades del ámbito de la sociedad civil, caracterizándose cada vez más por la poca participación y el descontento de la sociedad.

Las demandas de reformas de cambio en Egipto están cobrando cada vez más impulso y sobre todo las concernientes al texto constitu-

cional y las disposiciones de elección presidencial. El artículo 77 de la Constitución en el que se dispone un mandato por seis años con opción a reelección para otros términos de gobierno sucesivo, rebajar los poderes presidenciales, permitir la elección directa por lista de múltiple candidatos (reforma realizada al artículo 76 en 2005), además de suprimir la Ley de Estado de Excepción, son algunas de las demandas que hasta hoy siguen siendo debatidas entre las fuerzas de oposición al gobierno.

Así mismo, el tema de la sucesión presidencial ha causado expectativa a nivel nacional luego que en 2004 se especulara sobre el estado de salud de Mubarak. El cambio de gobierno producido ese mismo año, relevando de los cargos a los viejos funcionarios del partido por otro equipo de naturaleza más tecnócrata dio paso al nombramiento de un nuevo primer ministro, Ahmad Nazif, afecto al círculo de Gamal Mubarak.

La candidatura de Hosni Mubarak para un quinto mandato fue anunciada por el secretario del partido de gobierno al tiempo que se hacían públicas unas candidaturas simbólicas de algunos intelectuales y políticos como la escritora Nawal al-Saadawi o el sociólogo Saad al-Din Ibrahim que decidieron presentarse en respuesta a la ambigüedad del Presidente en aceptar otros candidatos, además de participar en una campaña para reformar la Constitución en busca de la pluralidad y la lista multi candidatos en las elecciones del año 2005. La idea de que Gamal, hijo de Hosni Mubarak, heredara el mandato este año, quedó totalmente descartado.

Las iniciativas que se venían proponiendo desde 2003 y a lo largo de 2004 acerca de la reforma constitucional fueron escuchadas y parcialmente tomadas en cuenta en febrero de 2005 como elemento para avanzar en el proceso democratizador con vista a afrontar las próximas citas electorales, cuando el propio Presidente de la república solicita a la Asamblea, una enmienda al artículo 76 de la Constitución relativa a la forma de elección presidencial.

Antes y después de las últimas elecciones presidenciales de septiembre de 2005 y las del Consejo de la Shura en junio de 2007, numerosos movimientos a favor de reformas políticas en el país estuvieron dispuestos a desafiar al régimen y a su monopolio en la escena nacional, provocando una expansión notable de las fuerzas de oposición al régimen que incluyen a estudiantes, intelectuales, abogados, ingenieros, periodistas, incluso jueces y estudiosos religiosos y teólogos de la Universidad Al-Ahzar.



Tabla 1.2. Resultados de las elecciones presidenciales celebradas el 7 de septiembre de 2005

Candidato	% de aprobación	Votos
Hosni Mubarak (Partido Nacional Democrático)	88,6%	6.316.714
Ayman Nour (Al-Ghad)	7,6%	540.405
Noaman Gomaa (Al-Wafd)	2,9%	201.891

Cuadro: Realización Propia.

La participación en estas elecciones fue de aproximadamente el 23% de 32 millones de votantes registrados, es decir un total de 7.059.010 de electores. El total de candidatos fue de diez (10) entre los que se cuentan Osama Shaltut del Partido Solidaridad, Ibrahim Turca del Partido Unión Democrática, Ahmad al-Sabahi del Partido Umma, Rifaat al-Agrudi del Partido de Conciliación Nacional, Mamduh Qinawi del Partido Constitucional, Wahid al-Uqsuri del Partido Socialista Árabe de Egipto y Fawzi Ghaza del Partido Egipto 2000.

Los candidatos de la oposición y organizaciones de la sociedad civil pusieron en tela de juicio la legitimidad de la votación, alegando que se limitaba el acceso de observadores a las urnas además de una amplia lista de problemas con los votantes. Un informe preliminar del Comité Independiente de Supervisión Electoral, organizada por el Centro Ibn Khaldoun de Estudios para el Desarrollo, afirmó en su momento que las autoridades de administración electoral no instalaron los módulos legales necesarios para garantizar la independencia del proceso electoral.

En las elecciones presidenciales de 2005, la Organización Egipcia de Derechos Humanos pidió que el Poder Judicial goce de plena supervisión electoral en las futuras elecciones pautadas para el año 2011, recomendando la creación de una comisión independiente para examinar las reformas constitucionales.

#### **4. AGENDA OPOSITORA Y LEVANTAMIENTO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN**

Desde principios de los años 90 se empezaron a ver iniciativas un tanto efímeras sobre el desarrollo de espacios asociativos en Egipto. Estas iniciativas de corte islamista de izquierda, liberal e incluso laica, han buscado a lo largo de los años un proyecto común que les permita tener mayor espacio en lo político. Sin embargo, las dificultades de articulación de estas propuestas se han visto truncadas por las presiones ejercidas por el régimen.

En noviembre de 2002, se constituyó el Comité en Defensa de la Democracia, integrado por miembros del Wafd, Naseristas, Tagammu, así como del clandestino Partido Comunista y varias organizaciones de derechos humanos. El objetivo fue plantear al Presidente Mubarak un programa político en el que se pedía una reforma a la Constitución, para que las elecciones nacionales fuesen más plurales y abiertas, reducir el monopolio del jefe de Estado y sus funciones a nivel nacional, abogar por los prisioneros políticos, así como, defender el desarrollo de actividades sindicales y asociativas en el país.

Este programa fue firmado finalmente por los líderes de los tres partidos de la oposición que integraban el comité y cerca de 600 personalidades del mundo intelectual y académico egipcio. A partir del año 2003, y más intensamente en el 2004, brotan varias iniciativas que buscan discutir la cuestión de la reforma constitucional como mecanismo para avanzar en el proceso democratizador. El frustrado Frente Nacional para la Reforma Política creado en mayo de 2003, unió a varias fuerzas políticas del país entre ellas el partido Wafd, el Partido de Trabajo, Tagammu y los Naseristas para presentar un programa alternativo al Partido Nacional Democrático y reclamar enmiendas constitucionales para limitar los mandatos presidenciales, limitar el poder que posee el ejecutivo, abolir el Estado de Excepción y permitir elecciones más directas y plurales.

Para ese mismo año 2003, el partido de gobierno reunió en un Diálogo Nacional a prácticamente todos los partidos de la oposición, exceptuando a los islamistas no legalizados. La posición del partido de gobierno en éste diálogo fue el de rechazar categóricamente el tema de la reforma constitucional, considerándolo totalmente innecesario.

El partido Al -Ghad (Partido del Mañana), autorizado en el año 2004, reclamaba además mayor secularismo y refuerzo del papel de la mujer en la sociedad, en un proyecto constitucional presentado antes de su legalización como partido buscaba incentivar la eliminación del sistema de referéndum utilizado para elegir al Presidente. Reclamaba la apertura de participación de mayor número de candidatas para los puestos de Presidente y Vicepresidente y limitar los mandatos presidenciales a 5 años.

Durante todo el año 2004 numerosos movimientos de calle promovidos por varios sectores de la sociedad egipcia coincidieron sobre un mismo objetivo: enfrentar el status quo que mantiene Hosni Mubarak desde 1981. El movimiento Kifaya (Basta Ya) organizó varias manifestaciones exigiendo que el Presidente iniciase una serie de reformas que permitieran en el futuro celebrar elecciones plurales en vez de mantener el poder para la sucesión hereditaria que recaería en su hijo Gamal.

Las organizaciones políticas y sociales rechazaban en pleno un nuevo mandato de Mubarak a partir de las elecciones de 2005, es por ello que en septiembre de 2004 hicieron público un documento firmado, entre otras fuerzas de oposición, por los Hermanos Musulmanes (movimiento ilegalizado), Movimiento Karama y Movimiento 20 de Marzo por el Cambio (en vías de constitución), Partido Comunista Egipcio (partido ilegalizado), Partido Socialista del Trabajo (actualmente suspendido), Partido Al-Ghad (partido legalizado), Programa Árabe de Activistas de Derechos Humanos, Asociación Egipcia por el Derecho al Trabajo, Centro Social Egipcio y Centro de Estudios Políticos por la Justicia. Dicho documento anunciaba la

Determinación de luchar por un rápido cambio de la constitución antes de que finalice el actual mandato del Presidente de la República en octubre de 2004, para que sea éste, el último mandato del Presidente Mubarak. Afirmamos que estas propuestas de cambio deben cumplirse cuanto antes para permitir a las fuerzas de la oposición la oportunidad de participar de veras en las próximas elecciones presidenciales, y para que el pueblo egipcio pueda recuperar el derecho a elegir a sus gobernantes, así como a pedirles cuentas, lo mismo que su derecho a una existencia libre y digna para todos sus ciudadanos, sin paro ni corrupción, sin represión del derecho a la libertad de expresión ni torturas en prisiones o comisarías. (Hisham Mubarak Law Center, 2004)

Las reivindicaciones versaban sobre cambios constitucionales, derogación del estado de emergencia y cambios en los ejercicios de derechos políticos y supervisión judicial en los procesos electorales. Kifaya recogió firmas de figuras públicas en apoyo a estas ideas, paralelamente a las demandas y luchas que realizaba el Partido del Mañana para buscar la liberación de su líder Ayman Nur arrestado en el año 2005.

Desde enero de 2007, el régimen del Presidente Hosni Mubarak, ha desatado una ola de represión contra los partidos de oposición y la sociedad civil. La violencia estatal se ha dirigido principalmente contra la Hermandad Musulmana, el mayor grupo de oposición en el Parlamento (88 escaños), con el encarcelamiento de muchos de sus miembros a nivel nacional, además de la persecución de otros partidos seculares y liberales, como el partido Al-Ghad y el movimiento Kifaya. Los acontecimientos de este año hicieron que el Congreso de los EE.UU. debatiera sobre la futura ayuda a Egipto<sup>1</sup> como palanca para la reforma política y democratizadora en el país, paralelo a la evaluación de las crisis que se han vivido en Medio Oriente.

Entre otros de los reclamos de los últimos años se encuentra la Ley de Emergencia que mantiene sumido a Egipto en un estado de excepción desde hace 40 años, prohibiendo a la mayoría de la oposición manifestarse públicamente, reprimiéndolos con detenciones arbitrarias y torturas sistemáticas. La detención secreta y los juicios no sujetos a derecho a civiles ante tribunales militares han hecho que la oposición política del régimen se vea oprimida en sus derechos de libertad, asociación y reunión.

Una vez Hosni Mubarak se convierte en Presidente y declara el estado de emergencia, la abundante ayuda extranjera para aplicar reformas económicas y políticas en el país no contribuyó mucho a evitar el deterioro sustancial de las condiciones de vida y la falta de una política económica nacional. La consecuencia inmediata de esta situación fue alimentar una insurgencia islamista para la década de los '90. Las autoridades con poder según la Ley de Emergencia para responder ante manifestaciones y revueltas antigubernamentales, encarcelaron a miles

---

1 Sobre la ayuda externa bilateral dada por los Estados Unidos a países del Medio Oriente ver Stephen McInerney (2008) *The president's budget request for fiscal year 2009. Democracy, Governance and Human Rights in the Middle East. The Project on Middle East Democracy.*

de militantes sospechosos sin cargos y reprimieron en gran medida a la disidencia política. Los juicios no se desarrollaban en tribunales civiles sino militares.

Aunque los grupos armados de infraestructura islamistas fueron erradicado en gran parte para el año de 1998, el gobierno continuó afianzándose en leyes y juicios excepcionales que han condujeron a la ejecución de 106 personas en 10 años y entre 16.000 y 50.000 presos políticos, según estimaciones de Ayman Okail, director del Centro Maat, una coalición de 22 organizaciones de derechos humanos y 200 personalidades.

Abolir la pena de muerte en el caso de delitos políticos y de opinión, así como, impedir la transferencia de civiles a los tribunales militares, practica desde 1992, son algunos de los reclamos que se le hace al poder que tiene el Presidente al amparo de ésta Ley. Delitos vinculados con el terrorismo y drogas es el alegato que usa el gobierno para hacer uso del Estado de emergencia. “La tormenta del terrorismo arrecia alrededor de nosotros, y nuestros enemigos están al acecho, dijo a los legisladores el primer ministro Ahmed Nazif. La ley ordinaria no es suficiente para detenerlos” (Morrow y Moussa, 2008).

El problema de la Ley reside en el hecho que faculta al gobierno a poder realizar arrestos de personas sin acusación, enjuiciar a los acusados en tribunales militares en vez de civiles de ser el caso, censurar a los medios de comunicación, prohibir manifestaciones públicas y vigilar a sospechosos por representar un peligro para la nación.

Según reportes de Amnistía Internacional, durante el régimen de Mubarak, cientos de personas han sido recludas en detención sin cargos ni juicio, consumiéndose en las cárceles de Egipto en condiciones inhumanas y degradantes.

En marzo de 2007, el Parlamento egipcio aprobó las enmiendas a 34 artículos de la Constitución en un referéndum nacional celebrado en circunstancias controvertidas. El artículo 179 enmendado es particularmente draconiano y allana el camino para la introducción de nueva legislación antiterrorista. Elimina las salvaguardias legales contra la detención y la reclusión arbitrarias, los registros policiales sin orden judicial, las escuchas telefónicas y la intervención de otras comunicaciones privadas. (Amnistía Internacional, sección española, 2007)

El problema que persiste para la oposición es que el régimen se ha amparado indiscriminadamente en esta ley para arrestar y condenar movimientos opositores como ha sido el caso de los islamistas de los Hermanos Musulmanes. La Constitución prevé en su artículo 148, que la extensión del estado de emergencia debe ser por un período limitado en el tiempo que no debe extenderse a menos que lo apruebe la Asamblea. Se supone que debe regir en situaciones de emergencia como por ejemplo amenaza directa, guerra, desastre natural o invasión externa, sin embargo, la ley ha sido usada según organizaciones de derechos humanos, organizaciones políticas, civiles y no gubernamentales para calmar cualquier revuelta o manifestación política opositora en nombre de la seguridad nacional.

## **5. ENMIENDA DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN**

Se sabe que el sistema electoral condiciona directamente al sistema de partidos y con ello a todo el sistema político de un país. Con Mubarak en el poder, las presiones políticas que empiezan a ejercer las fuerzas de oposición y el contexto internacional, hace que para el 26 de febrero de 2005 el Presidente decide anunciar la enmienda del artículo 76 de la Constitución, el cual contempla las normas de elección del Presidente desde la Constitución de 1971, tan criticadas por movimientos y partidos de oposición.

Desde 1981, los enfrentamientos y críticas tanto a escala nacional como internacional sobre los escasos progresos en Liberalización Política nacional no han parado de cesar. Uno de los recurrentes obstáculos que se menciona al respecto ha sido, el proceso de elección presidencial que hasta 2005 se contemplaba de forma indirecta. Sólo un candidato era nominado por la Asamblea Popular, sujeta ésta al partido del propio Hosni Mubarak, para luego ser aprobado a nivel nacional por un referéndum de un sí o no.

Este tipo de sistema electoral permitió en los últimos cuatro referéndums (1981-1987-1993-1999) la falta de contendientes a Mubarak, recibiendo así un apoyo decisivo, al tiempo que el proceso se veía teñido de ilegitimidad frente a los observadores nacionales e internacionales por no reconocer unas elecciones más plurales y directas que comprendieran la elección a Presidente en más de un candidato.

Las elecciones presidenciales en Egipto del 7 de septiembre del 2005 incluyó por primera vez, múltiples candidatos. La iniciativa del Presidente de enmendar este artículo 76 responde, por un lado a las presiones de la oposición por permitir la elección del jefe de Estado de forma directa y universal, además de responder por otro lado, al proyecto de los EE.UU de reformar al Medio Oriente con iniciativas democratizadoras.

Para el año 2005 las principales candidaturas a la presidencia tras la modificación del artículo 76 de la Constitución de 1971, fueron: Hosni Mubarak por el Partido Democrático Nacional (PND), Nuaman Gomaa por el partido Al-Wafd, Ayman Nour por el partido liberal Al- Ghad de un total de diez (10) candidatos postulados.

El artículo 76 de la Constitución estipulaba que el Presidente debía ser electo de forma directa, pública y secreta ante un referéndum nacional de un si o un no sobre un solo candidato seleccionado por la Asamblea Popular. Según la constitución vigente de 1971 el candidato a la presidencia debía estar apoyado por al menos 250 miembros elegidos de la asamblea popular, el consejo de la Shura y los consejos populares locales todo esto desglosándose en 65 miembros de la asamblea popular, 25 del consejo de la Shura y 10 por cada consejo local de al menos 14 gobernaciones.

Los partidos políticos que hubiesen sido fundados al menos cinco (5) años antes de la fecha de candidatura, operado activa y legalmente por este período de tiempo y que además hubieran obtenido al menos un 5% de miembros electos para la Asamblea Popular y el Consejo de la Shura, podían nominar candidatos a la Presidencia de la República.

Lo que estipula ahora el artículo 76 tras su aprobación popular el 25 de mayo de 2005 (82,86% de aprobación de un 53, 64% de participación nacional), es que representantes de varios partidos políticos e independientes pueden postularse y ser candidatos a la presidencia. Sin embargo, las restricciones a partidos políticos e independientes se mantienen, obligando a reunir los requisitos de apoyo de 250 miembros del Consejo de la Shura, Consejo del pueblo y locales.

Tras 24 años en el poder, Hosni Mubarak anunció la revisión del artículo 76 de la Constitución. La modificación de este artículo permite que candidatos independientes se presenten a las elecciones. Sin embargo,

para poder hacerlo, los candidatos deben obtener el apoyo de 250 miembros de los cuerpos representativos: 65 de los 454 miembros del Parlamento, 25 de los 264 escaños del Consejo Consultivo, así como de 14 de las 26 provincias. A pesar de que esta medida va más allá de las establecidas en 1976 por Sadat, quien abrió el campo político a un *multipartidismo de conveniencia*, el paquete de reformas que la han acompañado neutraliza sus efectos al dificultar las condiciones para la elección de candidatos. (Fernández y Sancha, 2006)

Con la aprobación de esta enmienda del artículo 76 lo que falta es la redacción de una nueva Ley Electoral Presidencial “que garantice el acceso por igual a los medios de comunicación y proporcione supervisión judicial del proceso electoral. El proyecto de ley debe ser discutido por los Comités Legislativos y Constitucionales de ambas cámaras, y ser aprobada a lo largo del mes de junio de 2005” (Azaola, 2005:15). Los líderes de los principales partidos de oposición exigen cambios más allá del legal y el anunciado por el Presidente y la Asamblea en el año 2005.

Enmendar el artículo 77 de la Constitución, el cual estipula el período de duración del cargo presidencial, sigue siendo requisito para democratizar y reformar la política nacional para reducir la duración de los mandatos presidenciales de seis (6) a cuatro (4) años y limitarlos a dos contiguos en aras de evitar regímenes de 28 años como sucede con Mubarak; abolir la ley de estado de excepción y poner fin a las violaciones de las libertades civiles y políticas en nombre de la seguridad nacional y la lucha contra el terrorismo; además de reforzar la supervisión judicial en los procesos electorales.

Dado que el Partido Nacional Democrático y sus simpatizantes controlan la mayor parte de los escaños en los tres órganos públicos, la mayoría de los analistas y fuerzas políticas nacionales consideran casi imposible que puedan existir candidatos de partidos políticos e independientes que cumplan con estos requisitos. La Hermandad Musulmana sigue sin reconocerse bajo la ley electoral actual como partido legal, es por ello que sus candidatos siguen obligados a aparecer como independientes. La supervisión de futuras elecciones estará a cargo de la Comisión Electoral Presidencial compuesta por diez (10) miembros entre ellos jueces activos, ex jueces y figuras públicas, además de cinco (5) miembros elegidos por el parlamento, que en el caso de las legislativas de 2005 estuvo presidido por el Ministro de Interior.



La Comisión será la única autoridad para aprobar las candidaturas, supervisar los procedimientos electorales y dar los resultados finales de los comicios. El problema que persiste según la oposición nacional es que al estar esta supervisión y competencia judicial a cargo de personas afectas al gobierno para pronunciarse sobre cualquier impugnación o problema suscitado, el pluralismo y la transparencia del sistema electoral queda en entre dicho, además de sobreponer ésta comisión por encima de la norma de los tribunales nacionales.

Algunas fuerzas de oposición, como el movimiento de izquierda Kifaya que significa “Basta Ya”, los Hermanos Musulmanes, Al- Wafad y Al- Tagammu´ han reaccionado con recelo ante esta enmienda. Las condiciones que imponen a los independientes y a partidos políticos, y que no aplican para el Partido Nacional Democrático, hacen imposible según estos grupos, las candidaturas ante el Poder Ejecutivo y Legislativo.

Tras la reforma en 2005 del artículo 76 de la Constitución vigente (1971) se han efectuado dos grandes elecciones, las presidenciales en septiembre y las parlamentarias de noviembre/diciembre de ése mismo año. En las primeras se presentaron diez candidatos disputándose la presidencia. Empañadas por una baja participación de sólo el 23% según cifras oficiales, las segundas elecciones celebradas a fines de ese año mostraron limitaciones de las reformas dada la represión policial, la intimidación de los electores y el fraude.

El resultado de las legislativas de ese mismo año fue de 314 escaños para el Partido Nacional Democrático y un gran avance y victoria para los Hermanos Musulmanes al conseguir 88 escaños, el mayor número alcanzado en los últimos 50 años por un grupo opositor. El resto de los partidos opositores obtuvieron 12 escaños y los independientes un 6 %. Esto ha demostrado de alguna manera u otra que el gobierno no ha logrado ganar espacios de popularidad entre la sociedad civil.

Nuevos movimientos de oposición empezaron a surgir como consecuencia de los resultados del referéndum de 2005. El Nuevo Movimiento del Cambio fundado por intelectuales, la Unión Nacional para el Cambio Democrático de orientación nasserista y Periodistas por el Cambio se sumaron a las protestas y a la posición adoptada por partidos contrarios al régimen. Sin embargo, no se hicieron esperar muestras a favor del Presidente. Al-Istmrar movimiento civil que significa “Continuación”

irrumpió en la escena pública nacional apoyando la permanencia de Hosni Mubarak en el poder. En un comunicado, el movimiento apeló a que Mubarak continuara “prestando su candidatura para un período adicional, para preservar la estabilidad que es la base para la prosperidad y el avance, y también para continuar el proceso de libertad, Democracia, y el gobierno de la ley. [Esto debido] a que el momento ha llegado para que todo el mundo escuche la voz de los honorables hijos de Egipto, que comprenden que Mubarak representa la verdadera estabilidad en nuestro país [...]” (Shefa, 2005)

Las próximas elecciones presidenciales a celebrarse en el año 2011 en Egipto mantendrá el marco legal de la reforma del 2005 bajo el cual, el candidato debe ser de un partido activo de por al menos cinco (5) años ininterrumpidos y cuyos algunos miembros hayan obtenido el 5% de los escaños en la Asamblea del Pueblo y el Consejo del Shura.

## **6. REGULACIONES ELECTORALES VERSUS PROBLEMAS CAUSADOS POR EL SISTEMA ELECTORAL**

Uno de los recursos más recurrentes en los años del mandato de Mubarak ha sido el disolver las Asambleas de Pueblo. En las elecciones legislativas de 1984 y 1987 por discriminar a los candidatos independientes, en noviembre de 1990 y 1995, por irregularidades en el sistema electoral y en 2000, por ausencia de una vigilancia judicial en el proceso electoral.

En el período de 1984-2005 Egipto ha tenido tres sistemas electorales claramente diferenciados, tal como lo señala Majed (2005). El primero de ellos presente en las elecciones legislativas de 1984, propone un sistema de lista de representación proporcional a través del cual existen unas listas de partido. El segundo sistema electoral iniciado con las elecciones de 1987 supone una combinación entre la proporcionalidad de las listas de partidos y el sistema de candidatura centralizada a fin de evitar las coaliciones y las alianzas opositoras en una misma lista proporcional de partido.

El tercer modelo presenciado en las elecciones de 1990, 1995 y 2000, denominado sistema electoral de candidatura centralizada estipula que cada persona tiene el derecho de inscribir su candidatura sin restricción alguna. Esto traería a la larga, según fuerzas de oposición, conflictos y

desuniones dentro de los partidos por incentivar las candidaturas independientes de sus miembros, compitiendo así contra el propio partido, además de demostrar que la forma de elección no incrementaba la participación partidista. Este sistema mantendrá la disposición del artículo 87 de la Constitución, en la cual se obliga a reservar la mitad de los escaños en la Asamblea Popular a los campesinos y trabajadores.

Tabla 1.3. Leyes electorales más importantes bajo el gobierno de Mubarak

Ley electoral	Características
Nº 144 (1983)	<p>Sistema electoral de representación proporcional que sustituye al sistema de elección por mayoría absoluta. Aumento de los escaños en la Asamblea Popular. La edad permitida para votar pasa a ser a partir de los 18 años de edad. No se permitirán la lista de coaliciones entre partidos políticos. Se deniega el derecho a candidatos independientes a participar. Se trata de prevenir a candidatos islámicos, nasseristas y marxistas. Cada lista de los 31 distritos debe tener una mujer miembro.</p> <p>Número de asientos elegibles popularmente en la Asamblea: 448.</p>
Nº 188 (1986)	<p>Esta ley combina, el sistema de listas de partidos políticos y el sistema electoral de candidato central para la elección de los representantes en distritos particulares. La lista de los partidos no puede contener candidatos de otras fuerzas políticas. Retención de los aspectos negativos de la ley Nº144 como la condición a los partidos políticos de asegurar el 8% de los escaños en la Asamblea de lo contrario, la fuerza con mayor respaldo asumiría todo el control legislativo. Permite a fuerzas políticas presentarse como independientes. Se abole la cuota de representación de mujeres por distritos. Fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte Constitucional del país. Número de asientos elegibles popularmente en la Asamblea: 448.</p>

continúa...

...continuación

- N° 201 (1990) Número de asientos elegibles popularmente en la Asamblea: 444 y se mantiene la designación de 10 diputados por parte del Presidente. La elección está basada en el sistema de candidato central. Toda persona calificada tenía el derecho de declarar su candidatura sin requerimiento previo. El sistema de candidato central excluye la elección en base a las listas de partidos ya que cada una de las fuerzas políticas pierde representatividad, y las candidaturas pasan a ser independientes. Esto ocasionaría rupturas entre los miembros de un mismo partido político que decidieran competir en las elecciones por su propia cuenta sin respaldo de éste último. Se mantuvo la estipulación de permitir la mitad de los escaños de la Asamblea Popular a los campesinos y trabajadores, entendidos estos según el art. 87 de la constitución como agricultores, residentes en el interior del país; personas que realizan un trabajo manual o no manual en agricultura, industria o sector servicio.
- N° 173 (2005) Modifica algunas disposiciones de la Ley no.73 de 1956. Se crea una Comisión Superior de Elecciones, bajo la presidencia del Ministro de Justicia, tres miembros del poder judicial, seis personajes públicos no afiliados a partidos políticos y tres antiguos miembros de la Judicatura, elegidos por la Asamblea. Esta Comisión deberá: fijar normas para la elaboración de listas electorales; indicar las normas de determinación de circunscripciones electorales; desarrollar las normas generales para la regulación de las campañas electorales; contribuir a la sensibilización y la orientación esfuerzos relativos a las elecciones; supervisar el cumplimiento de los códigos de ética en relación a las elecciones; declarar el resultado general de las elecciones y referendos; y dictar proyectos de ley relacionados con las elecciones.
- N° 174 (2005) Modifica algunas disposiciones de la Ley N ° 38 de 1972. Regula la elección presidencial. Estipula que el Presidente debe ser electo de forma directa, pública y secreta. La nueva ley regula todo el proceso de elección presidencial en términos de garantías de las candidaturas, las autoridades de la comisión encargada de la elección, la campaña electoral, el techo de los gastos y la forma de votación, hasta la declaración de los

continúa...

...continuación

resultados.

Nº 177 (2005) Modifica algunas disposiciones de la Ley N° 40/1977. Aborda la creación y el funcionamiento de los partidos políticos de la siguiente manera: El nombre del nuevo partido no debe ser idéntico o similar a la de un partido ya autorizado. La parte de los principios, los objetivos, las plataformas, las políticas o las modalidades de ejercicio de sus actividades no pueden contradecir la Constitución o las exigencias de mantener la unidad nacional, la paz social y el sistema democrático. La plataforma política constituirá una adición a la vida política de acuerdo con métodos específicos y metas. La ley estipula además que el Estado deberá proporcionar a los partidos políticos un apoyo financiero anual, cuyos créditos se incluirán en el presupuesto del Consejo de la Shura.

Cuadro: realización propia.

Mubarak ha mantenido políticas autoritarias por el temor a dar más espacios a la sociedad civil y a los partidos de oposición, reforzando en vez de reformar, el sistema de elección presidencial al colocar su candidatura a la reelección de la Presidencia cada seis años, siendo plebiscitada cuatro veces: el 5 de octubre de 1987, el 4 de octubre de 1993, el 27 de septiembre de 1999 y el 7 de Septiembre de 2005, con amplio respaldo y cada vez menos participación popular. En las legislativas ha ocurrido otro tanto: el 27 de mayo de 1984, 6 de abril de 1987, 29 de noviembre de 1990, 29 de noviembre de 1995, 18 y 29 de octubre de 2000 y junio de 2005 se ha impuesto la hegemonía aplastante del partido de gobierno.

Poco difiere de la actuación de un partido único, de tal manera se encuentra imbricado en el aparato del Estado. Si en las primeras y en las segundas legislativas de la etapa presidencial de Mubarak se contó con una importante –aunque minoritaria- oposición, encarnada por la alianza entre uno de los nuevos partidos (primero el Neo-Wafd y más tarde el PST) y los Hermanos Musulmanes, a partir de 1990 vemos convertida esa oposición en irrelevante y puramente testimonial, aumentando el descrédito del sistema entre la población que lo demuestra a través de un descenso en la participación política que, según los observadores, no llega al tercio del electorado. (López García, 2008:32)

Dentro de los problemas causados por el sistema y las leyes electorales encontramos, en primer lugar, que la falta de comprensión de las listas de votación y del sistema electoral, las altas tasas de analfabetismo, falta de credibilidad en los resultados electorales y en las instituciones, además de la preocupación de la sociedad por mejorar su situación económica personal por sobre las condiciones políticas, han hecho que hasta ahora los comicios, tanto legislativos como presidenciales, se vean respaldados con una participación no mayor del 25% de las personas con edad de votar y legalmente registrados (ver anexo N° 4).

Tabla 1.4: Nivel de participación en los comicios legislativos 1984-2005

Años	Registro de Electores	Participación	Participación %
1984	12.619.919	5.323.086	43%
1987	14.324.162	7.227.467	50,4%
1990	16.273.616	7.314.893	45,9%
1995	20.987.000	10.480.000	50%
2000	24.602.241	6.050.560	25%
2005	31.826.000	8.274.760*	26%

\*Valor aproximado.

Cuadro: realización propia.

Fuente: Amre Hasehm Rabi (2005). Electoral Systems and Parliamentary Elections in Egypt. En Building Democracy in Egypt. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)

Las últimas elecciones locales del 16 de abril de 2008 contaron entre un 20% y 25%, según estimaciones oficiales y extra oficiales, de sólo un 10% de participación a nivel nacional, resultando ganador el partido de gobierno con un 92%.

Como segundo problema, la intimidación y violencia han teñido las elecciones presidenciales, legislativas y municipales desde los comienzos del gobierno de Mubarak, en mayor o menor medida, por intimidación tanto para el electorado como para las fuerzas opositoras al régimen.

Las elecciones de la Asamblea Popular de 1995 estuvieron marcadas por grandes actos de violencia que dejaron un saldo de 51 muertos y poco más de 800 heridos. Con el paso del tiempo, las protestas de oposición se han debido al encarcelamiento, por un lado, de 25 líderes de la Hermandad Musulmana en el año 2000 acusados de pertenecer a un grupo prohibido y de difundir su ideología. Ante los arrestos de candidatos de la oposición y las acusaciones de fraude, varios partidos de la oposición han practicado boicots y denuncias de los abusos por parte del régimen en la mayoría de los últimos comicios tanto nacionales como distritales.

Las últimas elecciones parlamentarias celebradas en Egipto (noviembre-diciembre 2005), y las presidenciales de septiembre de ese año, sin contar las elecciones al Consejo de la Shura en 2007, estuvieron ensombrecidas por la violencia y la intimidación por parte de los agentes policiales del Estado, luego que candidatos islamistas obtuvieran grandes ganancias en las previas dos rondas electorales de Asamblea.

A pesar de ser una organización declarada ilegal, los Hermanos Musulmanes se presentaron en 2005 como independientes obteniendo ronda tras ronda un significativo número de escaños comparado con elecciones anteriores. La primera ronda electoral anunció un gran éxito para el movimiento, superior al previsto por las instancias gubernamentales, lo que trajo como consecuencia en las dos rondas posteriores, detenciones masivas de las fuerzas de seguridad que ocasionó 11 muertos y numerosos heridos. Al final de todo el proceso electoral habían sido detenidos en torno a 1.300 militantes y seguidores del partido islamista.

El éxito electoral de la Hermandad con 88 escaños no refleja quizás su verdadera popularidad, pero sí el refuerzo de su posición por asumir una participación política activa al igual que otras fuerzas independientes.

En varias poblaciones se airearon noticias sobre posibles enfrentamientos entre partidarios de oposición al gobierno con la policía. Locales de votación cerrados e intimidación a los votantes fueron algunas de las acusaciones realizadas por corresponsales internacionales y organismos internacionales pro derechos humanos.

A dos días de la fase final de las elecciones parlamentarias egipcias, que concluyen hoy [ fecha 01 de diciembre de 2005], la policía detuvo entre el lunes y el martes a 1.610 miembros de los Hermanos Musulmanes,

la organización Islamista más importante del país. Según denunció su portavoz, Mohamed Osama, la mayoría de las detenciones se produjeron en las provincias que acudirán hoy a las urnas, con el fin de alterar la campaña electoral e impedir un triunfo Islamista. Entre estas provincias destaca, según Osama, Dajlia, donde fueron arrestados los 71 líderes de la organización. (El País de España, 2005)

Amnistía Internacional criticó al gobierno durante la última ronda en diciembre de 2005, “por no garantizar que los ciudadanos pueden votar sin violencia, detenciones arbitrarias e intimidación. Desde que se inició el proceso electoral a principios de noviembre han sido detenidos cientos de presuntos simpatizantes de la Hermandad Musulmana, la organización de la oposición más importante de hecho. Aunque oficialmente está prohibida, se sabe que muchos candidatos que se presentan como independientes apoyan a la Hermandad y las zonas en las que se sabe que ésta cuenta con un fuerte apoyo popular han sido escenario de detenciones masivas, incluidas las de varios candidatos de la Hermandad”. (Afrol news, 2005)

El monitoreo organizado de elección por grupos de la sociedad civil informaron violaciones numerosas, sobre todo en la segunda y tercera ronda. Organizaciones de derechos humanos se quejaron de que se estaban presentando hechos de violencia organizada por parte del Partido Nacional Democrático para disuadir a los votantes además de irrespetar la ley al cerrar muchos colegios electorales sin aviso. Reporteros sin Fronteras expresó su alarma por los ataques perpetrados por las fuerzas de seguridad a periodistas que cubrían las elecciones.

En cuanto a los compromisos electorales tanto del gobierno como de la sociedad, hay que contar que la responsabilidad de la falta de participación electoral no sólo recae en el Estado por las leyes y reformas realizadas en el ámbito electoral, sino también, en la falta de motivación y participación de la sociedad. Según Amre Hashem Rabi (2005), a partir del año 1987 el incremento en el número de candidaturas se debió a la emergencia de nuevos partidos políticos en el país, paralelo al problema de la indiferencia del electorado que influyó de manera negativa en el respaldo que buscaban dichos actores de oposición frente al régimen.

La reforma del sistema electoral llevada a cabo en 2005 había dado esperanzas de una mayor transparencia en los comicios futuros y con



ello un compromiso con la pluralidad política en la composición de la Asamblea del Pueblo a través de la modificación del artículo 76 de la constitución para permitir la elección del Presidente de la república de forma directa, libre y multi-candidato presidencial, la cual abrigaba la profundización de un régimen democrático.

Finalmente, dentro de los problemas causados por el sistema electoral se encuentra la supervisión, ya que, dentro del poder judicial existen dos figuras importantes de vigilancia de los procesos electorales, siendo éstos legalmente órganos independientes del resto de los poderes públicos, cuya máxima autoridad se encuentra en la Corte Suprema Constitucional. Su poder ha llevado bajo el periodo de gobierno de Hosni Mubarak ha declarar inconstitucionales todas las Asambleas de Pueblo celebradas entre 1985 y 2000.

Las elecciones de 1985 y 1987 fueron declaradas inconstitucionales por discriminar en el sistema electoral a los candidatos independientes y las de 1990 y 1995 por procedimientos de ley como la supervisión judicial de los comicios. Las legislativas de estos dos años estuvieron marcadas por boicots de parte de la oposición dado que el gobierno se negaba a permitir una supervisión judicial en el proceso electoral. Esto hizo que el Alto Tribunal Constitucional para el año 2000 declarara que la supervisión judicial de los comicios generales debía respetarse según la Ley electoral N° 73 y declarar inconstitucional las Asambleas previamente electas.

Tras las legislativas del año 2000, la enmienda realizada a la ley electoral por violación de la supervisión judicial, creó comités de supervisión judicial a cargo de empleados del Estado para vigilar la votación y las urnas en las mesas electorales. Para algunos observadores y fuerzas de oposición esta reforma no pone fin a la manipulación del proceso electoral ya que sigue estando viciado por irregularidades cometidas por funcionarios afectos al régimen.

El dictamen del Tribunal Constitucional, resolvió decretar, en primer lugar, que la supervisión judicial de las elecciones se limitara al sitio de votación y las mesas electorales sin que exista intimidación al electorado y, en segundo lugar, la reducción de mesas electorales debido al insuficiente número de jueces para supervisar los comicios.

Las elecciones presidenciales de 2005 estuvieron, sin embargo, marcadas por una alta supervisión judicial a cargo de la Comisión para

las Elecciones Presidenciales compuesta por 10 miembros, presidida por el Ministro de Interior. Algunos partidos de oposición anunciaron que no presentarían candidatos dado que el Parlamento, la Asamblea, los Consejos y la propia Comisión para las elecciones estaban en manos de funcionarios del propio partido de gobierno. “Además de los principales partidos de la oposición, se sumaron al boicot los jueces, que anunciaron que no supervisarían las elecciones presidenciales y legislativas hasta que no fueran aprobadas nuevas leyes que garantizaran la independencia del cuerpo judicial” (Azaola 2008:168)

El 27 de abril de 2006, medios de comunicación advirtieron que la policía egipcia había atacado a varios manifestantes que estaban respaldando a dos jueces reformistas, estableciendo un campamento en el exterior de un tribunal en El Cairo. Mahmud Mekki y Hisham al Bastawisi, jueces miembros del Tribunal de Casación, comparecieron ante un comité para hacer frente a las críticas hechas al gobierno. La “rebelión de los jueces” como ha sido llamada, se debía a las acusaciones realizadas por algunos jueces al sistema judicial y la manipulación de las elecciones legislativas del 2005. Las denuncias versaban sobre el bloqueo de colegios electorales, la negativa de supervisar las elecciones tal como lo estipula la ley y la existencia de abusos y fraude en el recuento de votos.

La independencia judicial para la supervisión electoral no existe según alegan algunos jueces “reformistas”. Lo que busca el gobierno es evitar el derecho al ciudadano de tener un poder judicial independiente, elecciones libres, pluralismo y democracia. Al Bastawisi, uno de los jueces arrestados señaló que “el panel disciplinario, formado por siete jueces, que estaba examinando su caso era “claramente inconstitucional,” ya que no se les había permitido disponer de un abogado. Ambos jueces han advertido que la decisión de enviarles al comité disciplinario supone el principio de una campaña del gobierno para deshacerse de los jueces reformistas”. (Revista Amanecer, 2007)

Las presiones internacionales sobre un proceso de democratización en los países árabes se tradujeron en un cambio de discurso del poder político egipcio. El tema de la Democracia en el país había sido discutido desde las bases de la oposición política y no desde el partido de gobierno, el Partido Nacional Democrático (PND). Es así como en el VIII Congreso del Partido Nacional Democrático en 2002, se patrocinó

la idea de renovar y democratizar las estructuras del partido de gobierno y con ello tratar de hacer más amplias las candidaturas internas y un reacomodo de la dirección del partido a manos de Gamal Mubarak, hijo del Presidente Hosni Mubarak.

Luego de los atentados terroristas del 11 de Septiembre de 2001, la posición de Egipto fue por un lado, no participar ni apoyar militarmente las alianzas estratégicas en las futuras guerras contra el terrorismo, al tiempo que condenaba los atentados al World Trade Center, y por el otro lado aprovechar en materia interna fortalecer la legitimidad de políticas de lucha contra la oposición, en este caso islamista armada o radical, a través del reforzamiento de leyes como el estado de emergencia. “En términos de política interior, uno podría concluir que el 11 de septiembre de 2001 y la retórica del terrorismo como un nuevo flagelo mundial ha proporcionado al gobierno egipcio otra excusa para limitar las libertades políticas y mantener la ley de emergencia de Egipto (Ley N ° 162 de 1958), que ha estado en vigor desde el asesinato de Anwar Sadat en 1981”. (Shehata 2008, traducción propia).

La sociedad egipcia luego de los ataques del 2001 contra EE.UU, incrementó su actividad a través de protestas políticas descalificando al gobierno a comienzos de 2002 por su relación con Israel y sus políticas bilaterales con los EE.UU. Hacia lo interno, el gobierno de Mubarak tuvo que emprender una serie de medidas que se verían a partir de 2003- 2005 para generar confianza a sus aliados internacionales, presentando a un régimen comprometido con las políticas de modernización y democratización occidentalizadas del Estado.

## **CONCLUSIONES**

El sistema de elección ha cambiado tres veces en los 29 años que lleva en el poder Hosni Mubarak, sin que hasta ahora se demuestre que existe una política de liberalización política en las nuevas leyes electorales y en el país. Los resultados legislativos de 2005 expusieron a una oposición débil frente al partido de gobierno y que hasta ahora la única fuerza opositora al gobierno lo constituye la Hermandad Musulmana, movimiento no legalizado de corte confesional/ religioso.

En cuanto a la reforma política para la elección de candidato presidencial, parece más bien improbable que ésta enmienda y las realizadas

en el año 2007 conlleven igualmente a la liberalización política del sistema de gobierno. El contenido autoritario sólo está creando una brecha más acentuada entre el régimen y la oposición y con ello un refuerzo del poder gubernamental frente a la sociedad.

El actual poderoso aparato gubernamental del Partido Nacional Democrático (PND) que ha gobernado el país desde hace 29 años, tiene intenciones de perpetuarse en el poder, pretendiendo transmitir hereditariamente la presidencia al hijo de Hosni Mubarak, Gamal Mubarak. La duda que se muestra es cómo hacerlo cuando la idea de sucesión es rechazada por grandes sectores sociales del país.

Gamal Mubarak, tal como se ha mencionado en reiteradas oportunidades pareciera ser una figura muy respetable dentro del propio partido, debido a la experiencia adquirida al frente del Partido Nacional Democrático en la vida política durante los últimos 10 años. Esto ha permitido que el partido gobernante haya jugado sus cartas políticas durante estos años para manipular los medios de comunicación, fomentar el debate sobre cuestiones religiosas y políticas como el uso del nikab o la emisión de fatwas religiosa y el sometimiento a las leyes de emergencia, que han impedido exigir los mínimos derechos ciudadanos.

Todos estos problemas que indican que Egipto está lejos de vivir en Democracia ha hecho que iniciativas en las páginas de diarios independientes y opositores, se promulguen ideas y proyectos destinados a llevar a cabo una transición hacia una situación más democrática y aceptable para la población. Las voces alternativas para las elecciones presidenciales de 2011 parecieran dirigirse a el secretario general de la Liga Árabe, Amr Musa y el periodista y politólogo Mohamed Hasanein Heikal, los cuales con iniciativas futuras están buscando el apoyo electoral para cambiar las bases autocráticas del sistema político actual egipcio hacia la formación de un sistema democrático.

Los Hermanos Musulmanes siguen amenazando al régimen y a los grupos opositores seculares, más aún a razón de las legislativas del 2005 en el que pudieron alcanzar varios curules en la Asamblea Popular. Sin embargo, la idea de eliminarlos por fuerza no es la mejor forma de debilitarlos, ya que siempre podrán hallar la forma de reorganizar sus filas internas como ha ocurrido en el pasado. Para la formación del Egipto moderno, será necesario tratar con la hermandad, permitiéndoles participar

en el debate con el resto de fuerzas política y demostrar que su discurso arcaico es inadecuado para las necesidades del Egipto futuro.

La posibilidad del derecho de ser potencialmente elegido para cargos públicos en todos los años de gobierno de Mubarak, demuestra que, pese a la posible liberalización iniciada en 2005, no existe el pleno derecho de sufragio activo y un sistema de partidos real que permita un desenvolvimiento democrático del sistema electoral. El problema de no garantizar elecciones abiertas y transparentes, la libre asociación partidista, promover la inserción de minorías étnicas y religiosas, imparcialidad judicial, observación internacional, han hecho que el clima electoral y las reformas y enmiendas constitucionales respondan más a una democracia de papel más que a un hecho contundente y palpable para la población egipcia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AFROL NEWS. Preocupación ante detenciones masivas y violencia en Egipto. Sección Política-Derechos Humanos. Noviembre 2005. En: <http://www.afrol.com/es/.articles/17474>. Fecha de Consulta: Enero 2009.

AMNISTIA INTERNACIONAL. Egipto: Abusos sistemáticos en nombre de la Seguridad. Actúa. Amnistía Internacional sección española. Abril 2007. En: <http://www.es.amnesty.org/actua/acciones/egipto-abusos-sistematicos-en-nombre-de-la-seguridad/>. Fecha de Consulta: Abril 2009.

AZAOLA PIAZZA, Bárbara. Egipto ante la sucesión de Mubarak: oposición política y emergencia de nuevos actores. Primer Congreso del Foro de Investigadores del Mundo árabe y Musulmán. 2005. En: <http://www.fimam.org/Barbara%20Azaola.pdf>. Fecha de Consulta: Abril 2009.

AZAOLA PIAZZA, B. (2008) Historia del Egipto Contemporáneo. España, Editorial Los libros de la Catarata.

Constitución de la República Árabe de Egipto. Septiembre 1971. En: [http://constitution.sis.gov.eg/en/2.htm&prev=/translate\\_s%3Fh1%3Des%26q%3DConstituci%25C3%25B3n%2Bde%2BEgipto%2B1971%26tq%3DConstitution%2Bof%2BEgypt%2B1971%26sl%3Des%26](http://constitution.sis.gov.eg/en/2.htm&prev=/translate_s%3Fh1%3Des%26q%3DConstituci%25C3%25B3n%2Bde%2BEgipto%2B1971%26tq%3DConstitution%2Bof%2BEgypt%2B1971%26sl%3Des%26)

- tl%3Den&usg=ALkJrhgBqGCuFCgtT3rpfPjwhr7HDj2OvQ. Fecha de Consulta: Octubre 2008.
- EL PAIS DE ESPAÑA. Egipto detiene a 1.610 islamistas en vísperas del final de las elecciones. El país de España versión digital. Diciembre 2005. En: [http://www.elpais.com/articulo/internacional/Egipto/detiene/610/islamistas/visperas/final/elecciones/elpepiint/20051201elpepiint\\_9/Tes/](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Egipto/detiene/610/islamistas/visperas/final/elecciones/elpepiint/20051201elpepiint_9/Tes/). Fecha de Consulta: Abril 2009
- FERNÁNDEZ, Haizam y SANCHA, Natalia. Oriente Medio (2005-2006): Transformación y continuismo en una región convulsa . Documentos de Trabajo del Instituto Real Elcano 2006. N° 12. En: <http://www.realinstitutoelcano.org/documentos/249.asp>. Fecha de Consulta: Octubre 2008.
- FREEDOM HOUSE: <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=1>
- HISHAM MUBARAK LAW CENTER. Organizaciones políticas y sociales egipcias rechazan un nuevo mandato de Mubarak. Tomado en CSCAweb. 08 de Octubre de 2004. En: [http://www.nodo50.org/csa/agenda2004/misc/egipto\\_8-10-04.html](http://www.nodo50.org/csa/agenda2004/misc/egipto_8-10-04.html). Fecha de Consulta: Marzo 2009.
- LIJPHART, A. (2008) Modelos de Democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países. Barcelona, España. Editorial Ariel. Ciencia Política.
- LIPSET, S. M. (1996) Repensando los requisitos sociales de la Democracia. Agora N°: 5 P. 29-65. [Nota: Este texto apareció originalmente en American Sociological Review, vol. LIX, febrero de 1994, págs. 1-22].
- LÓPEZ GARCÍA, B. (2008) Constitucionalismo y participación política en los Estados del Norte de África: Una visión histórica. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos* - REIM - N° 6. P. 5-51
- MARTÍN MUÑOZ, Gema. Las elecciones legislativas del 27 de mayo de 1984 y la apertura democrática egipcia Reis: *Revista española de investigaciones sociológicas*, n° 35. 1986, p. 149-178. En: [http://www.materialesdehistoria.org/1609\\_2009/especialistas\\_m\\_n.htm](http://www.materialesdehistoria.org/1609_2009/especialistas_m_n.htm). Fecha de Consulta: Septiembre de 2008.

- MORROW, Adam y MOUSSA, Khaled. Derechos Humanos en Egipto: dos años más para la represión de siempre. WebIslam.com. Junio 2008. En: <http://www.webislam.com/pdf/pdf.asp?idn=12415>. Fecha de Consulta: Enero 2009.
- REVISTA AMANECER. Rebelión de los Jueces. *Revista Amanecer*. 27 de Abril 2006. En: <http://www.revistaamanecer.com/spanish/ViewArticle.asp?ArticleID=709&CategoryID=2>. Fecha de Consulta: Marzo 2008.
- SHEFA, A. Hacia las elecciones presidenciales del 7 de septiembre en Egipto: El debate público por el cambio en el sistema electoral. The Middle East Media, Research Institute- MEMRI. N°137. Septiembre 2005. En: [http://www.almendron.com/politica/pdf/2005/int/int\\_1310.pdf](http://www.almendron.com/politica/pdf/2005/int/int_1310.pdf). Fecha de Consulta: Enero 2009.
- SHEHATA, Dina. The international Dimensions of Authoritarian Rule. The Case of Egypt. Role of the international actors in promotion of political change in the Arab world. Case of Studies Syria and Egypt. Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Boston Marriott Copley Place, Sheraton Boston & Hynes Convention Center, Boston, Massachusetts Online. Sept 2008. En: [http://www.allacademic.com/meta/p66406\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p66406_index.html). Fecha de Consulta: Septiembre 2008.

# El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y la jueza venezolana y la Ética en la interpretación jurídica

Emilio J. Urbina Mendoza\*

## RESUMEN

En 2009 se aprobó, tras ocho años de discusión y paralización por la Asamblea Nacional, El Código de Ética del Juez venezolano y Jueza venezolana. Este instrumento deontológico incluye y redistribuye las principales temáticas de la deontología judicial previstas en Venezuela en diferentes instrumentos normativos como la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Carrera Judicial y la extinta Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, ésta última figura, una de las instituciones creadas en la derogada Constitución de 1961.

## PALABRAS CLAVE

Interpretación, Deontología, Código de Ética Judicial, Ética

## ABSTRACT

In 2009 was passed after eight years of discussion and paralysis by the National Assembly, Code of Ethics of Venezuelan Judge Venezuela Judge. This instrument includes ethics, and redistributes the main themes of judicial ethics in Venezuela under different policy instruments such as the repealed Act on the Judiciary, the Judicial Career Law and the former Basic Law of the Judicial Council, the latter figure, a of the institutions created in the repealed 1961 Constitution.

## KEY WORDS

Interpretation, Judicial Ethics, Code of Judicial Ethics, Ethics

## I. ¿UNA DEONTOLOGÍA JUDICIAL O LA JUDICATURA PARA UNA DEONTOLOGÍA?

En la historia que configura la llamada “deontología judicial”, parte integrante de la disciplina deontológica general afectada por el Derecho, existen dilemas que configuran retos epistemológicos para los arquitectos

---

\* Profesor de Seminario en Teoría del Derecho y Deontología jurídica de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas-Venezuela). Profesor de postgrado de la Universidad Central de Venezuela.



y teóricos del sistema. Entre los aprietos que sobresalen, se precisa si es una construcción o una mera adaptación conceptual. Por un extremo, se habla de la deontología judicial, como una serie de preceptos éticos-normativos proyectados sobre la actividad de resolución judicial de conflictos. En el otro lado, se sostiene la necesidad de una deontología para una ideología judicial en su contexto. Ante esta disyunción ¿quién tiene la razonabilidad?. Un cuestionamiento que trataremos de resolver en este artículo, no tanto desde la composición dogmática del análisis normativo, sino, desde el cotejo de los dispositivos deontológicos hechos ley de la república y la teoría de la interpretación jurídica contemporánea.

En la época de la historia española conocida como el “franquismo”, se edifica una magistratura judicial que rompe con la justicia social paritaria, en el decir de Montoya Melgar<sup>1</sup>. Esta magistratura implicaba la concreción de órganos servidos por jueces profesionales con escalafón propio, diferenciado de la experiencia anterior de jurados mixtos, jueces populares y toda una suerte de imbricación de otros órganos estatales con la función judicial. La nueva categoría de órganos estatales judiciales obligó al establecimiento de unas reglas deontológicas especiales que poco a poco desembocaron en los referentes deontológicos de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España<sup>2</sup>.

Coetáneamente esta magistratura profesional, como grupo jurídico identificable, facilitó una práctica judicial que amalgamó las formas de actuación de abogados y fiscales en el foro. Así, la paradoja de un cuerpo forense construido por los jueces y sus prácticas levantó polvo acerca de si era posible hablar de una deontología hecha a la medida de una judicatura histórica y políticamente militante. Es por ello que antes de evaluar un código de comportamiento ético judicial, necesitamos de entender las vicisitudes de ese poder judicial para dar cabida a una de las aristas del dilema acá tratado. En el caso venezolano, sabemos muy bien de los antecedentes ocurridos por la judicatura nacional a raíz de los procesos constitucionales de 1999, donde, inclusive, se gestó un órgano

---

1 MONTROYA MELGAR, Alfredo. “El proceso laboral y sus reformas en España”. En: *Revista Derecho del Trabajo*. Barquisimeto (Venezuela), Fundación Universitas, n° 3, 2007, pp. 431-453.

2 Véase GONZÁLEZ GRANDA, P. *Independencia del juez y control de su actividad*. Valencia, Tirant lo blanch, 1993, pp. 14-100.

supremo de control absoluto para la reestructuración del entonces “poder judicial de la cuarta república”<sup>3</sup>.

## II. LA ÉTICA Y LA VIDA JURÍDICA: ¿HIPOCRESÍA O MUTISMO?

Dejando de lado las politizaciones y demás unificación ideológica del poder judicial venezolano tras el cambio político de 1999, apoyándonos tras el consejo de Gracián y dejando en claro la osadía que puede conllevar escribir unas líneas en cualquier arte o ciencia<sup>4</sup>; nos asiste en esta oportunidad explanar algunas reflexiones suscitadas tras la aprobación del *Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana*. Texto de rango legal dentro del ordenamiento jurídico venezolano<sup>5</sup>. Si bien el citado código abarca materias más allá de la clásica deontología judicial, desde los celebérrimos principios de la imparcialidad e independencia, pasando por aspectos como el uso adecuado del idioma castellano<sup>6</sup>, hasta

3 La Asamblea Nacional Constituyente de 1999, emite una suerte de Actos Constituyentes que modificarán la estructura e identidad del poder judicial venezolano. Estos actos son: 1. *Decreto mediante el cual se reorganiza el Poder Judicial*. G.O. n° 36.772 del 25/08/1999, reimpresso posteriormente en la G.O. n° 36.782 del 08/09/1999. 2. *Decreto mediante el cual se adoptan las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial y del Sistema Penitenciario*. G.O. n° 36.805 del 11/10/1999. 3. *Decreto mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto de Medidas Cautelares Urgentes de Protección del Sistema Judicial*. G.O. n° 36.825 del 09/11/1999.

4 GRACIÁN, Baltasar. *El arte de la prudencia y Oráculo manual*. (Edición de José Ignacio Díez Fernández). Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 93, n° 158.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 39.236 del 6 de agosto de 2009. El texto consta de un total de 90 artículos, 3 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final, aglutina todos los dispositivos de deontología judicial que se encontraban dispersos en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (G.O. n° 36.534 del 08/08/1998), la Ley de Carrera Judicial (G.O.E. n° 5.262 del 11/09/1998) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (G.O.E. n° 5.262 del 11/09/1998).

6 Artículo 21 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, en adelante, CEJV. Esta positivización, proviene de un fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela del 30 de enero de 2002 (Sentencia n°137), donde, además de expresar duras críticas contra la abogado accionante del recurso de amparo por utilización impropia del castellano (48 errores ortográficos en dos folios), sugirió:

“(…) A pesar de que esta Sala no posee potestad, en esta oportunidad, para sancionar o descalificar a un profesional cuyo título fue otorgado por

culminar en los delicados mecanismos del régimen disciplinario judicial y los procedimientos para su aplicación<sup>7</sup>.

El nuevo Código deontológico judicial venezolano, que pudiéramos catalogar como un *código promocional* en la clasificación de Aparisi<sup>8</sup>, no se aparta del fin para el cual fue configurado desde su introducción al parlamento nacional venezolano en 2001<sup>9</sup>: la concreción de un nuevo sistema de justicia, valga decir, el *juez popular bolivariano, antiformalista, funcional y socialista*<sup>10</sup>.

---

una Universidad legalmente establecida, al menos, en defensa del Sistema de Justicia venezolano, llama la atención al Sistema de Justicia en plano sobre las actuaciones de la abogada (...) y de la misma manera y con mayor énfasis llama la atención a la Universidad y a los profesores que graduaron a esta ciudadana para que en un futuro consideren la responsabilidad en que incurren al otorgar títulos sin consideración de un aspecto esencial como es la expresión de un abogado, tanto en forma verbal como escrita (...)"

7 Capítulos V y VI del Código.

8 APARISI MIRALLES, Ángeles. *Ética y deontología para juristas*. Pamplona, EUNSA, 2006, p. 184.

9 En 2001, el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela presentó un proyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolana que fue recepcionado por la Asamblea Nacional bajo el expediente número 106, cuenta de entrada 1900-01-01 00:00:00. La primera discusión del texto fue realizada el 19/07/2001, aprobándose en primera discusión esa misma fecha. La segunda discusión se efectuó el 19 de junio de 2003, aprobándose algunas modificaciones en el informe aprobatorio definitivo el 23 de septiembre de 2003. Se sancionó definitivamente el día 16 de octubre de 2003, lográndose publicar en Gaceta Oficial en 2009. Prácticamente transcurrieron seis (06) años desde su aprobación definitiva y su publicación. Este retardo puede establecer cierta secundariedad de este importantísimo instrumento deontológico.

10 El 26 de enero de 2006, el magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Cabrera Romero, fue enfático en su discurso de apertura del año judicial venezolano 2006, al catalogar la justicia nacional como un instrumento para que "(...) el pueblo ávido de un cambio social de justicia lo *solicitó y fue complacido con la implementación de una legislación acorde con su clamor*, en el cual el Estado garantizará el estado de derecho, la equidad y un excelente desarrollo social (...)" (Cursivas nuestras). Posteriormente, durante la apertura del año judicial venezolano 2007 (26/01/2007), el orador de orden en esa oportunidad fue el entonces Presidente del TSJ, Magistrado Omar Mora Díaz. En su discurso logró colar la subordinación del Poder Judicial venezolano a los designios del actual Presidente de la República, al aceptar un llamado que hiciera el propio Hugo Chávez Frías a todos los órganos del Estado, acerca del ejemplo revolucionario. En la apertura del año judicial venezolano de 2008 (28/01/2008), la actual Presidente del TSJ señaló la importancia del rumbo

El proyecto socialista de justicia venezolana<sup>11</sup>, propugnado desde la Presidencia de la República, logró concretar este año un instrumento deontológico para mantener a los jueces dentro de la disciplina popular, como bien establece la recién publicada Ley del Sistema de Justicia<sup>12</sup>. La aparición de ambos dispositivos de corte ético-judicial, nos coloca necesariamente sobre el viejo dilema para los que ejercemos la profesión día a día: *honestidad* con su erradicación de la violencia y la arbitrariedad<sup>13</sup>Vs. *parcialización judicial* al mayor postor.

Quizá la respuesta a lo anterior sea evidente. Ningún operador, miembro o usuario del sistema de justicia se inclinaría por blasonar la parcialización como una conducta digna de alabanzas. Hacerlo implicaría el rechazo y posterior exclusión. Sin embargo, discretamente, pareciera aceptarse un código ético contrario al formal, estableciendo prioridades para el sistema de administración de justicia que en nada están relacionados a la probidad. En este último caso hacemos alusión a las cuestionadas prácticas judiciales de favorecer a quien “paga mejor la sentencia”, como de suyo, ocurre en buena parte de los juzgados venezolanos sin rubor alguno.

Es desdeñable ante toda óptica esta conducta. Pero, vayamos más allá. ¿Qué ocurriría si la parcialización se establece como directriz legislativa? ¿Es éticamente aceptable que la parcialidad judicial sea justificada con el discurso de incluir a los desamparados? ¿Qué sucede en los casos

---

judicial que garantice “(...) como un ideal de igualdad y de paz, que los excluidos de la justicia logren encontrarse con sus jueces (...)”. Acto seguido, el orador de orden, Magistrado de la Sala Constitucional Francisco Carrasquero, fue enfático en la legitimidad que tienen los jueces -sobre todo los que ejercen competencia constitucional- “(...) Especialmente la Sala Constitucional *como máxima intérprete de la Constitución Bolivariana*. Hoy como nunca la sociedad venezolana tiene un *ampuloso acceso a la justicia humana e igualitaria* para dilucidar los conflictos jurídicos sociales en función de las *necesidades del pueblo* (...)” (Cursivas nuestras). Los discursos citados pueden ser recuperados en la web-site del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, específicamente en el link que archiva las “Notas de Prensa” [<http://www.tsj.gov.ve>]

- 11 Sobre el particular, véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- 12 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.276 del 1° de octubre de 2009.
- 13 APARISI MIRALLES, Ángeles. *Ob. Cit.*, p. 191.

donde el legislador, so pretexto de otros fines nada claros o cónsonos con el estado social, democrático de Derecho y de Justicia<sup>14</sup>, fija parámetros sobre cómo, cuándo y dónde interpretar o argumentar el Derecho en las sentencias atando hermenéuticamente al juez? ¿Cómo llamaríamos este último caso? ¿Hipocresía o mutismo? ¿Cómo denominaríamos la frase: “El pueblo lo quiere y así lo deben interpretar sus jueces”?

## 1. Precisando un concepto de ética

Para responder los cuestionamientos anteriores, necesitamos partir por el principio: la *Ética*. Abordar el concepto de la ética para precisar una posterior relación con la actividad judicial, de una manera apriorística, puede no ser muy enriquecedor, tal como afirma José Luis Aranguren en su clásico tratado de ética<sup>15</sup>. Para aproximarnos debemos precisar las dimensiones que puede encerrar dicho vocablo, lo cual, se maximiza cuando nos movemos dentro de uno de los conceptos más sintagmáticos y con más disensos a lo largo de la historia de las ideas.

La ética será *la reflexión sobre la vida moral*, es decir, todo el conjunto de discernimientos racionales sobre el destino y uso de nuestra libertad. 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 humano<sup>16</sup>, 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, máxime, en la actividad juzgadora como veremos más adelante y de la cual el legislador venezolano ha colocado unos parámetros utópicos para no decir un eufemismo que raya en la locura.

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

---

14 Artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reformada mediante enmienda constitucional en 2009. Véase Gaceta Oficial (Extraordinaria), número 5.908 del 19 de febrero de 2009.

15 ARANGUREN, José Luis. *Ética*. Madrid, Editorial Alianza, 1985, p. 20.

16 GÓMEZ BARBOZA, Paulina. “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, p. 85.

que dichos actos deben hacer<sup>17</sup>, 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 moral<sup>18</sup>.

En nuestros días, el eje de la reflexión ética, además de lo anteriormente descrito, se ha desplazado hacia la conjugación de la felicidad y el deber. Dicha ecuación se estructura exclusivamente por medio del diálogo, bajo el rótulo de la ética discursiva<sup>19</sup> donde el lugar del imperativo categórico pasa a estar ocupado por el procedimiento de la argumentación moral<sup>20</sup>. Este desplazamiento será decisivo para la justificación de una ética de la interpretación jurídica -y por sobre todo de una ética en la interpretación judicial del Derecho- hasta el punto que autores como Vattimo afirmen que la hermenéutica tiene una marcada vocación de convertirse en ética<sup>21</sup>.

La reflexión ética proporciona dentro del proceso interpretativo aquello que Rodríguez Grez llama la *coherencia axiológica*<sup>22</sup>. Esto es así porque el resultado interpretativo que termina siendo la sentencia final, debe asociarse más a la finalidad por la cual se ha concebido la norma o la costumbre jurídica, evitándose lo más posible las angustiantes crisis de la conciencia jurídica que la propia dogmática jurídica provoca y que no puede afrontar por sí misma<sup>23</sup>.

---

17 CORTINA, Adela. *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid, Editorial Tecnos, 2000, p. 29.

18 CORTINA, Adela. *Ob. Cit.*, p. 63.

19 APEL, Karl-Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. (Traducción de Norberto Smilg). Barcelona, Editorial Paidós, 1995, p. 147.

20 HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 16.

21 VATTIMO, Gianni. *Ética de la interpretación*. Barcelona, Editorial Paidós, 1991, p. 205. Para una comprensión más detallada de la ética en la interpretación jurídica, véase URBINA MENDOZA, Emilio J. *Ética, hermenéutica y decisión judicial*. En: VVAA. *Nuevos estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*. Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Vol. II, 2002, pp. 523-557.

22 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Teoría de la Interpretación jurídica*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 106.

23 ASCOLI, Max. *La interpretación de las leyes*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1947, p. 26.

## 2. La ética en Derecho: ¿Más allá de la deontología jurídica?

La ética no se queda en el plano de la reflexión general de los actos humanos. Ella, con el pasar del tiempo, ha estructurado un patrimonio cognoscitivo originado de situaciones, reglas o disciplinas específicas. Así, nacen las éticas con predicados como la ética de las conflictividades, éticas aplicadas, éticas discursivas, etc. El fenómeno jurídico, por otra parte, tampoco escapa de discernimiento ético, hasta el punto de que entre ambos se gestan particulares simbiosis que humanizan al Derecho por un lado, y por el otro le concede a la ética el apoyo suficiente para que pueda realizar su quehacer<sup>24</sup>, sin que sea señalada como una disciplina ingenua.

La ética jurídica, está encaminada fundamentalmente para reflexionar acerca del ejercicio del poder jurídico por sus operarios naturales (jueces, funcionarios, abogados litigantes, etc.)<sup>25</sup>. Cuando se concreta en cada uno de los actores que trabajan con el Derecho, la ética jurídica se transforma en ética judicial, ética del ejercicio de la profesión del abogado, ética del legislador, etc.

Por la especificidad del tema nos detendremos en la llamada ética judicial, que según la definición de Gómez Barboza,

es la actitud de las personas que ejercen la función judicial que, en la búsqueda de lo que es bueno para la vida del hombre y de lo que cada uno de ellos debe hacer para realizarlo, permanentemente armonizan sus actos individuales con las estructuras e instituciones y, por lo mismo, concatenan su responsabilidad individual en la determinación y realización de lo bueno, con la responsabilidad de los órganos colectivos de decisión en la misma tarea<sup>26</sup>.

Asumiendo que es posible aceptar conceptualmente una ética judicial identificable y aislable, no cabe duda que le corresponde jugar un papel mucho más activo que sus pares de otras profesiones. En el ejercicio

---

24 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Ética, política y Derecho. El paradigma de la modernidad". En: *Revista de Derecho Público*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Vol. 61, 1998, p. 107.

25 GÓMEZ BARBOZA, Paulina. *Ob. Cit.*, p. 92.

26 GÓMEZ BARBOZA, Paulina. *Ob. Cit.*, p. 94. También véase TORRE, Javier de la. *Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia*. Madrid, Pontificia Universidad de Comillas, 2008, pp. 233-236.

de la función judicial, prosigue Gómez Barboza, los magistrados pueden encontrarse con más de un tipo de problema ético<sup>27</sup> como por ejemplo, los conflictos que se suscitan por la existencia de diversos preceptos entre lo que la legalidad y el bloque normativo ordena al juez y lo que le prescribe la conciencia por aplicar un Derecho justo<sup>28</sup>, en razón de sus convicciones filosóficas, morales en el sentido estricto del término, religiosas o políticas. No en vano, Alejandro Nieto García afirmara que el decidirse a hacer justicia es, por tanto, una cuestión rigurosamente personal del juez pues éste no suele ser sensible a la lastimosa realidad de que hacer justicia consiste en la aplicación correcta de la ley, tal y como le ha enseñado su formación universitaria tradicional<sup>29</sup>.

La ética judicial a simple vista denota un trabajo extra que se torna cada día más difícil por la propia modificación de la mismísima ética. No nos parece que sea la ética judicial una especie de mandatos que fije exclusivamente los límites naturales del poder judicial, como lo ha reseñado Hodson<sup>30</sup>, sino que va más allá, y cuyo sustrato se concentra propiamente en ayudar a resolver los dilemas interpretativos a los que se ven sometidos los jueces de hoy, estableciendo ese norte de guía que tanto reclama Werner Goldschmidt<sup>31</sup>.

Superada la tesis del Estado de legalidad por el Estado constitucional de Derecho, llamado por García de Enterría “Estado Material de Derecho”<sup>32</sup>, a nuestro juicio, la ética judicial si bien continúa atendiendo particularidades como el comportamiento de los jueces frente a las influencias indebidas de juzgamiento como la amistad con las partes, la dádiva, la presión social, o más recientemente con el fenómeno de la

27 GÓMEZ BARBOZA, Paulina. *Ob. Cit.*, pp. 94-95.

28 LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. (Traducción de Luis Díez-Picazo)*. Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 21.

29 NIETO GARCÍA, Alejandro. *Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 248. También del mismo autor, véase *Crítica de la razón jurídica*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

30 HODSON, John D. *The ethics of legal coercion*. Boston, D. Reidel Publishing Company, 1983, pp. 15-31.

31 GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y Verdad*. Buenos Aires, Editorial la Ley, 1978, p. 227.

32 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, Editorial Civitas, 1984, p. 103.



globalización, la presión de la autodenominada Justicia mediática<sup>33</sup>; el *quid* fundamental de la ética judicial, será reflexionar acerca de la *eticidad de la decisión interpretativa*.

La eticidad de la decisión interpretativa coadyuvará en que la decisión a la cual llega el juez por medio de razonamientos, sea una decisión justificable frente a la pluralidad de valoraciones que concibe la sociedad contemporánea sin caer en el peligro del relativismo moral. Esa decisión justificable lo debe ser, aceptando la salida que propone Wróblewsky, tanto en lo que significa que podría justificarse identificando los argumentos que lo sustentan (justificación interna) como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa)<sup>34</sup>.

Con la postura que asumamos en los razonamientos anteriores, la ética judicial debe esforzarse por reflexionar las formas de las cuales se servirá el juez para escoger en su soledad la solución interpretativa más justificable, para así desembocar en todo el sistema y crear el ideal de la jurisprudencia ética, propuesta hace algunos años por George Nakhnikian<sup>35</sup>. Ante la dispersión de energías que puede resultar de una ética judicial más afincada sobre la interpretación y argumentación, se podría plantear el regreso triunfal hacia la ética judicial clásica, la deontología que subyace propiamente de la clásica –y siempre vigente– obra de Ángel Osorio sobre los abogados<sup>36</sup>, pero que en momentos actuales de dificultades y avances en la argumentación, sus planteamientos no suplen las carencias urgentes de criterios para escoger y luego justificar la solución interpretativa victoriosa.

Paradójicamente esta visión de la ética judicial que hemos venido desarrollando a lo largo de estas líneas no ha sido tan del todo pacífica o de avanzada. La modernidad así como prescribió una teoría de la aplicación del Derecho<sup>37</sup> (Clásica), también formulará una ética judicial

---

33 GARAPÓN, Antoine. *Juez y Democracia. (Traducción de Manuel Escrivá de Romaní)*. Madrid, Ediciones Flor del Viento, 1997, p. 72.

34 WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 57.

35 NAKHNIKIAN, George. *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 7.

36 OSSORIO, Ángel. *El alma de la toga*. Buenos Aires, Ediciones EJEA, 1978.

37 Para una precisión analítica sobre la teoría de la aplicación del Derecho Cfr. MARTÍN

más apegada al nivel deontológico, que aún ronda en la mayoría de los arquitectos del poder judicial en nuestros países, fomentando una reforma con piezas decimonónicas. Para quienes nos corresponde visualizar el quehacer académico de la ética, basta con echar un vistazo al discurso ético empleado por la persona o institución para ubicarse dentro del plano moral al cual se discute.

La ética judicial clásica es una *ética deontológica*, que basada en la idea exacerbada de un normativismo, cerró sus filas a favor de defender la legalidad como si se cumpliera el designio ético. Para la deontología jurídica clásica, el juez al interpretar debía considerar como indispensable, tomar la voluntad literal del legislador<sup>38</sup> porque se consideraba como un magnífico auxiliar para la interpretación de la ley<sup>39</sup>. Así, el cuidado de la legalidad será para la deontología clásica el primer deber<sup>40</sup>, el *primum principium* ético una vez que se ejerciera la magistratura. Como podemos observar, la ética clásica tenía como objetivo la protección del sistema jurídico moderno soñado por los juristas de la codificación, frente a las posibles desviaciones ideológicas en las que podía incurrir el juez<sup>41</sup>.

Este modelo deontológico potencializó las disputas entre la equidad y la legalidad, como si fuesen dos categorías incompatibles, cada una provenientes de una concepción del Derecho (*iusnaturalismo* Vs. *postivismo*), cuando hoy se entiende que estas concepciones se distinguen y, hasta cierto punto, se contraponen, pero que de por sí no se excluyen<sup>42</sup>. De esta manera, para la normatividad más clásica, los problemas hermenéuticos escapan al discurso ético<sup>43</sup> porque si bien la aplicación era

---

OVIDO, José. *Formación y aplicación del Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972.

38 SALSMAANS, José. *Deontología jurídica o moral profesional del abogado*. Bilbao, Gráficas Grijelmo, 1953, p. 59.

39 SALSMAANS, José. *Ob. Cit.*, p. 60.

40 SALSMAANS, José. *Ob. Cit.*, pp. 256-257.

41 Expresará Salsmans: "(...) Efectivamente, no le toca al juez imponer su opinión personal por encima de la ley. Únicamente en el caso en que la ley fuese universalmente considerada por las gentes de bien como evidentemente injusta y mala, podría, y en caso de necesidad debería, emplear el juez medios indirectos para evitar una sentencia injusta (...)". SALSMAANS, José. *Ob. Cit.*, p. 259.

42 DÍEZ ALEGRÍA, José María. *Ética, Derecho e Historia*. Madrid, Editorial Razón y fe, 1963, p. 11.

43 DÍEZ ALEGRÍA, José María. *Ob. Cit.*, p. 13.

netamente intelectual, no había dilemas o pluralidad de soluciones a las cuales colocaban al juez en problemas de conciencia.

Podemos decir que la ética judicial clásica protegía el dogma de la única solución (unilateralidad interpretativa) al puro estilo del *more geométrico*, imponiéndole al juez un deber de abstención interpretativa. La ética de este tiempo colocará al juzgador en una posición nada feliz, pues la prudencia que los había caracterizado, que le había contribuido para el progreso jurídico, salía del ámbito judicial para instalarse cómodamente en los curules legislativos.

El segundo deber ético que encontramos en la teoría clásica es el acogimiento del *tuciorismo*, según el cual hay que decidir y hacer siempre lo más seguro<sup>44</sup>, como si el juez fuera un sujeto con un punto de vista inmovilizado. Esto será rechazado por la deontología contemporánea, que hasta cierto sentido, nos parece que reproduce los cánones de la clásica pero corrigiendo las posibles antinomias o extravagancias fetichistas hacia la ley. Para la deontología neoclásica, no se desecha el silogismo porque sigue siendo el nervio de una especie de raciocinio, pero deja de ser el ápice de la lógica<sup>45</sup>. El juez neoclásico deontológico, por así llamarlo, tiene un papel activo y permanente de vigilancia del proceso, como buscador de la verdad, aún cuando las partes no sepan o no quieran descubrirla<sup>46</sup>.

Nótese que la deontología, clásica y neoclásica, no considera el llamado talante ético de los fallos<sup>47</sup> que perfectamente racionalizaría cualquier contenido moral del Derecho para así establecer cuándo ha actuado una moral determinada que atente contra principios éticos aceptados por todos. Esto es así, porque para la deontología clásica lo importante es preservar la idea de un Derecho moralmente neutral<sup>48</sup>, una verdadera utopía incluso para los que defendieron el legalismo.

---

44 MARTÍNEZ VAL, José María. *Abogacía y Abogados*. Barcelona, Editorial Casa Bosch, 1981, p. 190. También véase *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Madrid, Espasa-Calpe, 1966, Tomo LXIV, pp. 1310-1311.

45 MARTÍNEZ VAL, José María. *Ob. Cit.*, p. 155.

46 CARDOSO, Manuel. *La moral en el proceso*. En: AAVV. *Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1986, p. 186.

47 LYONS, David. *Ética y Derecho*. (Traducción de Monserrat Serra Ramoneda). Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 99.

48 LYONS, David. *Ob. Cit.*, p. 109.

El tercer y último de los deberes éticos que impone la deontología clásica es tratar de no abordar el tema de la interpretación, ya que prácticamente se diluyen sus esfuerzos en agotarse por concebir un juez imparcial, que como lo grafica Larenz, no se ha inclinado de antemano por ninguna de las partes y que se sitúa frente a ambas sin ninguna predisposición, dispuesto a no perjudicar ni a favorecer a ninguna de ellas, tratando a todos con el mismo rasero y sin acepción de personas<sup>49</sup>.

### **III. EL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO DE ÉTICA DEL JUEZ O JUEZA VENEZOLANO Y EL PROBLEMA DE LA ÉTICA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: ¿RETORNO HACIA UN NEOCLASICISMO DEONTOLÓGICO?**

Aunque es positivo el tratar de reglamentar las conductas del juez extra processum, a la deontología clásica y postclásica hay que recalcarles que la función propia de los órganos jurisdiccionales es realizar el Derecho, realización que se materializa gracias a la interpretación. Un adelanto de la deontología clásica del nuevo cuño ha sido, para el caso venezolano, el artículo 10 del recién aprobado Código de Ética de los Jueces Venezolanos o Juezas Venezolanas. Establece el citado dispositivo lo siguiente:

Las argumentaciones e interpretaciones judiciales deberán corresponderse con los valores, principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico.

El juez o la jueza no debe invocar en su favor la objeción de conciencia.

El artículo bajo análisis, previa explicación de lo que entendemos por la ética de la interpretación jurídica y los bemoles de la deontología judicial contemporánea como hicimos en las líneas que preceden, incluye una serie de objeciones que atentan contra el núcleo duro de aquéllas. Estamos de acuerdo en la inclusión y preocupación judicial por los más desamparados en sociedades como la nuestra donde configuran más de la mitad poblacional. Es quizá un imperativo de acercamiento ético judicial como dice Javier de la Torre<sup>50</sup>; inclusive, en las bases de nuestra

49 LARENZ, Karl. ... *El Derecho justo* ... p. 181.

50 TORRE, Javier de la. *Ob. Cit.*, pp. 260-261.

Constitución bolivariana de 1999 se reafirma como un valor supremo la voluntad popular sobre la voluntad judicial. En pocas palabras, como en otra oportunidad lo explicitamos<sup>51</sup> todo aquello que sea el “pueblo”<sup>52</sup> se impone como contraseña in fungible que abre y cierra debates, incluyendo, el trabajo dianoético del sentenciador.

Este supuesto direccionamiento popular de la intención interpretativa presente en el artículo 10 del nuevo Código deontológico judicial venezolano, no es nada nueva. Desde que fuera acuñada a finales del siglo XVIII<sup>53</sup>, ha estado presente en los auditorios político-partidistas venezolanos desde 1945. Sin embargo, su aparición directa sobre el fenómeno jurídico patrio, topa con la encrucijada histórica de 1998, signada por un taladrante voluntarismo presidencial de conquista sobre el resto de instituciones del Estado. La versión bolivariana de pueblo “golpearía” la puerta pretoriana de la extinta Corte Suprema de Justicia, franqueada hasta ese momento por la prudencia de un Derecho público, que gracias a la Constitución de 1961, era transaccional, no militante y por sobretodo, progresivo.

---

51 URBINA MENDOZA, Emilio J. “La (sobre) interpretación popular constitucional y la Reforma de 2007: ¿retorno a la interpretación ideológica auténtica?”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 112 (octubre-diciembre) 2007, pp. 59-63.

52 Es importante marcar una línea distintiva entre el sentido real de la palabra “pueblo” y las connotaciones de algunas conductas de las masas irredentes. Vale la pena destacar que en la cultura clásica latina era nítida la frontera entre “populus” y “vulgus” como a continuación se verifica: Séneca [*De vita beata*] 2: “*Vulgus veritatis pessimus interpres*”. Horacio [*Satiras*] I, 6, 15-17: “*qui stultus honores/Saepe dat indignis et famae servit ineptus,/ Qui stupet in titulis et imaginibus*”. Marco Tulio Cicerón [*Oratio pro Plancio*] 4, 9, ha denunciado los peligros que para el Derecho representa el vulgus: “*Non est enim consilium in vulgo, non ratio, non discriminen, non diligentia, semperque sapientes ea quae populus fecisset ferenda*”. Tito Livio [*Ad Urbe condita*] 28, 27: “*Multitudo omnis sicut natura maris, per se immobilis est; ventus et aurea cient*”. Tácito [*Anales*] I, 20, grafica la realidad en ciernes: “*Nihil in vulgo modicum; terrere, ni paveant; ubi pertimuerint impune contemni*”.

53 Véase François de CHATEAUBRIAND. *Memorias de ultratumba*. (Trad. de José Ramón Monreal). Barcelona, Editorial Acanalado, 2006, pp. 231 y ss. También, véase George CAREY. “La sabiduría de El Federalista”. En: *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, n° 13, 1984, pp. 1-24. María ELTON. “Rousseau y la fundamentación moral del contrato social”. En: *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, n° 36, 1989, pp. 273-308.

En el polémico fallo<sup>54</sup> que autorizaría la realización de la Asamblea Constituyente de 1999, el magistrado Humberto J. La Roche, plantearía el dilema que articuló jurídicamente la introducción de la palabra “pueblo” en los procesos interpretativos –constitucionales–: *soberanía popular vs. Supremacía constitucional*. Desde entonces –y como preludio de las patologías hermenéuticas del actual TSJ– con la expresión “pueblo”, la *intentio lectoris*<sup>55</sup> –desterrada y cuestionada por la teoría de la interpretación por su unilateralidad– ha retomado los espacios del pensar tribunalicio como un fantasma capaz de fragmentar las bases del Estado Social de Derecho, ahora, reproducido legalmente como norte deontológico de los jueces en Venezuela.

El problema de la parcialización no sólo es formal. En nuestros días también debe incluirse bajo ese concepto, temido por los jueces, la inclinación de la actividad interpretativa por unas formas específicas de valores y principios con fundamentos falsos en soberanía popular, que en esas ironías intelectuales o abstracciones operativas, se le llama “poder popular”<sup>56</sup>. Eso se intuye del artículo 10 del tantas veces citado Código deontológico.

---

54 Corte Suprema de Justicia. Sala Político-administrativa. Caso: *Raúl Pinto Peña y otros*. 19/01/1999. Expediente n° 15395.

55 En la teoría hermenéutica fundamental, la intención como criterio para definir un texto, es abordada desde una triple óptica: La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*, la interpretación como búsqueda de la *intentio operis*, y la interpretación como imposición en la *intentio lectoris*. La teoría clásica ha primado el enfrentamiento de intenciones para la búsqueda de una respuesta hermenéutica armónica. Véase Umberto ECO. *Los límites de la interpretación*. (Trad. de Helena Lozano). Barcelona, Editorial Lumen, 2000, p. 29.

56 Por abstracción operativa entendemos como la aplicación en términos pragmáticos del núcleo “duro” de un concepto o institución. En el caso que nos ocupa, el pueblo, operacionalizado en la teoría jurídica como “voluntad general”, termina debilitando la voluntad individual de los ciudadanos en la medida que los asuntos se alejan de su círculo de influencia inmediata, no tanto en el plano material, sino, en la capacidad de la élite política que gobierna para deformar o manipular dicha voluntad general. Para más detalles, véase Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. *Derecho administrativo español*. Navarra, EUNSA, 1995, pp. 84-86. Esta voluntad general termina siendo para los jueces una excusa de cumplir los deseos del “pueblo soberano” para cometer impunemente “fraude al Derecho”, como bien lo explicitara Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. *De la justicia de los jueces y de otros sintagmas afines*. En: VVAA. *Libro Homenaje a Villar Palasí*. Madrid, Editorial Civitas, 1989, p. 533.

Recapitulando, podemos concluir primeramente que la deontología judicial contemporánea no se agota en abordar los pormenores de la “imparcialidad”, la justicia y los valores del estamento judicial. En nuestros días se extiende hacia los ámbitos de la interpretación y de la actividad argumental inclusive<sup>57</sup>, como bien lo reconoce el Código de Ética del Juez y Jueza Venezolano, pero, con la limitante de establecer un horizonte hermenéutico al juez patrio referido en valores y demás parámetros dictaminados por el ordenamiento jurídico. Hasta este punto nos parece un Perogrullo, pero, en la dinámica venezolana marcada por abstracciones del llamado “poder popular”, las distorsiones hacia esos valores y principios estaría vinculada a las actividades y manifestaciones tumultuosas de la república más que hacia los delicados artilugios de expresión popular. En tercer término, para ratificar ese sabor “populachero” del nuevo Derecho expresado por los jueces, se les impide a toda costa –uso de la prohibición “no debe”– acogerse al mecanismo defensor de la pluralidad valórica en sociedades libres como es la “objección de conciencia”.

---

57 URBINA MENDOZA, Emilio J. “Paul Ricoeur y el puente dialéctico argumentación/interpretación. Algunas reflexiones para una hermenéutica de los derechos fundamentales”. En: *Ética y jurisprudencia*. Valera (Venezuela), Universidad Valle del Momboy, nº 1, 2003, pp. 103-114.

# La descentralización y el Consejo Federal de Gobierno

Rodrigo Lares Bassa\*

## RESUMEN

El Consejo Federal de Gobierno es la institucionalización del proceso de descentralización. La Ley que aquí se comenta corrige esa renuencia legislativa. No lo hace en los mejores términos, sin embargo. La Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno distorsiona el proceso de descentralización debido a que, en primer lugar, sólo reconoce a dos actores en ese proceso: La sociedad organizada y el Poder Ejecutivo Nacional. Deja de lado a los Estados y a los Municipios, y, si bien es rescatable la inserción de la sociedad ya que así lo exige el principio de subsidiariedad que fundamenta a la descentralización, no por ello debe desconocer a sendas entidades político-territoriales.

## PALABRAS CLAVE

Descentralización, Consejo Federal de Gobierno, Centralización, Principio de la subsidiariedad

## ABSTRACT

The Federal Government is the institutionalization of the decentralization process. The law here says this reluctance legislative fixes. It does not make the best terms, however. The Organic Law of the Federal Government distorts the decentralization process because, first, recognized only two actors in this process: organized society and the Executive. Leave aside the States and municipalities, and if it is salvageable integration of society as this is what the principle of subsidiarity that underlies decentralization, should therefore not ignore the political-territorial entities paths.

## KEY WORDS

Decentralization, Federal Council of Government, centralization, subsidiarity principle

---

\* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela



## CONSIDERACIÓN INICIAL

Venezuela es un Estado Federal y Descentralizado<sup>1</sup>. No es ésta una frase vacía de contenido. Es el resumen de una conquista democrática de acuerdo a la que, primero, la sociedad –titular de todo poder, en definitiva– asume directamente, o, cuanto menos, en los términos más directos posibles –por ejemplo, a través de las entidades político-territoriales más cercanas: Estados y Municipios– la elaboración de bienes o la prestación de servicios. Esta conquista no es otra cosa que la descentralización. Y la frase, por su parte, es parte del artículo 4 de la Constitución.

Hoy en día la descentralización está en crisis. No porque no existan intentos para concretarla (que sí existen) sino porque éstos suelen distorsionarse en la práctica o en la Ley. La Ley Orgánica del Consejo Federal de

---

1 En la doctrina constitucional venezolana hay autores que califican lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución venezolana vigente (1999): “La República Bolivariana de Venezuela es un *Estado Federal descentralizado* en los términos consagrados en esta Constitución (...)” (destacado nuestro) como una tautología jurídica. Así, el profesor José Peña Solís señala que:

“(...) result[a] una tautología definir a un Estado como ‘federal descentralizado’, porque al ser federal aun cuando no reúna todos los rasgos enumerados por la doctrina clásica del Derecho Constitucional, debido a que está sustentado en la cláusula constitucional sobre la distribución de competencias entre los distintos entes territoriales que lo integran, debe reputarse como un Estado descentralizado políticamente, que repetimos en la máxima expresión que puede encontrar esta forma organizativa.

Cabe destacar que esa evidente tautología pretende justificarla la extemporánea Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, así: ‘En cuanto a la estructura del Estado venezolano, el diseño constitucional consagra un Estado Federal *que se define como descentralizado*, para así expresar la voluntad de transformar el anterior *Estado centralizado* en un verdadero modelo federal...’. Por supuesto, que los constituyentes partieron de un falso supuesto al afirmar categóricamente que ‘el anterior Estado era centralizado’, en virtud de que tanto el artículo 2, como el contexto de la Constitución anterior de 1961, se desprendía inequívocamente la forma de Estado federal, es decir, descentralizado políticamente, de Venezuela, con la particularidad de su innegable ‘centralización administrativa’. A la que aludimos precedentemente, pero no debe olvidarse que la función administrativa es solo una de las tres, y quizás no precisamente la más importante, que puede evidenciar la existencia de la fórmula organizativa de la descentralización.” José Peña Solís, Lecciones de Derecho Constitucional General Volumen I, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 262.

Gobierno<sup>2</sup> es un buen ejemplo de la distorsión legal. Esta Ley, rechazado en su versión inicial por el Poder Ejecutivo Nacional en el 2005, regula al referido Consejo en términos que exceden los previstos en el artículo 185 de la Constitución pues da pie a una centralización desconcentrada (aparece, aquí, la sociedad organizada y el Poder Ejecutivo Nacional y se olvidan los Estados y los Municipios) antes que una descentralización en su sentido más puro. Pero, no puede, ni debe, crearse un órgano del proceso de descentralización sin tener en cuenta el alcance y el significado de éste. De allí que sea conveniente analizar la recepción de la descentralización en la Ley, así sea brevemente, tal como se hace a continuación.

## I. La descentralización

La descentralización es un fenómeno que ciertamente ha cautivado a la doctrina<sup>3</sup>. Un fenómeno que aún, hoy día, está de moda. No es para

---

2 *Gaceta Oficial* No. 5.963 Ext. del 22 de febrero de 2010.

3 Son muchos los autores que han estudiado la descentralización. Sin ánimo de exhaustividad véase entre otros a: AA.VV., *Leyes y reglamentos para la descentralización política de la federación, Jurídica Venezolana*, Caracas, 1990, 299 ps., José G. Andueza, “Avances recientes del proceso de Descentralización en Venezuela”, *Provincia* No. 1, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida, 1995, p. 63, Yuribí Aragón, “La descentralización y sus perspectivas”, *Provincia* No. 12, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida, 2004, p. 4, Isabel Boscán de Ruesta y Gustavo Urdaneta, “El federalismo venezolano y el reciente proceso de descentralización territorial”, *Revista de Derecho Público* No. 47, *Jurídica Venezolana*, 1991, p. 5, Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización es una exigencia de la democracia”, *La descentralización en Venezuela*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1997, p. 153, y “La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 138, Año LXVIII, Caracas, 2002, p. 313, José Gregorio Contreras, “La descentralización y la democracia participativa”, *Memoria Política* No. 6, Universidad de Carabobo, Valencia, 1999, p. 81, María de los Ángeles Delfino, *La descentralización en Venezuela: parámetros constitucionales y legales*, Comisión para la Reforma del Estado, Caracas, 1997, 156 ps., Fortunato González, “Descentralización, desconcentración, lugarización y nuevo federalismo”, *Cuestiones Locales* No. 1, Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1999, p. 139, José V. González, “Consideraciones sobre la descentralización, la desconcentración y la delegación y el elementos subjetivo del acto administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo* No. 11, Sherwood, Caracas, 2001, p. 73, Víctor Hernández-Mendible, “El Distrito Federal y el proceso de descentralización”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* No. 106, Caracas, 1998, p. 33,

menos. Supone, la descentralización, un pluralismo en el ejercicio del poder (sent. de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el caso *Enrique Maza* del 7 de marzo de 2002) y el poder lo es todo en la vida pública. No interesa si conceptualmente se entienda que el poder es constituido y no constituyente. Es poder, y punto. La descentralización es la organización de ese poder. Es su acercamiento hacia las personas y, por eso, es que la descentralización se ha expandido, al menos, en el mundo occidental. No hay nada más llamativo que ejercer una cuota de poder (del que en definitiva se es titular como ciudadano) y servir con ese poder a la sociedad. Y a eso es a lo que apunta la descentralización.

Que si una sociedad puede hacer un trabajo, que lo haga directamente. Que, en su defecto, si un Municipio puede apoyar a la sociedad, que la apoye. Y así sucesivamente se continúa ascendiendo por la distribución vertical del poder hasta que el trabajo (que puede ser la prestación de un servicio o la elaboración de un bien) se realice. Esto es lo que se conoce como descentralización. La articulación del pluralismo que ésta supone, es, a su vez, lo que se entiende como federalismo. Entre uno y otro concepto hay una simbiosis evidente: Uno permite que el poder se acerque a la sociedad, y, el otro, hace que esas plataformas de poder interactúen para la obtención de la felicidad general. Nuestra Constitución, la de 1999<sup>4</sup>, inconstitucionalmente reformada antes de su décimo aniversario<sup>5</sup>, así lo deja saber<sup>6</sup>.

---

Mauricio Iranzo, “El proceso de descentralización ¿transición al federalismo?”, Cuestiones Locales No. 1, Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1999, p. 93, Manuel Rachadell, “Federalismo, descentralización y reforma constitucional en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* No. 109, Caracas, p. 43, y Jorge Sánchez, ‘Pasado, presente y futuro de la descentralización en Venezuela. Breves notas para la reflexión’, Provincia No. 9, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida, 2002, p. 20.

4 *Gaceta Oficial* No. 5.908 Ext. del 19 de febrero de 2009.

5 Jurídicamente hablando la última reforma fue inconstitucional. Tanto así que más de un buen autor –no políticos oportunistas– se ha pronunciado en su contra. Un resumen de las críticas formuladas inicialmente para con la propuesta de reforma rechazada –que fue luego parcialmente reeditada y aceptada, y de allí, de esa reedición, la validez de tales críticas– puede encontrarse en los estudios publicados en la *Revista de Derecho Público* No. 112, Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, 716 ps.

6 Rodrigo Lares Bassa, “Enmienda al tiempo”, *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2010, p. 427.

En el Preámbulo declara “el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones”. En su artículo 1 prevé que esos valores están y estarán fundamentados en la doctrina de Simón Bolívar, quien, como es harto conocido, entendió que la felicidad general era el mayor de los bienes republicanos<sup>7</sup>. En su artículo 4 define al Estado como un “Estado federal descentralizado”. Y en su artículo 158 establece que la descentralización es una política nacional que debe acercar “el poder a la población... creando las mejores condiciones para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”.

Hoy, estas disposiciones constitucionales no han encontrado concreción. O, a lo sumo, podría decirse que ésta ha sido a medias. No existe un Estado federal ni descentralizado sino que en su lugar hay tensiones estatales y una centralización del poder y, en los casos en que se ha descentralizado, un absoluto control sobre esa porción que ha sido atomizada. Formalmente podría decirse que esto no es cierto debido a que, el Estado venezolano, cuenta y practica, con competencias para descentralizarse funcional y territorialmente. La Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>8</sup> establece así que los titulares de la potestad organizativa, como lo es por ejemplo el Poder Ejecutivo, podrán crear entes descentralizados funcionalmente cuando “el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera” (artículo 29). Estos entes pueden ser de derecho privado (como las empresas del Estado) o de derecho público (por ejemplo, los institutos autónomos) y sobre los mismos el Estado conserva un control administrativo de tutela. La Ley Orgánica de la Administración Pública también prevé que dicha Administración “podrá” descentralizar competencias y servicios públicos en los Estados, Distritos Metropolitanos o Municipios (artículo 30).

---

7 Por ejemplo, en el Proyecto de Constitución que presentó en 1819 dijo que “Son derechos del hombre: la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad. La felicidad general, que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos”.

8 *Gaceta Oficial* No. 5.890 Ext. del 31 de julio de 2008.

La realidad, en efecto, es que el Estado ha creado numerosos entes descentralizados funcionalmente. Es más, la renta petrolera, en su mayoría, se obtiene y se gerencia a través de una empresa del Estado: Petróleos de Venezuela. Sin embargo, existe aquí una irregularidad jurídica y es que a estos entes se les aplica un control que no se condice con la naturaleza de la descentralización. No hay una maniobrabilidad independiente que permita decir, con propiedad, que tal o cual ente es descentralizado y que toma sus decisiones libre de presiones. En el ejemplo de Petróleos de Venezuela: Ésta no sólo actúa por cuenta del Estado<sup>9</sup> sino que su Presidente es, también, y desde hace más de un lustro<sup>10</sup>, Ministro de Energía. En otros casos, más recientes, el Estado ha creado empresas o fundaciones para nacionalizar y no para otorgarle poder a la sociedad. Los casos de Radio Caracas Televisión, la Electricidad de Caracas, la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela y el Banco de Venezuela son ejemplos claros. El Estado adquirió empresas privadas (o sólo sus activos) y, en lugar de licitar para que otras personas realizaran tales actividades comerciales o de transferirlas a entes descentralizados territorialmente, como Estados o Municipios, se reservó, bajo una pretendida estructura descentralizadora no sólo las actividades sino también su control. De hecho, no hace mucho, se revirtió la transferencia de competencias en contra de los Estados y de los Municipios.

Más adelante detallaré esta realidad (2.3.). Pero, antes, permítaseme analizar brevemente el fundamento de la descentralización (1.) así como la evolución legal de la descentralización en el país (2.1. y 2.2.).

## 1. El ¿principio? de subsidiariedad

Los Estados de hoy tienden a ser Estados Subsidiarios<sup>11</sup>. O sea, Estados en los que el poder esté en el pueblo. Es en este sentido que el principio de subsidiariedad prevé que el Estado no intervendrá en la elaboración de bienes ni en la prestación de servicios cuando las personas puedan hacerlo por sí solas. Y que en caso que éstas no puedan, el Estado

9 Allan R. Brewer-Carías, "El carácter de Petróleos de Venezuela, S.A. como instrumento del Estado en la industria petrolera", *Revista de Derecho Público* No. 23, Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p. 82.

10 *Gaceta Oficial* No. 38.801 del 7 de diciembre de 2004.

11 Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, I, Abeledo, Buenos Aires, 1996, p. 62.

intervendrá para que las personas, conjuntamente con aquél, lo hagan<sup>12</sup>. Solo si aún así se fracasa, el Estado asumirá absolutamente la actividad.

El 15 de mayo de 1891, León XIII en la Encíclica *Rerum Novarum*, escribió: “Non è giusto... che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all’uno e all’altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti”<sup>13</sup> (No. 28)

Esto no es otra cosa que el principio de subsidiariedad. Pero, a pesar de estudiárselo ampliamente en la doctrina social de la Iglesia (precisamente a partir de esa Encíclica, partida de nacimiento de dicha doctrina<sup>14</sup>) y, aún, de ser el fundamento de la descentralización, el principio de subsidiariedad no ha irrumpido expresamente en el derecho venezolano. La vez que lo iba a hacer fue con el Proyecto de Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno que se sancionó en el 2005 y que el Poder Ejecutivo Nacional devolvió por diferendos de forma y de fondo. Allí, en el criticado<sup>15</sup> artículo 13, se dispuso que:

El Consejo Federal de Gobierno velará por la calidad de vida de los ciudadanos. Cuando el bienestar de la sociedad se vea afectado por la deficiente administración de un bien o prestación de un servicio, propondrá la complementación del bien o servicio entre los distintos entes político territoriales y la sociedad organizada, para mantener el equilibrio armónico de la región.

El Proyecto de Ley establecía el principio de subsidiariedad pero incoherentemente. De acuerdo con éste la sociedad debe poder hacer las cosas por sí misma, mientras que en el artículo 13, se preveía que, por un lado, la sociedad se apoyase en entes públicos antes que permitirle

12 Ignacio de la Riva, *Ayudas públicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 198.

13 Traducción: “No es justo... que el ciudadano y la familia sean absorbidos por el Estado: lo justo es que se le deje a uno y a la otra tanta independencia de operar como se pueda, salvo el bien común y los demás derechos.”

14 Emilio J. Urbina, “Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho* No. 58, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 117.

15 Giancarlo Henríquez, “El artículo 13 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno: ¿Una nueva (venezolana) versión del principio de subsidiariedad?”, *Derecho Administrativo* No. 56, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 349.

intentarlo sin ese apoyo, y, por otro lado, se refería a la necesidad de que la sociedad estuviese organizada, lo que desvirtúa la posibilidad de personas y de empresas actúen individualmente. Esta norma no se ha reeditado en la Ley del Consejo Federal de Gobierno que comentaré más adelante, pero, sin embargo, sí prevé que se transferirán competencias de entes y entidades territoriales a “las organizaciones detentadoras de la soberanía originaria del Estado”. Esta supresión del referido artículo en la Ley promulgada respecto de su Proyecto inicial y de la aparición de las organizaciones detentoras de la soberanía en lugar del particular como manifestación del pueblo, lo que viene a demostrarnos es justamente lo contrario a una descentralización visto que siempre existe un control evidente de la Administración Pública sobre el soberano. Ahora, necesariamente organizado en grupos con lo cual se logra un mayor control y seguimiento sobre el mismo. Todo lo contrario al principio de subsidiariedad.

Aquí se está reconociendo (artículos 1 y 2 de la Ley) el principio de subsidiariedad. Hay, o se prevé, una transferencia de competencias a favor de las personas. Sólo la articulación práctica de esas competencias determinará si el principio de subsidiariedad ha sido bien receptado. Efectivamente, este principio se desaplicó en atención a los controles directos que sobre las personas ejercerá el Poder Ejecutivo Nacional. Especialmente si se tiene en cuenta que las organizaciones a las que alude la Ley no son otras que los Consejos Comunales y que éstos están sometidos a un control directo por parte del Poder Ejecutivo Nacional<sup>16</sup>. No a un control de los Municipios o de los Estados sino a uno de dicho Poder. Tal como está diseñado el control no es muy amplio, pero, en la práctica, se concreta lo que preveía la rechazada propuesta presidencial de reforma constitucional<sup>17</sup>.

## **2. La descentralización en la experiencia y en la historia venezolana**

En los puntos que a continuación se detallan (2.1. y 2.2.) me referiré brevemente a la evolución histórica de la descentralización en Venezuela

---

16 Cfr. los artículos 2 y 57 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (Gaceta Oficial No. 39.335 del 28 de diciembre de 2009).

17 Giancarlo Henríquez, “Los Consejos Comunales (una breve aproximación a su realidad y a su proyección ante la propuesta presidencial de reforma constitucional)”, *Revista de Derecho Público* No. 112, Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 89.

así como a las iniciativas que, en época reciente, se han concretado al respecto. Creo que este repaso es importante a pesar de su brevedad ya que como la Sala Constitucional (sent. *Municipios de Caracas* del 7 de julio de 2009) ha precisado: “la descentralización ha de ser entendida en los términos y condiciones establecidas en nuestra Constitución y nuestra realidad histórica”.

### *2.1. Un brevísimo repaso de la realidad histórica en torno a la descentralización*

En Venezuela el poder ha sido fuertemente central. Esta ha sido y es su realidad. En este país no existe prácticamente una distribución vertical del poder. Un hecho que ha anulado la maniobrabilidad institucional de los Estados y los Municipios. Han sido paradójicamente constantes las manifestaciones caudillistas. Lo paradójico es que las previsiones constitucionales eran desbordadas por la realidad a pesar que en el inicio republicano mismo se hizo un pacto federativo. O sea: Las Provincias acordaron constituir una autoridad suprema sin perder sus espacios de poder, pero, a decir verdad, el poder se centralizaba y el caudillismo estaba a la orden del día. Y es que a pesar que el federalismo ha sido un estandarte en las batallas políticas del continente americano, es hacia finales del siglo XX que en Venezuela se plantea un proceso de fortalecimiento federal.

En la fugaz pero no menos importante Constitución de 1811 (tercera Constitución escrita del mundo) se previó que las Provincias eran las que les delegaban la autoridad y retenían la no delegada. Fue, sin embargo, el Poder Ejecutivo Federal quien en 1812 designó a Francisco de Miranda como General en Jefe de la Confederación con las más amplias facultades. Y fue Francisco de Miranda quien -sin consultar con el pueblo- suscribió el 25 de julio de 1812 el armisticio con Domingo de Monteverde.

La Constitución de 1874 es otro ejemplo interesante. De acuerdo con ésta el Presidente de la República ejercía la administración general de todo lo que no estuviera atribuido a otra autoridad, pero, aquí, los Estados reconocían sus autonomías y de acuerdo con el artículo 12 conservaban “en toda su plenitud su soberanía no delegada expresamente en esta Constitución”. Antonio Guzmán Blanco, el Ilustre Americano, no obstante, era quien detentaba un poder omnímodo durante los casi veinte años de su gobierno. No los Estados.



De hecho, su padre, Antonio Leocadio Guzmán, en 1867 llegó a afirmar que el federalismo no era más que una bandera terminológica vacía de contenido. Dijo así que:

No sé de dónde han sacado que el pueblo de Venezuela le tenga amor a la Federación, cuando no sabe ni lo que esa palabra significa. Esa idea salió de mí y otros que nos dijimos: supuesto que toda revolución necesita bandera, ya que la Convención de Valencia no quiso bautizar la Constitución con el nombre de Federal, invoquemos nosotros esa idea; ¡porque si los contrarios, señores, hubieran dicho Federalismo, nosotros hubiéramos dicho Centralismo!<sup>18</sup>

Esto lejos estaba (y está) de ser cierto. El federalismo como articulación de los Estados responde, en Venezuela, al ejemplo de la Revolución Americana iniciada en 1776<sup>19</sup>. No es una invención ni formal ni sustancial de Antonio Leocadio Guzmán. Pero en todo caso lo que sí es cierto es que la historia venezolana ha sido tan cíclica al mejor estilo de Arnold Toynbee<sup>20</sup> pero siempre teniendo una gravitación presidencial. El caudillis-

---

18 Antonio Leocadio Guzmán, Discurso en el Congreso de 1868 al discutir la reforma constitucional en Domingo Olavarría, *Historia Patria*. X Estudio Histórico-Político en refutación de “El Manifiesto Liberal de 1893”, Valencia, 1893, p. 78.

19 Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública* No. 1, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 69. Más recientemente, John F. Manning (“Federalism and the Generality Problem in Constitutional Interpretation”, 122 *Harvard Law Review*, 2008 - 2009) ha escrito, sin titubeo, que ese sistema en el que comparten espacio distintas autoridades soberanas, es una invención americana. Ni más ni menos. Este artículo resulta particularmente interesante para entender la concepción del federalismo americano (si es que no redundante el epíteto en el origen de la creación) por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

20 “Arnold Joseph Toynbee (14 de abril de 1889, Londres - 22 de octubre de 1975) fue un historiador británico. Autor prolífico, escribió una ingente cantidad de obras. Su obra más reconocida e influyente es, sin duda, Estudio de la Historia (A Study of History, doce volúmenes escritos entre 1934 y 1961). Especialista en filosofía de la historia, estableció una teoría cíclica sobre el desarrollo de las civilizaciones. Según Toynbee, las civilizaciones no son sino el resultado de la respuesta de un grupo humano a los desafíos que sufre, ya sean naturales o sociales. De acuerdo con esta teoría, una civilización crece y prospera cuando su respuesta a un desafío no sólo tiene éxito, sino que estimula una nueva serie de desafíos; una civilización decae como resultado de su impotencia para enfrentarse a los desafíos que se le presentan.” La información anterior se obtuvo de Wikipedia ([http://es.wikipedia.org/wiki/Arnold\\_J.\\_Toynbee](http://es.wikipedia.org/wiki/Arnold_J._Toynbee)).

mo se ha repetido constantemente de una u otra manera. No en vano se ha dicho con vehemencia que en la cultura venezolana existe una única concepción del poder: El Presidente gobierna solo y sin controles<sup>21</sup>.

Fue, en realidad, a partir del 17 de diciembre de 1984, que se institucionalizó uno de los esfuerzos más importantes a favor de la descentralización. Me refiero a la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado. Esta Comisión (cuyos integrantes, no sin un dejo de paradoja, los designó el Presidente de la República) elaboró un detallado Proyecto de Reforma Integral del Estado<sup>22</sup>. El Proyecto es rescatable a pesar que no se haya concretado, y, en lo que aquí interesa, la descentralización se concibió como una línea maestra del Proyecto. La sociedad, los Estados y los Municipios debían fortalecerse y de acuerdo con el Proyecto esto se concretaría con la redistribución de la renta nacional y de la transferencia (reconocimiento, para ser claros) de competencias.

## 2.2. 1989. Un año y tres iniciativas legales para la descentralización

En 1989 –como corolario del Proyecto de Reforma Integral del Estado– se sancionaron tres Leyes importantes. La primera fue la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado<sup>23</sup>. Esta Ley dispuso que los Gobernadores de los Estados (mas no así el del entonces Distrito Federal) serían elegidos por votación directa y no por una designación presidencial, como ocurría antes de la Ley. La Ley no hizo otra cosa que concretar una votación que ya preveía la Constitución de 1961. Saldó con tardanza evidente una deuda constitucionalmente exigible.

La segunda Ley que acompañó a aquella Ley -y es que no podía ser de otra manera pues la Ley sobre elección y Remoción de los Gobernadores de Estado no podía aplicarse “como un acto aislado, sino como una pieza dentro de un proceso global y más sustantivo de descentrali-

21 José Guillermo Andueza, “El Presidencialismo Venezolano”, XVI Jornadas JM Domínguez Escovar, *Derecho Constitucional*, Barquisimeto, 1991, p. 103.

22 Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, *La reforma del Estado: proyecto de reforma integral del Estado*, Caracas, 1988, 445 ps.

23 *Gaceta Oficial* No. 4.086 Ext. del 14 de abril de 1989.

zación política del Estado”<sup>24</sup>- fue la Ley Orgánica de Régimen Municipal<sup>25</sup>. La Ley previó al Alcalde -como autoridad local elegida directamente- así como a las asociaciones de vecinos. Esto quiere decir que la Ley además de regular a los Municipios abrió espacios de participación (directa e indirecta) para que las personas pudiesen resolver sus problemas locales a través del Alcalde y de las asociaciones de vecinos. De hecho, en 1989 se realizaron las primeras elecciones de Gobernadores y Alcaldes. Así, aún cuando en esas elecciones la abstención fue de 45,1% (algo así como 5.007.486 electores) no es menos cierto que la participación del 54,9% (4.198.636 electores) reveló un interés de la sociedad por participar más en los asuntos públicos<sup>26</sup>. O sea, por ser una sociedad democrática.

Pero el Estado estaba en crisis. El mundo en realidad, y Venezuela no era la excepción. Por ello la participación de las personas en los asuntos públicos debía concretarse. Después de todo, esa participación, concretable a través de la descentralización, no era ni es sólo una exigencia para la efectividad de tales asuntos sino una exigencia democrática<sup>27</sup>. Y así fue que se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público<sup>28</sup>.

La Ley dispuso la transferencia *ipso iure* de algunas competencias nacionales a favor de los Estados y el procedimiento para que éstos solicitaran la transferencia de otras más que, a su juicio, pudiesen asumir. La Ley, sin embargo, insistió en su artículo 22 en que los Gobernadores eran “agentes” del Poder Ejecutivo Nacional y que como tales debían “ejecutar y hacer ejecutar las órdenes y resoluciones que reciba(n) del Ejecutivo Nacional”. Si, un Gobernador se negaba a cumplir esas órdenes, el artículo 31 de la Ley disponía que esa negativa sería una causal de remoción. Poco federal y para nada descentralizada era la jerarquía de los Gobernadores. Era criticable, sí, en ese y otros aspectos (por ejemplo, en el artículo 33

24 Allan R. Brewer-Carías, “La elección directa de Gobernadores”, *El Nacional*, 16 de agosto de 1988, p. A-4.

25 *Gaceta Oficial* N0. 4.109 Ext. del 15 de junio de 1989.

26 Los datos se obtuvieron de la Dirección de Estadísticas Electorales del Consejo Nacional Electoral (<http://www.cne.gov.ve/estadisticas/e009.pdf>).

27 Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública* No. 1, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 88.

28 *Gaceta Oficial* No. 4.153 Ext. del 28 de diciembre de 1989.

dispuso que los Estados tendrían las mismas prerrogativas procesales que la República, y, ésta ha sido quizás la disposición más aplicada de la Ley) pero no por esto la Ley deja de ser importante.

1989 llegó así a su fin y la descentralización se había iniciado. Había reminiscencias centralistas (como por ejemplo la de la concepción de los Gobernadores como agentes del Poder Ejecutivo Nacional) pero *alea jacta est*. La Comisión para la Reforma del Estado fue suprimida<sup>29</sup>, y hoy, sin embargo, no se han obtenido, ni en la experiencia venezolana ni en otras extranjeras<sup>30</sup>, los resultados que en 1989 se esperaban de la descentralización.

### 2.3. La (des)centralización en la actualidad

Hoy en día hay dos realidades en torno a la descentralización. La primera es que los Consejos Comunales son la organización social por excelencia. Estos Consejos, que están integrados por la comunidad, no sólo tienen trato preferencial frente al Estado<sup>31</sup> sino que, más importante, detentan numerosas competencias. Sólo por mencionar algunas: Los Consejos Comunales supervisan el cumplimiento de las recientemente modificadas normas de protección a los consumidores<sup>32</sup>, ejercen la guardería ambiental<sup>33</sup>, controlan el Registro Agrario<sup>34</sup> y supervisan el cumplimiento de los deberes tributarios formales<sup>35</sup>. Creo que –excepción hecha del control que les recaerá– los Consejos Comunales son una buena institucionalización de la descentralización, siempre que, claro, cumplan con el fin con el que se

29 *Gaceta Oficial* No. 36.682 del 16 de abril de 1999.

30 Carlos M. Vilas, “Descentralización de políticas públicas: Argentina en la década de 1990”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* No. 300, Buenos Aires, 2004, p. 51.

31 *Cfr.* el artículo 59 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales.

32 Me refiero a la Ley para la Protección de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (*Gaceta Oficial* No. 39.358 del 1 de febrero de 2010). Unos interesantes comentarios sobre la Ley pueden encontrarse en AA.VV, *Comentarios a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, Funeda, Caracas, 2009, 222 ps.

33 *Cfr.* el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ambiente (*Gaceta Oficial* No. 5.833 Ext. del 22 de diciembre de 2006).

34 *Cfr.* la Resolución No. 037 del Ministerio de Tierras (*Gaceta Oficial* No. 38.863 del 1 de febrero de 2008).

35 *Cfr.* la Providencia No. 0890 del Servicio de Administración Tributaria (*Gaceta Oficial* No. 38.840 del 28 de diciembre de 2007).

crearon. Esto es así debido a que la descentralización es, por así decir, un criterio técnico que se fija en el grado de independencia en la toma y en el control de las decisiones. Descentralización significa “independencia en el funcionamiento y competencia de decisión”<sup>36</sup>. Por ello, si existe un control sobre los Consejos Comunales (como en efecto existe, ya que, y tómesese en cuenta, que no sólo hasta hace poco existió una Comisión Presidencial que los controlaba y, dentro de la última propuesta de reforma presidencial rechazada se los incorporaba a un Poder Público: El Poder Popular. Hoy en día, en este sentido, el control se practica a través de la asignación de recursos) se desvirtúa la descentralización que estos Consejos representan.

La segunda realidad es que existe una tendencia hacia la centralización. Un par de ejemplos me ayudarán en esta afirmación. El primero es la creación de la Comisión Central de Planificación<sup>37</sup>. Se trata de una Comisión dependiente del Presidente de la República -de hecho, el Vicepresidente la preside- cuyo objeto no es otro que la aplicación centralizada de los lineamientos presidenciales en todo el universo administrativo. De hecho, en su artículo 4, la Ley que creó la Comisión afirma que ningún ente sometido a su control gozará “de autonomía organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera”. Y en su artículo 19 dispone que las disposiciones de la Ley prevalecen “en el ordenamiento jurídico vigente”. Esta Comisión Central de Planificación es un órgano permanente creado para armonizar las actuaciones de la Administración Pública Nacional<sup>38</sup>, pero que, desdibuja el espíritu y las exigencias descentralizadoras de la Constitución<sup>39</sup>.

---

36 Alfredo Gallego Anabitarte, “Transferencia y descentralización. Delegación y desconcentración. Mandato y gestión o encomienda”, *Revista de Administración Pública* No. 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, p. 9.

37 *Gaceta Oficial* No. 5.841 Ext. del 22 de junio de 2007.

38 *Cfr.* el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

39 El Profesor Allan R. Brewer-Carías escribió un interesante artículo al respecto: Comentarios sobre las inconstitucionalidades del Decreto Ley de la creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria, propia de un estado socialista, por violación de las normas relativas al sistema de economía mixta y a la forma de estado descentralizado que establece la Constitución, Nueva York, 2007. El texto íntegro de este artículo está disponible en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com).

El otro ejemplo es la última reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público<sup>40</sup>. En esta reforma –aplaudida por unos<sup>41</sup> pero no por otros- se incorporaron dos artículos, el 8 y el 9, que establecen las competencias del Poder Ejecutivo Nacional para “revertir por razones estratégicas, de mérito, oportunidad o conveniencia, la transferencia de las competencias concedidas a los estados” y para “decretar la intervención... de bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos”. La concreción de estas disposiciones no se hizo esperar. Tres días después la Asamblea Nacional autorizó la reversión inmediata a favor del Poder Ejecutivo Nacional de los Puertos El Guamache del Estado Nueva Esparta, Cabello del Estado Carabobo y Maracaibo del Estado Zulia<sup>42</sup>. Y cinco días después se autorizó la creación de una empresa del Estado: Bolivariana de Puertos<sup>43</sup>. Obviándose el trasfondo político de este asunto (ejercicio difícil, si se tiene en cuenta que ¿casualmente? en esos tres Estados acababan de ganar las elecciones gobernadores no identificados con el gobierno nacional) las objeciones aún pueden, y deben, formularse. En primer lugar, la reversión y la intervención prevista en la Ley desvirtúa el artículo 158 de la Constitución, ya que establecen una dependencia a favor del Poder Ejecutivo Nacional. Y esto no se condice con la descentralización. En segundo lugar, el artículo 164 de la Constitución establece que es competencia exclusiva de los Estados la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional”. En este caso lo que existe es una absorción -lejos de una coordinación- por parte del Ejecutivo que, al menos a la fecha, el Tribunal Supremo de Justicia no ha controlado. En el caso *Estado Carabobo* del 19 de noviembre de 2009, la Sala Constitucional declaró improcedente una solicitud cautelar de suspensión de efectos debido que, a su juicio, no existen elementos que revelen un “perjuicio a la sociedad o las instituciones nacionales”.

---

40 *Gaceta Oficial* No. 39.140 del 17 de marzo de 2009.

41 Armando Rodríguez, “La reciente modificación a la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Sector Público: efectos sobre el proceso descentralizador y el desarrollo local venezolano”, Provincia No. 22, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida, 2009, p. 36.

42 *Gaceta Oficial* No. 39.143 del 20 de marzo de 2009.

43 *Gaceta Oficial* No. 39.146 del 25 de marzo de 2009.

En tercer lugar, el uso de conceptos jurídicos indeterminados para solicitar esa reversión y aquella intervención no es totalmente acertado. Si la descentralización es una política nacional, una exigencia democrática prevista en toda la Constitución, mal podría limitársela, y menos aún con la indeterminación propia de los referidos conceptos que, en todo caso (que no ha sido) deben interpretarse restrictivamente<sup>44</sup>. En cuarto lugar, las reversiones y las intervenciones se han concretado a favor del Poder Ejecutivo Nacional y no de las comunidades. Éste, como he dicho, crea empresas, en apariencia, descentralizadas pero, en realidad, sometidas al yugo presidencial. Esto tampoco se condice con la descentralización ni con la subsidiariedad que la sostiene debido a que, aquí, ha operado una absorción de las actividades y no una asunción directa por la comunidad, ni menos de los Municipios o de los Estados a quienes se las han sustraído.

## **II. LA LEY DEL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO. MIS COMENTARIOS SOBRE LA RECEPCIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN ÉSTE**

El Consejo Federal de Gobierno es el órgano encargado de la planificación y de la coordinación de políticas y de acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios<sup>45</sup>. Se trata de una “una figura nueva, sin precedentes en nuestro ordenamiento constitucional o legal”<sup>46</sup>. El Consejo está presidido por el Vicepresidente Ejecutivo e integrado por Ministros, Gobernadores y Alcaldes. De él depende el Fondo de Compensación Interterritorial –sustituto del Fondo Intergubernamental– destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y la complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo. El Consejo, ha dicho la

---

44 La Sala Constitucional en el caso Unilever del 15 de noviembre de 2004 dispuso que “las disposiciones de carácter prohibitivo deben ser interpretadas restrictivamente y aquellas favorables a las libertades consagradas en el ordenamiento deben serlo extensivamente”.

45 *Cfr.* el artículo 185 de la Constitución.

46 Manuel Rachadell, “El Consejo Federal de Gobierno y el Fondo de Compensación Interterritorial”, *Revista de Derecho* No. 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 430.

Sala Constitucional, en el caso *Estado Monagas* del 18 de junio de 2003, es el reconocimiento de la titularidad jurídica de la descentralización. Es más, la propia Sala, en el caso *Henry Falcón* del 15 de diciembre de 2004, dispuso que el Consejo Federal de Gobierno es una expresión institucional del derecho a la participación en los asuntos públicos.

La Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno regula, y no sin demora, una creación constitucional. El tema, empero, es que no lo hace en los mejores términos, y de allí que sea susceptible de los comentarios que a continuación se exponen.

### **1. El quid del Consejo: ¿descentralización o desconocimiento de los Estados y los Municipios?**

El artículo 185 de la Constitución prevé que el Consejo Federal de Gobierno planificará y coordinará las políticas para el desarrollo de la descentralización a favor de los Estados y los Municipios.

La Ley, en su artículo 1, reconoce que “atiende al establecimiento del régimen para la transferencia de las competencias entre los entes territoriales, y a las organizaciones detentadoras de la soberanía originaria del Estado”. Esto podría objetarse si se entiende que tal transferencia debe ser hacia los Estados y los Municipios y no desde éstos. Creo, sin embargo, que una crítica así no encontraría asidero constitucional sino, a lo sumo, en las más formalistas interpretaciones. Es cierto que el artículo 185 no habla de “organizaciones” pero también es cierto que la descentralización –a la que apunta el Consejo Federal– supone el acercamiento del poder al pueblo.

No es jurídicamente reprochable que la Ley se refiera a las organizaciones sociales. Lo que sí es criticable es, primero, que la Ley sortee a los Estados y a los Municipios como sujetos de la descentralización (fjese que pareciera que éstos deberán transferir sus competencias a la sociedad), y, luego, que se deje como único, y muy controlado, receptor de ésta, a la sociedad. Recuérdese que la sociedad se entiende organizada bajo los Consejos Comunales. De hecho, así se deduce sin mayor análisis el artículo 9.



Por ello es que preocupa el texto del artículo 2 que dice así:

Finalidad. Artículo 2. El Consejo Federal de Gobierno 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. En consecuencia, el Consejo Federal de Gobiernos establece los lineamientos que se aplican a los procesos de transferencia de las competencias y atribuciones de las entidades territoriales, hacia las organizaciones de base de poder popular.

Los lineamientos del Consejo Federal de Gobierno serán vinculantes para las entidades territoriales”.

Esta norma establece la “finalidad” del Consejo Federal de Gobierno desconociendo la finalidad que le establece el artículo 185 de la Constitución. Repito: Constitucionalmente es posible, y hasta exigible, incorporar a la sociedad al proceso de descentralización, pero, de allí a desconocer que los Estados y los Municipios también forman parte del proceso, hay muchas diferencias. No todo lo puede hacer la sociedad por sí misma ya que de lo contrario, no tuviera sentido ni la existencia del Estado. La descentralización es un proceso gradual ascendente y no uno en el que se le “de” poder a la población y se la controle directamente en el Poder Ejecutivo Nacional. Quizás esto sea un deseo político pero no puede ser una realidad constitucional.

La norma prevé que el Consejo Federal de Gobierno establecerá lineamientos vinculantes para los Estados y los Municipios pero –muy a pesar de ajustarse en su primera parte a las disposiciones constitucionales– el artículo dispone que tales lineamientos se aplican a los procesos de transferencia de las entidades territoriales hacia las organizaciones populares. En otras palabras: el Consejo determinará cómo y cuándo tales entidades le transferirán sus competencias a estas últimas. Y esto ciertamente se desdice con la primera parte de la norma que se refiere al desarrollo del proceso de descentralización.

Otra disposición que en este sentido llama la atención es el artículo 6:

Distritos Motores de Desarrollo. Artículo 6. El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros y Ministras, sin perjuicio

de la organización político territorial de la República, podrá crear Distritos Motores de Desarrollo con la finalidad de impulsar en el área comprendida en cada uno de ellos un conjunto de proyectos económicos, sociales, científicos y tecnológicos, destinados a lograr el desarrollo integral de las regiones y el fortalecimiento del Poder Popular, en aras de facilitar la transición hacia el socialismo”.

No sé de donde se ha sacado este concepto de Distritos Motores de Desarrollo, pero, lo cierto, es que el Presidente o Presidenta de la República, no tiene facultades de ordenación territorial, por lo que, esto hace objetable a esta norma. De hecho, tal facultad fue popularmente rechazada en el proyecto presidencial de reforma constitucional en el que se establecía una *geometría del poder* muy parecida. Ya hay Estados y Municipios. Sólo hace falta que se armonicen sus funciones bajo el proceso de descentralización federal. Para eso es que la Constitución creó al Consejo Federal de Gobierno. Pero, advierto, preocupa el hecho de que estas nuevas organizaciones encuentran como teleología la transición hacia el socialismo cuando, a decir verdad, la Constitución no se refiere a éste. Aquí, por ello, podría hasta hablarse de un falso supuesto representativo por parte de la Asamblea Nacional debido a que ésta ha aprobado -con esta Ley que se comenta y particularmente con esta disposición- una situación rechazada por el pueblo en un comicio ya celebrado.

## 2. El Fondo de Compensación Interterritorial

El dinero del Consejo Federal de Gobierno está en ese Fondo. Este Fondo expresamente mencionado en el artículo 185 de la Constitución sustituye al Fondo Intergubernamental para la Descentralización. Pero no se trata de un cambio nominal. Subyace, en la Ley, una modificación sustancial. En primer lugar, el Fondo Intergubernamental está compuesto por no menos del quince por ciento de la recaudación del impuesto al valor agregado<sup>47</sup>, mientras que, la Ley excluye del Fondo de Compensación Interterritorial ese porcentaje. Sólo son ingresos, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley: (1) Los aportes que le suministre el Poder Ejecutivo Nacional; (2) los recursos que le asignen las entidades políticas territoriales; (3) los demás ingresos que obtenga por su propia gestión o

---

47 Cfr: el artículo 2 de la Ley del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (*Gaceta Oficial* No. 5.805 Ext. del 22 de Marzo de 2006).

administración o que reciba de las donaciones de cualquier naturaleza que le sean efectuadas; (4) los demás ingresos que sean asignados por otras leyes. Esto quiere decir que se deja sin mayores recursos a la institucionalización del proceso de descentralización -o sea, al Consejo Federal de Gobierno- y que en todo caso dependerá de lo que le “suministre” el Poder Ejecutivo. Incluso es contradictorio el punto (2) del artículo 27 de la Ley ya que el Consejo tiene que colaborar técnica y económicamente con los Estados y Municipios, y, es improbable que éstos tengan la disposición presupuestaria para sufragarlo.

## **REFLEXIÓN FINAL**

Venezuela es un Estado Federal y Descentralizado. Esta es una concepción constitucional que debe concretarse a favor de la felicidad general. La Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, sin embargo, no conduce a esa concreción. O, si se quiere, lo hace con distorsiones. Es importante, y en esto es positiva la Ley, que se incorpore a la sociedad dentro del proceso de descentralización -el principio de subsidiariedad en el que se apoya exige que se deje el espacio de poder que la sociedad pueda manejar eficazmente por sí misma- pero no es correcto, jurídicamente hablando, que se desconozca la presencia de los Estados y de los Municipios. La descentralización es institucionalmente gradual. Si la sociedad puede hacer un bien o prestar un servicio, debe permitírsele hacerlo o prestarlo por sí misma. Si no puede, el apoyo o la intervención irá apareciendo con los Municipios, los Estados y, en último caso, la Nación. Mal puede entenderse que una relación directa (y controlada) entre ésta última y la sociedad sea una concreción de la descentralización. La Ley apunta a esto y, de allí, mis críticas.

# El derecho procesal constitucional transnacional

Alejandro González Valenzuela\*

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo proponer algunas precisiones conceptuales y metodológicas, en torno a las bases fundamentales del derecho procesal constitucional transnacional, pues, se ha podido advertir que ciertas corrientes doctrinarias nacionales y extranjeras aluden frecuentemente a estas bases teóricas de manera imprecisa, sin distinguir en sus consideraciones, por ejemplo, entre el aspecto normativo sustantivo y el aspecto adjetivo-institucional de los ámbitos humanitarios y comunitarios de derecho procesal constitucional transnacional.

## PALABRAS CLAVE

Constitución, Derecho procesal, Ámbitos humanitarios, Ámbitos comunitarios

## ABSTRACT

This paper aims to propose some conceptual and methodological, about the fundamentals of transnational constitutional procedural law, then, it has been noted that certain domestic and foreign doctrinal currents often refer to these loosely theoretical basis, without distinguishing in its considerations, for example, between the normative substantive and adjective-institutional aspect of the humanitarian and community transnational constitutional procedural law.

## KEY WORDS

Constitution, procedural law, humanitarian, Community Areas

## 1.- NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

Para el eminente tratadista mexicano *Eduardo Ferrer Mac-Gregor*, citando a su connacional, el profesor Héctor Fix Zamudio, *el derecho procesal transnacional* es una disciplina jurídica cuya sistematización científica es relativamente reciente, la cual,

---

\* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Especialista en Derecho Constitucional (UCAB). Especialista en Derecho Procesal Constitucional (UMA)

‘abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos’, por lo que puede decirse que en la formación de esta novel disciplina jurídica confluyen aspectos comunes del derecho procesal, constitucional, e internacional<sup>1</sup>.

Por su parte, el eminente tratadista italiano *Mauro Cappelletti*<sup>2</sup>, nos brinda una aproximación conceptual, desde una perspectiva doctrinaria diferente, que no tiene centralidad en la tradicional noción de *derecho procesal constitucional transnacional*, sino, en otra categoría jurídica, la de *jurisdicción constitucional supranacional*, a la que en su dimensión humanitaria denomina jurisdicción internacional de las libertades, la cual, contrapone a la tradicional concepción de la exclusividad soberana de los estados nacionales, desde esta perspectiva Cappelletti analizando, especialmente, la función que realiza la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, define a la jurisdicción internacional de las libertades como “aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre o Grundrechte contra actividades del poder público lesivas de tales derechos”.

En mi opinión, el *derecho procesal constitucional transnacional*, categoría jurídica más precisa que la de jurisdicción transnacional, es una novel disciplina conformada por el entramado normativo de tipo adjetivo, encargada de regular, por una parte, el funcionamiento, y, los procedimientos, de (y ante) los órganos ejecutivos, jurisdiccionales, y cuasi jurisdiccionales con competencia transnacional, así como, los sistemas y métodos de interpretación convencional (es decir, de los tratados y convenciones internacionales) empleados por éstos; y por la otra, los procedimientos relativos a la recepción, en los países que integran la organización internacional o comunitaria, de las disposiciones, recomen-

---

1 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Interprete Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Tomo II, Porrúa, México, 2.006.

2 Mauro Cappelletti, “La Justicia Constitucional” (estudios de derecho comprado), UNAM, México, 1.987

daciones, medidas y decisiones jurisdiccionales emanadas de los órganos transnacionales.

Esta categoría, novedosa en el ámbito jurídico, ha generado no pocas inquietudes de orden conceptual, en virtud de que frecuentemente se plantean controversias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (nacional y transnacional) sobre el sentido y significado de lo *procesal constitucional nacional* y lo *procesal constitucional transnacional*, lo que pudiera llevar a pensar en una contradicción terminológica, sin embargo, resulta evidente que el concepto de derecho procesal constitucional transnacional, tiene plena validez jurídica si lo entendemos en el sentido antes señalado, es decir, como un entramado normativo y jurisdiccional, que viene, por una parte, a reforzar el sistema procesal constitucional nacional en materia de derechos fundamentales; y, por la otra, a complementar el orden jurídico nacional en materia de integración política, económica y social.

## **2.- BASES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL**

### **2.1.- La doble dimensión del derecho procesal constitucional transnacional**

El *derecho procesal constitucional transnacional* detenta una doble dimensión, por una parte, *es derecho procesal humanitario o derecho procesal supraconstitucional*<sup>3</sup>, conformado por el entramado normativo adjetivo que regula el funcionamiento, y los procedimientos de (y ante) los organismos transnacionales con competencia en materia de derechos humanos, así como, los mecanismos para la recepción interna de los

3 A esta vertiente se le puede denominar, también, *derecho procesal supraconstitucional*, en la medida en que está conformada por el entramado normativo, que regula los procedimientos dirigidos a hacer efectivo el derecho humanitario transnacional, de evidente rango supraconstitucional dado que incide directamente en el núcleo duro de las constituciones nacionales, lo que implica una prohibición a cualquier poder constituyente de estatuir lo contrario a lo establecido en las normas humanitarias transnacionales, a las cuales, se les debe reconocer aplicación preferente a lo establecido en las constituciones nacionales, tal como lo dispone la Constitución de Venezuela, en su artículo 23; aún cuando, otras constituciones, simplemente, las incorporen al bloque de la constitucionalidad.

actos jurídicos (decisiones jurisdiccionales, recomendaciones, medidas cautelares, medidas provisionales, etc.), emanados de los organismos con competencia humanitaria transnacional, entre los que pueden mencionarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De otra parte, es *derecho procesal constitucional comunitario o supranacional*, conformado por la normativa comunitaria adjetiva, encargada de regular, el funcionamiento y los procedimientos de (y ante) los órganos comunitarios, ejecutivos y jurisdiccionales; así como, la recepción interna de sus dispositivos ejecutivos y jurisdiccionales en materia política, económica y social. Esta normativa detenta rango constitucional, cuando es originaria o convencional, es decir, cuando emana del acto fundante (tratado) de la organización supranacional, y tiene rango infraconstitucional, cuando se trata de actos derivados, es decir, aquellos dictados en ejecución del tratado comunitario, ya sean reglamentos, resoluciones, decisiones, recomendaciones o fallos jurisdiccionales. Entre los ejemplos, más paradigmáticos de organizaciones comunitarias o supranacionales, podemos citar a la Unión Europea, y a la Comunidad Andina de Naciones.

## 2.2.- El orden público transnacional

Así, como en el Estado Constitucional Democrático se apela a la doctrina del *orden público constitucional*, para asegurar en el plano interno la hegemonía e intangibilidad del principio de supremacía normativa de la Constitución, los sistemas jurídicos transnacionales cuentan, también, con el principio del *orden público transnacional*, para asegurar la hegemonía e intangibilidad del principio de primacía de los tratados internacionales<sup>4</sup>, y de manera especial, asegurar la tutela de los derechos humanos.

Conforme a este principio, la institucionalidad transnacional (jurisdicción y normativa transnacional) adquiere proyección prescriptiva e instrumental, en el sentido de que tanto los Estados como los organismos internacionales (regionales o comunitarios), deben velar por la preservación del *orden público transnacional*, a cuyo efecto, deben adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que se oponen, dificultan o impiden la concreción del ideal (*deber ser*) de hegemonía e

---

4 Artículo 27, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

intangibilidad de la primacía de los tratados internacionales; así como, las medidas restablecedoras, reparadoras o indemnizatorias indispensables, en materia de derechos humanos; e, incluso, deben adoptar medidas de tipo preventivo para evitar la vulneración de derechos humanos, tal como lo hiciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su célebre sentencia de fecha 7 de julio de 1989, caso Soering<sup>5</sup>.

### 2.3.- Universalidad del derecho procesal constitucional transnacional

Uno de los rasgos distintivos del *derecho procesal constitucional transnacional*, es su vocación de universalidad, en el sentido de que la normativa procesal comunitaria, así como la doctrina jurisprudencial que desarrollan los órganos jurisdiccionales transnacionales comunitarios y humanitarios, no sólo, es recibida por los países que integran las organizaciones sujetas a su jurisdicción, sino, también, por otras expresiones comunitarias, como ocurre con la influencia rectora que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y también, sobre jurisdicciones nacionales, tal como ocurrió en la célebre sentencia de fecha 7 de julio de 1989, caso Soering; así como la influencia recíproca que han tenido la Unión Europea y la Comunidad Andina.

En este sentido, cabe destacar que hasta la segunda post guerra, sólo estaban incorporados al derecho procesal constitucional transnacional, principios de derecho natural, sin embargo, a partir de la década de los 70 comienzan a aparecer incorporadas a esta novel disciplina, normas y principios de derecho positivo extraídas del derechos internacional, específicamente del derecho constitucional, y del derecho procesal constitucional transnacional, sobre este aspecto, Acosta Sánchez<sup>6</sup> con gran perspicacia ha observado que “se puede incluso considerar que de las

---

5 Este es uno de los *leading cases* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de este fallo los Estados europeos quedan obligados, no sólo, a no violar mediante una acción directa los derechos humanos, sino, además, se consagra para ellos una obligación positiva de hacer, para evitar torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes; asimismo, este fallo consagró el carácter territorial de la tutela de derechos humanos; y, la exigibilidad de tutela cautelar anticipativa o preventiva en materia humanitaria.

6 José Acosta Sánchez, “Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional”, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 224.



jurisprudencias concordantes de los Tribunales Constitucionales derivan una serie de principios comunes para el orden constitucional de los diversos países europeos, que se pueden denominar «normas transnacionales supraconstitucionales».

#### **2.4.- Inmediación o subsidiariedad del derecho procesal constitucional transnacional**

La funcionalidad de un sistema jurídico transnacional no puede ser analizada en términos binarios o absolutos, en el sentido de que su operatividad deba ser inmediata o subsidiaria, por cuanto, antes de establecerse dicha operatividad (inmediación o subsidiariedad), debe distinguirse, en primer lugar, entre su dimensión humanitaria transnacional y su dimensión comunitaria; y, en segundo lugar, entre el ámbito normativo sustantivo, y, el ámbito jurisdiccional-procesal, de cada una de estas dimensiones.

Ciertamente, la dimensión humanitaria transnacional está conformada por un ámbito normativo sustantivo, es decir, por el conjunto de normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales que consagran derechos humanos (derecho humanitario transnacional sustantivo), y por un ámbito jurisdiccional-procesal, es decir, por el entramado institucional humanitario (Comisiones y Tribunales Internacionales de Derechos Humanos), así como, por la normativa adjetiva que regula su funcionamiento y los procedimientos, fallos, recomendaciones, y medidas cautelares de (y ante) las jurisdicciones humanitarias (derecho procesal humanitario transnacional o supraconstitucional).

En esta perspectiva, el *derecho humanitario transnacional* (sustantivo) viene a ser fuente directa de derecho constitucional nacional, y, por tanto, de aplicación inmediata y directa en el ámbito nacional, incluso, preferente, si es más favorable, tal como se consagra en algunos sistemas constitucionales (artículo 23, Constitución de Venezuela); por su parte, el *derecho procesal humanitario transnacional o supraconstitucional*, relativo a la jurisdicción transnacional y sus procedimientos, tiene carácter subsidiario, en el sentido de que las víctimas de violaciones de derechos humanos, no tienen acceso directo e inmediato a la jurisdicción transnacional, pues, éstas están obligadas a agotar previamente los recursos jurisdiccionales internos previstos en el *derecho procesal constitucional nacional*.

De otra parte, el derecho supranacional o comunitario, tanto sustantivo como adjetivo, es de aplicación inmediata y directa en el ámbito nacional, incluso, preferente a la legislación interna en algunos sistemas constitucionales (artículo 153 Constitución de Venezuela), por tratarse de un derecho integrador, en el sentido de que gracias a la transferencia de competencias que distintos países han decidido hacer en favor de determinados órganos comunitarios, se ha dado vida a una jurisdicción supranacional o comunitaria, conformada por un entramado normativo comunitario que junto al entramado normativo nacional integran un todo.

En esta perspectiva, no puedo compartir la posición de algunos calificados autores en orden a establecer criterios concluyentes respecto de la intermediación o subsidiariedad de un sistema jurídico transnacional, sin haber establecido, previamente, si se está aludiendo a su dimensión sustantiva o procesal<sup>7</sup>, en este sentido, discrepo de lo expresado por *Ayala Corao*, al afirmar que “un sistema internacional de derechos humanos actúa, en principio, de manera subsidiaria”, por cuanto, como ya se dijo, en el sistema internacional de derechos humanos, habrá intermediación respecto de su dimensión normativa, y habrá subsidiaridad respecto de su dimensión adjetiva; también, son cuestionables los relacionamientos entre la dimensión sustantiva de un sistema jurídico transnacional con la dimensión adjetiva de un sistema jurídico nacional, tal como lo hace, el profesor Bidart Campos<sup>8</sup>, cuando afirma que “el derecho humanitario internacional de los Derechos Humanos, no anula la jurisdicción interna de los Estados en la materia, sino, que esta es concurrente o compartida con la jurisdicción internacional”, por cuanto, desde mi perspectiva, sólo es posible establecer relacionamientos entre ámbitos sustantivos de la jurisdicción nacional con la transnacional, y entre ámbitos adjetivos de la jurisdicción nacional con la transnacional.

---

7 Carlos Ayala Corao, “Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, 2006.

8 Germán Bidart Campos, “Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, 2006.

## **2.5.- Jurisdicción transnacional**

Una vez finalizada la segunda guerra mundial se inicia, principalmente, en Europa, y a lo largo de casi toda la segunda mitad del siglo XX, un proceso de expansión y consolidación de las jurisdicciones constitucionales nacionales y de las jurisdicciones transnacionales, como expresión patente del proceso democratizador que sucedió a los autoritarismos y totalitarismos que predominaron en Europa y América Latina.

La construcción de las jurisdicciones transnacionales, ha estado estrechamente vinculada a procesos de democratización, forjados en torno al fortalecimiento de una identidad democrática común (Estado Constitucional Democrático) para lograr una mayor cooperación e integración internacional, procesos éstos que explican la función del derecho constitucional transnacional, no sólo como factor unificador, sino, también, como factor homogeneizador y democratizador, en la medida en que impone a los países que aspiran a integrar instancias comunitarias internacionales, el cumplimiento de estándares mínimos en materia de derechos humanos, y, de democracia, tal como ocurre con los Estatutos, Cartas y Protocolos democráticos de la Unión Europea, la OEA, la Comunidad Andina, Mercosur, entre otros.

Las jurisdicciones transnacionales son producto de la articulación del conglomerado normativo adjetivo (originario y derivado) e institucional, que dan virtualidad jurídica a una estructura jurisdiccional, conformada por un conjunto de Estados, que, han decidido ceder parte de su soberanía, o más exactamente –en mi opinión–, parte de sus competencias, en favor de determinados órganos jurisdiccionales transnacionales, creados por ellos mismos, en el marco de un determinado pacto asociativo o humanitario, mediante el cual, determinados órganos internacionales humanitarios y/o comunitarios quedan habilitados para adoptar decisiones jurisdiccionales a las que están sujetos no sólo los Estados, sino, también, los ciudadanos de cada país miembro de la asociación jurisdiccional.

## **2.6.- Fuentes de derecho procesal constitucional transnacional y su jerarquía**

Los sistemas jurídicos transnacionales cuentan con diversas fuentes de derecho (sustantivo y adjetivo), las cuales, tienen distintos niveles jerárquicos, a saber:

### 2.6.1.- *Tratados internacionales*

La primera de estas fuentes son los tratados internacionales, que en general obligan a los Estados contratantes a cumplir de buena fe las obligaciones contraídas, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, sin embargo, como consecuencia del proceso de globalización que viene experimentando la humanidad desde la década de los 80 del siglo pasado, que ha traído como consecuencia procesos de integración comunitaria y de homogeneización en lo jurídico, en lo político y en lo social, muchos ordenamientos constitucionales han venido consagrando de manera expresa la recepción de ordenamientos transnacionales, cuyo orden jerárquico es más complejo de lo que parece.

En esta perspectiva, en un primer nivel jerárquico se ubican los tratados sobre derechos humanos, los cuales, en mi opinión, tienen valor supraconstitucional, en el sentido de que lo estatuido por ellos (tanto a nivel sustantivo como adjetivo) no puede ser modificado en el plano interno, por poder constituyente alguno, debido a que inciden directamente en el núcleo duro de la constituciones nacionales (territorio, soberanía, nacionalidad, régimen democrático, su parte dogmática), lo que explica que ciertas constituciones le reconozcan aplicación preferente si contienen dispositivos más favorables, tal como lo hace el artículo 23 de la Constitución venezolana, y, que otros textos constitucionales, los incorporen al bloque de la constitucionalidad, como lo hace la Constitución argentina en su artículo 75 inciso 22, o la Constitución peruana en su artículo 105, y la Constitución española en su artículo 10.2, entre otras; y que en otros sistemas constitucionales, ya sea por vía legislativa, o jurisprudencial, se les reconozca valor constitucional, como ocurre en Suiza, Austria y Bélgica, según más adelante se explicará (ver numeral 4.2.1 de este capítulo).

### 2.6.2.- *Interpretación abstracta de tratados internacionales*

En segundo lugar, en mi opinión, se ubican las interpretaciones abstractas que sobre el sentido y alcance de normas convencionales (tratados), sustantivas o adjetivas, realicen los órganos jurisdiccionales transnacionales<sup>9</sup>, función jurisdiccional ésta denominada *jurisdatio per-*

9 Como sería el caso de los dictámenes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo previsto en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

fecta<sup>10</sup>, consistente en determinar el alcance de una norma convencional o de los principios que la informan.

Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de su Estatuto y 64.1, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tiene competencia para interpretar dicha Convención u otros tratados humanitarios a solicitud de los Estados de la OEA, lo que se traduce en la práctica en una fuente para precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas convencionales necesarios para el desarrollo de un sistema interamericano eficiente de tutela de derechos humanos.

La interpretación abstracta consiste de manera concreta, en resolver cuál es el alcance de una norma o de los principios que la informan, cuando los mismos no surgen claros del propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de otros tratados; o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios convencionales en materia de derechos humanos.

Sobre el carácter de fuente de derecho de las interpretaciones convencionales establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscribo plenamente lo señalado por el profesor Héctor <sup>11</sup>, para quién

las mal llamadas 'opiniones' consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no se puede eludir por los Estados partes en la Convención. En tal sentido, su valor es comparable a los dictámenes que emanan de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, y difiere del efecto jurídico que caracteriza a las opiniones consultivas propiamente tales de la Corte Internacional de Justicia. En nuestra opinión, en los casos en que se le consulte sobre

---

10 Esta función jurisdiccional de tipo consultivo, la ha ejercido en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo previsto en los artículos 335 CV, y, 5 LOTSJ, en reiteradas oportunidades.

11 Héctor Faúndez L., "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1.999, pág. 609.

la interpretación de la Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, la Corte emitirá un ‘dictamen’, con carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención. Sobre este punto, es conveniente recordar que el art. 1 del estatuto de la Corte define a ésta como «una institución judicial autónoma cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

### *2.6.3.- Tratados comunitarios*

En tercer lugar, se ubican los tratados internacionales de tipo comunitario, tanto fundacionales como aquellos que crean órganos jurisdiccionales transnacionales (como el que crea al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), que tienen valor constitucional en la medida en que inciden en las constituciones nacionales, al flexibilizar el alcance de la noción de soberanía, permitiendo la cesión, transferencia o delegación de competencias nacionales en favor de órganos supranacionales.

### *2.6.4.- Estatutos y Reglamentos de organismos transnacionales*

En cuarto lugar, se ubican los Estatutos y Reglamentos de los organismos jurisdiccionales transnacionales, que consagran los procedimientos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales ante ellos, entre estos instrumentos podemos mencionar al Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

### *2.6.5.- El orden público constitucional transnacional y la doctrina de los poderes inherentes e implícitos*

Una quinta fuente de derecho procesal constitucional, la constituye la categoría de orden público constitucional transnacional, y la doctrina de los poderes inherentes e implícitos, conforme a las cuales, las medidas preventivas o restablecedoras que puedan adoptarse para mantener especialmente el orden internacional humanitario, no necesariamente deben estar previstas en el ordenamiento internacional o supranacional, por cuanto, los órganos transnacionales cuentan con poderes inherentes o implícitos, a los que se refiere la doctrina

formulada originalmente en el Derecho Público anglosajón, tanto, en el Derecho Constitucional (inherent powers de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros –enmienda X.<sup>a</sup>–; entre ellos está nada menos que la posición del Presidente para conducir las relaciones internacionales), como en el del local government (competencias de los entes locales construidas sobre el sistema de lista –y no sobre el de cláusula general– corregida tal lista con los implied powers). De ahí el tecnicismo ha pasado al Derecho Internacional, tanto en materia de interpretación de los Tratados para corregir el principio nihil servandum quod non scriptum (los Estados no tienen otras obligaciones que las consignadas expresamente en el Tratado), como para definir unas ‘competencias implícitas’ en las Organizaciones Internacionales, no obstante no poder tener éstas otras competencias que las de atribución, conferidas por los instrumentos internacionales que las crean<sup>12</sup>.

Esta doctrina parece haber estado presente de manera implícita en el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que desde un primer momento interpretó de manera extensiva sus escasas y restringidas atribuciones institucionales, para velar por el orden humanitario regional, según nos refiere Héctor Faúndez<sup>13</sup>.

#### 2.6.6.- Normativa comunitaria derivada

Por último, tenemos la normativa comunitaria derivada, la cual, como ya se indicó, tiene rango infranconstitucional, y es de aplicación preferente en el orden interno, en las áreas que han sido objeto de delegación. Desde esta perspectiva, de plantearse un conflicto entre esta normativa y el derecho interno prevalece el derecho comunitario, sin embargo, de plantearse un conflicto entre el derecho comunitario y el derecho interno en áreas no transferidas o no delegadas, debe prevalecer el derecho interno, más aún, sí éste tiene relación con derechos fundamentales consagrados en las constituciones nacionales.

---

12 Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, VOL I, págs. 447 y 448, *Civitas*, Madrid, 1.992.

13 *Ob. cit.* págs. 53 y siguientes.

### 3.- EL PROCESO DE EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES EN EUROPA COMO ANTECEDENTE DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La segunda guerra mundial con toda su secuela de horrores, trajo como consecuencia el inicio de una verdadera revolución en el constitucionalismo europeo, que daría paso a la consagración de la Constitución normativa<sup>14</sup>; al principio de supremacía de la Constitución; a la garantía plena de los derechos fundamentales; y, a la creación y/o consolidación de las jurisdicciones constitucionales nacionales<sup>15</sup>; elementos éstos que van a configurar a un nuevo Estado, el Estado Constitucional Democrático<sup>16</sup>.

De acuerdo con Acosta Sánchez<sup>17</sup>, la revolución constitucional iniciada en Europa al finalizar la II Guerra Mundial, fue propiciada, por una parte, por circunstancias dominantes, tales como: la fuerte influencia de los Estados Unidos como potencia hegemónica en Occidente, que impuso en Europa la idea de que “la Constitución debe establecer un Poder Judicial independiente que revise la legislación federal”<sup>18</sup>; la obsesión de las mayorías en países como Alemania, Austria e Italia, por la estabilidad política y democrática<sup>19</sup>; el contexto de la guerra fría; y, por la otra, por

14 Cuyos preceptos son (en su totalidad) de aplicación inmediata.

15 La acción tuitiva de los derechos fundamentales, desarrollada por las jurisdicciones constitucionales nacionales, dio lugar a que Cappelletti teorizara sobre la jurisdicción constitucional de la libertad, Mauro Cappelletti, *ob. cit.*.

16 En mi opinión, la nomenclatura *Estado Constitucional Democrático*, es más precisa que la nomenclatura *Estado Constitucional de Derecho*, empleada por Antonio Peña-Freire, en “La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho” (Editorial Trotta 1997), por cuanto, Estado Constitucional Democrático es aquel que estando caracterizado por los elementos arriba citados, representa un estadio de desarrollo superior al Estado Democrático, Social y de Derecho (caracterizado por su rol esencialmente prestacional), en cambio, *Estado Constitucional de Derecho*, puede ser denominado cualquier Estado que tenga Constitución escrita, sea éste de perfil democrático o totalitario.

17 José Acosta Sánchez, “Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional”, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 176.

18 “*The Constitution should provide for and independent Judiciary to review federal legislation*”, cita contenida en memorando dirigido por las autoridades militares norteamericanas a la Asamblea Alemana el 22 de noviembre de 1948; José Acosta Sánchez, *ob. cit.* pág 176.

19 Que impuso limitaciones constitucionales jurisdiccionales al otrora poder del Parlamento.



circunstancias determinantes, tales como: la nueva dimensión de los derechos humanos y la soberanía popular; la crisis del positivismo y de la concepción formal del Estado de Derecho<sup>20</sup>; la consolidación de los Estados Federales (Alemania, Austria, Suiza) y el desarrollo de Estados Regionales (Francia, Italia, España, Portugal). A las circunstancias precitadas, debe sumarse el derrumbe de las tiranías comunistas en Europa del Este, y la emergencia, en su lugar, de regímenes democráticos.

El proceso de institucionalización de las jurisdicciones constitucionales, se inicia a partir del año 1949, con la Ley Fundamental de Bonn, y se afianza, definitivamente, en la década de los 70 y 80, con: i).- la consolidación de los sistemas de jurisdicción constitucional originarios, a saber: los sistemas suizo, alemán y austriaco; ii).- la reconfiguración de los sistemas de jurisdicción constitucional francés<sup>21</sup> y belga<sup>22</sup>; iii).- la nueva ola de constituciones democráticas, en países que emergían de regímenes dictatoriales, entre ellas, la Constitución española de 1976, la Constitución portuguesa de 1976, y la Constitución griega de 1975; y, iv).- la emergencia de Estados constitucionales democráticos en la Europa del Este, caracterizados por la consagración de constituciones normativas jurisdiccionalmente protegidas.

Debe destacarse que el proceso de consolidación de las jurisdicciones constitucionales en Europa, ha estado estrechamente vinculado al proceso democratizador en los países de esa región, al encarnar, la jurisdicción constitucional, la función de guardián absoluto de la supremacía de la Constitución, encargada, por una parte, de limitar el ejercicio del Poder Público, y asegurar a los ciudadanos el pleno goce de los

---

20 Crisis de las concepciones formalistas y kelsenianas, y resurgimiento de las concepciones iusnaturalistas y de derecho material.

21 A través del célebre fallo del 16 de julio de 1971, en virtud del cual –como afirma Dominique Rousseau–, el Consejo Constitucional inicia una verdadera revolución política, al romper con los principios tradicionales del constitucionalismo francés, y, en particular, con la soberanía de la ley, erigiéndose en un verdadero Tribunal Constitucional, al arrogarse –a partir de este fallo–, la potestad de controlar la constitucionalidad de la ley, tanto en su dimensión formal como en su dimensión sustantiva. (“*Droit du Contentieux Constitutionnel*”)

22 Si bien, se caracterizó por su reticencia inicial a admitir la existencia de una jurisdicción constitucional en el marco de un Estado unitario, pasó finalmente a aceptar esta institución jurisdiccional al transformarse el Estado unitario belga en un Estado Federal, con la Constitución Federal del 5 de mayo de 1993.

derechos y garantías constitucionales; y por la otra, configurando el fin del monopolio de la representación en el Parlamento, al expresar una concurrencia institucional, en favor del principio de soberanía popular, que se manifiesta a través de la posibilidad que se brinda a los ciudadanos de incidir en el control jurisdiccional de la constitucionalidad y en la calidad democrática de la legislación, a través de sus representantes (en el Parlamento o en los gobiernos centrales o regionales), de la presión de opinión pública, o vía incidente de la constitucionalidad; por lo cual, la jurisdicción constitucional viene a erigirse en las sociedades democráticas europeas en una verdadera conquista democrática, concretamente, en una verdadera garantía constitucional de tipo adjetivo, tal vez, en la primera y más importante de las garantías jurisdiccionales.

Finalmente, tal como sostiene Acosta Sánchez, debe advertirse que en el marco del precitado proceso de consolidación de las jurisdicciones constitucionales europeas, adquiere relieve especial la influencia determinante la doctrina de los poderes inherentes e implícitos (*inherent and implied powers*) de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, conforme a la cual, estos poderes son extraídos a través de la interpretación de las normas constitucionales más que de su texto expreso, razón por la cual, sin lugar a dudas, puede proclamarse que el apogeo de las jurisdicciones constitucionales en ambas áreas territoriales, ha transformado las bases fundamentales del Derecho Constitucional Democrático, transformación acentuada en Europa occidental por efecto de interpretaciones constitucionales inspiradas esencialmente en valores democráticos.

#### **4.- EL PROCESO DE EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL EN EUROPA**

En el ámbito transnacional europeo, el proceso de expansión del *derecho procesal constitucional transnacional*, se proyecta, en el plano normativo, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1.948, con la Convención Europea de Derechos del Hombre (CEDH) de 1.950, con el Tratado de Creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) firmado en París, en 1951, y con el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) suscrito en Roma, en 1957; en el plano institucional, con la creación del Tribunal de Justicia de la

Comunidad Europea (TJCE), con sede en Luxemburgo, inspirado, en sus orígenes, bajo la misma lógica de la Corte Suprema norteamericana<sup>23</sup>; y, la creación de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), después fusionados en el Tribunal con sede en Estrasburgo<sup>24</sup>, y sus respectivos estatutos y reglamentos; luego, este proceso se consolida en la década de los noventa, con el Tratado de Maastricht (1992) que transformó a la CEE en Unión Europea (UE), y finalmente, a partir de la presente década se ha pretendido su profundización con la aspiración política de contar con una *Constitución Europea*.

Al efecto, debe precisarse que al igual como ocurrió con la expansión y consolidación de las jurisdicciones constitucionales nacionales, la construcción del *derecho procesal constitucional transnacional* en Europa, ha estado estrechamente vinculada al proceso de democratización regional, forjado en torno al fortalecimiento de una identidad político-jurídica común, para lograr una mayor unión e integración regional política, económica y social, proceso éste que explica la función del derecho constitucional transnacional, como factor unificador, homogeneizador y democratizador en Europa, que impone a los países que aspiran a ingresar a la Unión, el cumplimiento de estándares mínimos en materia de derechos humanos, de democracia política, y social, y economía de libre mercado.

Así, se reconoció, expresamente, en la génesis de este proceso confederador, a través de la Declaración de Copenhagen del 14 de diciembre de 1973, en la que expresamente, se estableció, que “los principios de la democracia representativa, del imperio de la ley, de la justicia social, como finalidad del desarrollo económico, y del respeto a los derechos humanos constituyen los elementos fundamentales de la identidad europea”, y así, se reconoce hoy, al explicarse el concepto de soberanía compartida, en la página web de la Unión Europea, “compartir la soberanía significa, en la práctica, que los Estados miembros delegan algunos de sus poderes decisorios a las instituciones comunes creadas por ellos, para tomar democráticamente y a nivel europeo decisiones sobre asuntos específicos de interés conjunto”.

---

23 En ejercicio de la función jurisdiccional en un orden confederal, es decir, como órgano garante de un orden federal surgido, empero, de una organización no federal.

24 Denominada jurisdicción constitucional transnacional por *Cappelletti*, ob. cit.

Este proceso de consolidación de la comunidad europea, tiene proyectado en la actualidad la configuración de un texto constitucional para la Unión Europea. Ciertamente, a partir de la Declaración de Laeken (2001), se convoca a la “Convención Europea”, integrada por los parlamentos nacionales de los países que integran la Unión Europea, así como, por representantes de sus respectivos gobiernos, y demás instituciones nacionales y europeas que, por mandato de la Declaración 23 del Tratado de Niza, debía preparar una conferencia intergubernamental para discutir y aprobar un texto constitucional comunitario, cuyo contenido sería esencialmente el siguiente:

i).- Depuración y consolidación en un solo texto, de los siguientes textos convencionales: a).- Tratado de Creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, CEEA (suscrito en París, en 1951); b).- Tratado de la Comunidad Económica Europea, CEE (suscrito en Roma, en 1957); c).- Tratado de Maastricht, TM (suscrito en Maastricht, en 1992); y, d).- Tratado de Niza, TN (suscrito en Niza, en 2001);

ii).- Incorporación de una Carta de Derechos Fundamentales para los ciudadanos europeos, cuya base es la Convención Europea de Derechos Humanos, y principios constitucionales transnacionales sentados por la jurisprudencia comunitaria humanitaria;

iii).- Organización política del Poder Público comunitario, mediante la atribución de competencias específicas a sus instituciones fundamentales, entre las que destacan: el Parlamento Europeo (representantes de los ciudadanos europeos), el Consejo Europeo (reúne a los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros), el Consejo de Ministros Europeo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Banco Central Europeo, y el Tribunal de Cuentas, entre otros;

iv).- Constitucionalización del modelo político-social europeo;

v).- Reforzamiento de la integración europea a nivel económico, financiero, aduanero, y fiscal.

En fecha 29 de octubre de 2004, la conferencia gubernamental convocada al efecto, aprobó el texto constitucional propuesto por la Convención Europea, el cual, debía entrar en vigencia el 1° de noviembre de 2006, sin embargo, este tratado constitucional europeo, fue rechazado

mediante referendos por el pueblo francés y el holandés, en virtud de lo cual, el Consejo de la Unión Europea, decidió no seguir adelante con el proceso de ratificaciones referendarias de este proyecto constitucional europeo, empero, a partir de 2009, el Consejo de la Unión Europea propicia nuevamente su aprobación, siendo al efecto, fundamental, su aprobación referendaria por el pueblo de Irlanda.

Es importante destacar que, aún cuando, en Europa existe la tendencia a denominar a este instrumento como Constitución europea, en realidad no se trata de una verdadera Constitución formal, por cuanto, no es producto de un proceso constituyente, sino, más bien, producto del mecanismo usual de producción de tratados internacionales, y su vigencia, revisión, y denuncia, queda sujeta a los mismos mecanismos. En todo caso, en razón de su contenido orgánico y dogmático, podría afirmarse que desde una perspectiva material se trata de un instrumento con valor constitucional.

Finalmente, si bien, la doctrina constitucional europea, ha hecho importantes avances en lo tocante al desarrollo de una teoría sobre la jurisdicción transnacional, creo que el concepto más adecuado a emplearse es el de *derecho procesal constitucional transnacional*, que alude tanto a la jurisdicción supranacional o comunitaria (derecho procesal constitucional supranacional), como a la jurisdicción supraconstitucional (derecho procesal supraconstitucional), categorías jurídicas éstas que, en mi opinión, deben ser necesariamente diferenciadas.

#### **4.1.- El derecho procesal constitucional supranacional o comunitario en Europa**

El *derecho procesal constitucional supranacional* en Europa, es expresión de la articulación de un entramado normativo (de tipo adjetivo) e institucional, que da virtualidad jurídica a una estructura político-jurisdiccional de tipo supranacional, creada por un conjunto de estados europeos, que, han decidido ceder parte de sus competencias, en favor de determinados órganos supranacionales creados por ellos en el marco de un acuerdo de integración comunitaria, con la finalidad de homogeneizar políticas públicas en lo económico, financiero, social, las cuales, son implementadas mediante normas comunes de aplicación directa y preferente en los ordenamientos nacionales, a las que están sujetos no

sólo los referidos Estados, sino, también, los ciudadanos de cada país miembro de la Comunidad<sup>25</sup>.

En el caso concreto, los países que integran la Unión Europea, han decidido ceder parte de sus competencias, en primer lugar, en la Comisión Europea, órgano ejecutivo nombrado por el Consejo de Ministros<sup>26</sup>, que encarna al interés común, en tanto órgano instituido como expresión autónoma de los intereses de la Unión, y gestor, en concreto, de su política económica; en segundo lugar, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con sede en Luxemburgo, encargado de la interpretación y aplicación del o los Tratados de la Unión<sup>27</sup>; y en tercer lugar, en otros órganos políticos y técnicos.

Importa señalar que la institución militantemente más activa de la jurisdicción transnacional europea, ha sido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el cual, desde su creación ha pretendido ir más allá en este proceso confederador, al propender a la “Constitucionalización” de los tratados comunitarios, al postular una “Constitución de la Comunidad”<sup>28</sup>, o, de una “Carta Constitucional Básica”<sup>29</sup>, o, de una “Carta Constitucional de una Comunidad de Derecho”<sup>30</sup>, iniciativa éstas que van a ser replicadas políticamente por los gobiernos europeos. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha repre-

---

25 Al efecto, valga referir al profesor Rubio Llorente, para quién, la noción de supranacionalidad “implica la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que mantienen la titularidad de sus soberanías, pero, dotada, también, de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros; más precisamente, que tiene efecto directo en el territorio de los Estados, y que, en caso de colisión prevalece éste último sobre las normas dictadas por lo Estados”. Rubio Llorente, Francisco, “La Integración Supranacional”, *El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana*, Cívitas, Madrid, 1.997.

26 El Consejo de Ministros, es el órgano de representación y de defensa de los intereses de los Estados miembros, tiene naturaleza confederal y su funcionamiento es de carácter eminentemente diplomático.

27 Razón por la cual, algunos autores sostienen que su función cuasiconfederacional es análoga a la de la Corte Suprema Norteamericana en sus inicios

28 Dictamen de 26 de abril de 1976, sobre el artículo 228 del Tratado CEE. Ver José Acosta Sánchez, *ob. cit.*

29 Sentencia contra el Parlamento europeo de 23 de abril de 1986. Ver José Acosta Sánchez, *ob. cit.*

30 Dictamen de 14 de diciembre de 1991, sobre el proyecto del Tratado de Espacio Económico Europeo. Ver José Acosta Sánchez, *ob. cit.*

sentado a sí mismo como una jurisdicción constitucional comunitaria o supranacional, sin embargo, sólo una parte de la doctrina ha convenido en esa pretensión, entre ellos, Pescatore<sup>31</sup>, para quién este Tribunal actúa como jurisdicción federal y constitucional, en virtud de que, la estructura institucional creada por los tratados comunitarios debe ser reforzada frente a los Estados miembros.

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con fundamento en el artículo 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, conforme al cual,

si se considera necesaria una acción para realizar; dentro del funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes requeridos al efecto, el Consejo por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta con el Parlamento adoptará las decisiones pertinentes;

en tal sentido, a partir de esta disposición la Comisión Europea, y, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, asumieron la teoría de los poderes inherentes e implícitos, siguiendo en este punto a la Corte Suprema norteamericana, que asumió tempranamente esta doctrina, que en Europa viene a ser una especie de competencia de sustitución en beneficio de los órganos comunitarios, aunque, en mi opinión, se trata, más exactamente de una competencia de orden público constitucional transnacional.

La doctrina constitucional europea que apoya la tesis anterior –según Acosta Sánchez– se fundamenta en dos aspectos centrales:

a).- sí tal concepción no se reconoce «el riesgo de fragmentación del derecho comunitario resulta inevitable, desde el punto y hora en que cada Estado miembro de la Unión queda en disposición de decidir que acto puede entrar en el orden jurídico nacional y que otro no, surgiendo entonces quince interpretaciones nacionales del tratado de Maastricht, añadidas a las del Tribunal de Luxemburgo»; b).- No es convincente el único interés que justificaría un control nacional del derecho comunitario por presunto exceso de poder de los órganos de la unión europea, a saber, y según se expresa en Alemania y Francia,

---

31 Ver José Acosta Sánchez, *ob. cit.*

el respeto a la soberanía nacional, pues, «los Estados miembros al aceptar el tratado Maastricht han aceptado las limitaciones de su soberanía derivadas del mismo, a la vez que han estado de acuerdo en que la extensión de las competencias transferidas sean juzgadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, siendo difícil, en todo caso y en esas circunstancias, pensar que una decisión del Tribunal pueda enfrentarse a la soberanía nacional de los Estados miembros».

Por su parte, Capeletti<sup>32</sup> ha expresado que esta instancia jurisdiccional, además, de afirmar la superioridad del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, se obliga a respetar un derecho superior, en particular en el terreno de los derechos fundamentales, -y añade- en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ese derecho superior no se identifica con la Constitución de ningún Estado en concreto; sino, más bien, es en sí mismo *derecho comunitario constitucional material, no escrito*, y en tal carácter, debe ser garantizado en el marco de la estructura y de los objetivos de la comunidad, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional comunitario, y no a ninguna jurisdicción nacional, tener la última palabra en el descubrimiento de ese derecho comunitario superior.

En esta perspectiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ante el déficit de poder político, carisma y legitimidad popular, asume un papel muy creativo, al proclamar para sí mismo, la legitimidad para hacer lo que los gobiernos de los países que integran la comunidad ni siquiera intentaron descubrir, la creación de un catálogo de derechos comunitarios que no vinculara sólo a las instituciones comunitarias, sino, también, fundamentalmente (por efecto de la doctrina de la primacía), a las instituciones de los Estados miembros y a sus ciudadanos.

Otro sector doctrinario, va a rechazar esta tesis, entre ellos, Favoreu<sup>33</sup>, para quién la inveterada utilización de categorías jurídicas constitucionales a propósito de la organización y funcionamiento de la Unión Europea<sup>34</sup>, se contrapone a la realidad, pues, se trata más exactamente de una apariencia que puede terminar, por una parte, perjudicando las

32 Citado por Acosta Sánchez, en “Formación de la...”, *ob.cit.*, págs. 226 y siguientes.

33 Citado por José Acosta Sánchez, *ob. cit.*

34 En el que los tratados fundacionales son calificados de Constitución y el Tribunal de Justicia de Tribunal Constitucional ejerciendo un control de constitucionalidad.



garantías de los derechos fundamentales susceptibles de ser lesionados por el derecho comunitario, si éste quedase fuera de todo control de constitucionalidad nacional, y, por la otra, difiriendo “el problema de la confrontación que tarde o temprano habrá de producirse entre el derecho comunitario y las constituciones nacionales, tal como son aplicadas e interpretadas por los tribunales constitucionales nacionales”.

En igual sentido, Favoreu sostiene que deben darse tres tipos de condiciones para configurar a un Tribunal Constitucional, las cuales, no concurren en el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a saber: i).- no hay Tribunal Constitucional sin una verdadera Constitución formal que hacer respetar, es decir, sin un texto adoptado por un poder constituyente (originario o derivado); ii).- es necesario que los miembros de los tribunales constitucionales sean designados por las principales fuerzas políticas representadas en el Parlamento, sin embargo, los miembros del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no son designados por el Parlamento europeo; y, iii).- un Tribunal Constitucional tiene por función esencial controlar los actos del legislador, sin embargo, el Parlamento europeo ejerce escasas funciones legislativas.

Para Coccozza, numerosos síntomas indican que la conexidad entre la justicia constitucional en los Estados nacionales europeos y la justicia transnacional europea, tiende a una estructuración de tipo confederal o cuasi federal, pero el camino es aún incierto y está erizado de dificultades, a causa de los vitales espacios de autonomía que los tribunales constitucionales nacionales se empeñan porfiadamente en salvaguardar, y por el hecho de que la justicia constitucional europea se encuentra aún lejos de construir un modelo constitucional y un modelo de jurisdicción constitucional unitario, no obstante sus esfuerzos en ese sentido.

*4.1.1.- El principio de supremacía normativa de las constituciones nacionales frente al principio de la primacía de los tratados en el marco de la supranacionalidad en Europa*

Antes de examinar la preeminencia de uno u otro principio, es preciso, en primer lugar, reiterar que el derecho comunitario o supranacional está conformado por una dimensión normativa, y una dimensión adjetivo-jurisdiccional, la cual, detenta rango constitucional, cuando es originaria o convencional, es decir, cuando emana del acto fundante (tratado) de

la organización supranacional; y/o de otros tratados (que inciden en el principio de soberanía de los Estados), y tiene rango infraconstitucional, cuando se trata de actos derivados, es decir, de aquellos actos dictados en ejecución del o los tratados comunitarios, ya sean reglamentos, resoluciones, decisiones, recomendaciones o fallos jurisdiccionales.

En segundo lugar, es necesario observar respecto de la naturaleza jurídica de la Unión Europea, –según Cabellos Espiérrez<sup>35</sup>– que ésta es objeto de controversia entre quienes la consideran una organización internacional cualificada, autónoma y originaria, basada en la idea de ciudadanía europea; y quienes, desde un enfoque pluralista, cuestionan su carácter cualificado y autónomo, para subrayar que la soberanía ahora no es dual, sino que los Estados la conservan intacta por más que hayan transferido el ejercicio de algunas competencias.

En todo caso, en mi opinión, la Unión Europea no es un supra Estado, o, un Estado de Estados, sino, más bien, una organización internacional evolucionada con ciertos rasgos y técnicas propias de los Estados federales, por lo que pudiera ser calificada, más bien, como una organización de tipo confederal o cuasifederal, pues, la Unión Europea carece de un verdadero demos europeo, en el sentido de que no tiene como base a un pueblo con una misma identidad y nacionalidad, sino, más bien, representa un vínculo jurídico internacional entre Estados que permanecen como tales, por lo que, el punto de referencia del derecho comunitario es y seguirá siendo, definitivamente, cada una de las constituciones nacionales de sus estados miembros<sup>36</sup>, por tanto, el criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su célebre fallo *Internationale*

---

35 Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, “*Distribución Competencial, Derechos Ciudadano e Incidencia del Derecho Comunitario*” Ed. CEPC, Madrid 2001.

36 En España con ocasión de su adhesión al *Tratado de Maastricht* de 1992, que atribuyó a los ciudadanos comunitarios europeos los derechos del sufragio activo y pasivo en materia de elecciones municipales, el gobierno español solicitó al Tribunal Constitucional español una interpretación sobre este punto, la cual, se produjo mediante sentencia de fecha 01 de julio de 1992, declarándose la incompatibilidad entre el artículo 8.B del *Tratado de Maastricht*, y el artículo 13.2 de la Constitución española, en esta perspectiva, el Tribunal Constitucional español precisó que la única vía para superar la incompatibilidad, y no violentar la supremacía normativa del artículo 13.2 constitucional, era la de la revisión simple de esta norma, sin disolución de las cámaras y sin referendos. Así, se dio la única reforma constitucional español, aprobada el 27 de agosto de 1992.

Handelsgesellschaft<sup>37</sup>, del 17 de diciembre de 1970, en el sentido de que en caso de conflicto entre Constitución y normas comunitarias debía prevalecer esta última, es manifiestamente equívoco.

En este contexto, el Tribunal Constitucional alemán, en sentencia del 12 de octubre de 1993, sobre el Tratado de Maastricht, afirmó la supremacía normativa de la Constitución alemana sobre el derecho comunitario derivado, y, su preeminencia como Tribunal Constitucional, especialmente, para el control del respeto a los derechos fundamentales y de los límites competenciales de la comunidad. Concretamente, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Maastricht, señaló:

...si instituciones u órganos europeos dieran en gestionar o desarrollar el Tratado de la Unión de manera que no quedase cubierto por el Tratado en que se funda la ley de ratificación, no serían vinculantes en la jurisdicción alemana los actos jurídicos que de él se desprendiesen. Los órganos del Estado alemán tendrían impedimento de índole jurídico-constitucional para aplicar tales actos jurídicos en Alemania. En consecuencia, el Tribunal Constitucional alemán está examinando si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos respetan las fronteras de los derechos de soberanía a ellos otorgados o sí, por el contrario, rompen ese marco.

De acuerdo con Cabellos-Espíerrez, la referida sentencia avanzó en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán, proyectando su competencia de control, no ya sólo al respeto de los derechos fundamentales, sino, además, a la observancia de los límites competenciales por parte de los órganos comunitarios, los cuales, han sido expresamente establecidos en los Tratados y sus modificaciones, en tal sentido, cualquier ampliación competencial que ignore los límites autorizados inicialmente, vía reinterpretación de los Tratados por los órganos comunitarios, será manifiestamente inadmisibles, por tanto, la conclusión básica aquí, sería,

---

37 En esta sentencia, se llega a afirmar que “la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la comunidad o en su defecto sobre el territorio de este Estado”. Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, afirmando que lo contrario llevaría a una ruptura inevitable del mercado común y a la puesta en peligro de la cohesión de la Comunidad (Sentencia Bauer, as 44/79, del 13 de septiembre de 1979).

la afirmación competencial del Tribunal Constitucional alemán, para controlar todo tipo de actos *ultra vires*, solución ésta que ha concitado apoyos doctrinarios y, también, ácidas críticas en Europa.

En el mismo orden de ideas Acosta Sánchez, observa que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de fecha 12 de octubre de 1993, contiene las más sólidas objeciones entre las formuladas desde las jurisdicciones constitucionales nacionales contra el artículo 235 del Tratado de la (entonces) Comunidad Económica Europea, en cuanto cláusula para colmar lagunas o competencias a través de la vía de los *implied and inherent powers*, hasta dar la impresión de que el Tribunal Constitucional alemán podría no sólo revisar, sino, también, inaplicar en cuanto inconstitucionales, los actos que choquen contra la distribución vertical de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, aludiendo, así, al peligro de ampliaciones de competencia tácitas, no cubiertas por el Tratado, intento éste de encauzar la llamada competencia de competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) que no es otra cosa que la resistencia contra ampliaciones no escritas del Tratado, no cubiertas por la ley de autorización, y no legitimadas democráticamente.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Dinamarca<sup>38</sup>, mediante sentencia, de fecha 6 de abril de 1998, afirma la supremacía de la Constitución danesa, y sin llegar a los extremos del Tribunal Constitucional Federal alemán, niega, en general, a los órganos comunitarios, competencia para determinar el alcance de sus propios poderes, y ordena expresamente a los tribunales daneses inaplicar aquellas normas comunitarias que, claramente no tienen base competencial de tipo convencional, es decir, en lo transferido a la Comunidad; al tiempo que los habilita para ignorar toda aquella interpretación expansiva del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que lleve a tolerar actos con dicho carácter; finalmente, la decisión danesa advierte expresamente que los casos de *ultra vires* deben ser claros, y que éstos sólo pueden ser considerados con carácter extraordinario.

En España, el Tribunal Constitucional español, en una importante sentencia en la que resolvió un conflicto entre la comunidad y la jurisdicción nacional, señaló:

---

38 *Caso Carlsen and others vs. Prime Minister*, citado por Cabellos Espiérrez en "Distribución...", *ob. cit.*, pág. 412.

...omissis...no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de jurisdicción ordinaria, en cuanto, aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...). La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales. (Sentencia 64/1991, caso APESCO).

Con base al criterio referido, el Tribunal Constitucional español, asumió implícitamente la supremacía de la Constitución española sobre el Derecho Comunitario, que se mueve en un plano *infraconstitucional*, según se reconoce en el fallo, dado que la adhesión de España a la comunidad no ha alterado el carácter ni la jerarquía de su normativa constitucional, sin embargo, no se llega a la aceptación del control de la normativa directamente comunitaria, ni se plantea en modo alguno el control de excesos competenciales comunitarios, como sí lo han asumido los Tribunales constitucionales alemán y danés.

En Francia, el Consejo Constitucional francés, también, ha declarado la supremacía del bloque de la constitucionalidad francesa sobre los compromisos internacionales, y, asimismo, su competencia para controlar la constitucionalidad de los tratados y acuerdos internacionales no sometidos a ratificación parlamentaria, es decir, de los compromisos internacionales de carácter comunitario. El fundamento de esta competencia se encuentra en el artículo 54 de la Constitución de Francia, que atribuye al Consejo Constitucional competencia para ejercer control de la constitucionalidad sobre "*los compromisos internacionales*", expresión vaga a la que el Consejo Constitucional ha dado una interpretación extensiva. Ciertamente, en su sentencia de fecha 9 de abril de 1992, el Consejo Constitucional consideró que entran en la categoría de compromisos internacionales, los tratados y acuerdos no sometidos a ratificación parlamentaria, y en lo tocante a la normativa comunitaria derivada, sin llegar lejos como el Tribunal Constitucional Federal, advierte que ciertas transferencias de competencias sólo pueden operarse a través de reformas constitucionales, lo que excluye la ampliación competencial vía interpretación expansiva del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En conclusión, puede afirmarse que en el contexto de los ordenamientos supranacionales, sólo el acto, mediante el cual, se hace la cesión de competencias en favor de determinados órganos comunitarios, es decir, el tratado fundacional de la comunidad y sus modificaciones, tiene implicaciones constitucionales internas, al punto que pueden acarrear la reforma de las Constituciones nacionales, de ser necesario; sin embargo, los actos decisorios, reglamentarios y jurisdiccionales que habrán de emanar de éstos órganos, tendrán de manera general rango infraconstitucional, aunque, de aplicación preferente en el derecho interno.

#### **4.2.- Derecho procesal transnacional humanitario o supraconstitucional en Europa**

Al hablar de supraconstitucionalidad, estamos aludiendo a dos ideas distintas, en primer lugar, a la supraconstitucionalidad interna (Acosta Sánchez), es decir, al conjunto de valores y principios constitucionales que constituyen el núcleo duro (Rousseau), o, contenido esencial de la constitucionalidad (soberanía, unidad del Estado, nacionalidad, derechos fundamentales, entre otras)<sup>39</sup>, absolutamente indisponible aún para el constituyente, ya sea originario o derivado; en segundo lugar, tenemos la supraconstitucionalidad externa o jurisdicción supraconstitucional, conformada por el conjunto de dispositivos normativo-jurisprudenciales emanados, en principio, del derecho internacional público y del derecho comunitario que vinculan a las constituciones nacionales y a las jurisdicciones constitucionales nacionales.

En esta perspectiva, en el plano del derecho procesal humanitario o supraconstitucional, nos encontramos con la coexistencia de dos jurisdicciones constitucionales que operan a distintas escalas territoriales, una a nivel nacional, y otra, a nivel regional; una en defensa de una Constitución formal, y otra en defensa de una Constitución material de naturaleza jurisdiccional que termina prevaleciendo en el ámbito nacional. En tal sentido, resulta indudable que entre el derecho constitucional nacional, y el derecho constitucional convencional que emana de la Convención Europea de Derechos Humanos, se plantea una situación de convergen-

---

39 En el marco de las naciones civilizadas y democráticas, deben considerarse incluidos en este núcleo duro, valores tales como; el pluralismo, la libertad, la representación, la alternancia, entre otros.

cia o interferencia, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una posición de preeminencia, puede llegar a poner en entredicho normas constitucionales nacionales, tanto expresas o jurisprudenciales, en obsequio de la primacía de las normas convencionales.

En el caso europeo, la jurisdicción supraconstitucional está encarnada, principalmente, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>40</sup>, creado por la Convención Europea de Derechos Humanos en 1959<sup>41</sup>, el cual, se ha arrogado la competencia para cuestionar a una Constitución nacional, vía cuestionamiento de una ley de aplicación de dicha Constitución, tal como lo demuestran diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas de las cuales han colocado a los jueces constitucionales nacionales (caso de Irlanda, 29/10/1992) en una incómoda posición de sujeción como la de hacer prevalecer la Convención Europea de Derechos Humanos; asimismo, la inconventionalidad (incompatibilidad con la CEDH) de una ley nacional declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede afectar la interpretación de un juez constitucional nacional sobre la Constitución<sup>42</sup>; finalmente, debe advertirse que la Convención Europea de Derechos Humanos afecta el funcionamiento de las jurisdicciones constitucionales nacionales, esencialmente, por conducto del artículo 6 (derechos procesales) tendencia que, conocida desde 1986, ha adoptado nuevo relieve en los últimos años, en particular como consecuencia del Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 14/01/92 Ruiz Mateos contra España.

---

40 Con la entrada en vigencia del Protocolo 11, el primero de noviembre de 1998, desapareció la Comisión Europea de Derechos Humanos, encargada de conocer *prima facie* de las denuncias contra los Estados por violaciones de derechos humanos.

41 Cuyo preámbulo señala textualmente que “el fin del Consejo de Europa es lograr una unión más estrecha entre sus miembros y uno de los medios para alcanzar este fin es la salvaguarda y el desarrollo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”.

42 Sentencia del 18/07/94 sobre interpretación del TCF alemán del artículo 3 de la Ley Fundamental alemana, en materia de de igualdad de sexos; y 26/09/96 en materia de derecho funcional; 16/09/96 cuestiona la decisión del TCF rechazando sobre la base del artículo 5.1 de la Ley Fundamental el recurso de inconstitucionalidad contra una ley que aseguraba hospedaje de urgencia sólo a los desempleados alemanes. Ver Acosta Sánchez, ob. cit., págs. 176 y siguientes.

#### 4.2.1.- *El principio de supremacía normativa de las constituciones nacionales frente al principio de primacía de actos de derecho humanitario en Europa*

##### i).- Tratados Humanitarios

Desde la perspectiva de la dimensión normativa, en Europa, de una manera generalizada, se admite el valor *supraconstitucional* de la Convención Europea de los Derechos Humanos, y, por tanto, su primacía sobre el derecho constitucional nacional, en este sentido, Acosta Sánchez, nos refiere que este valor *supraconstitucional* va a ser admitido de manera distinta en cada país; así en Suiza, para el Tribunal Federal, la Convención Europea de Derechos Humanos, forma parte junto a la Constitución Federal y a las constituciones cantonales, de las “fuentes del derecho constitucional suizo” y, los derechos protegidos por ellas deben ser definidos en relación con los derechos individuales escritos y no escritos, en tal perspectiva, los considera, pues, como derechos constitucionales, es decir, como derechos cuya tutela puede ser invocada en un recurso de amparo.

Por su parte, según Acosta Sánchez, en Austria se verifica de una manera mucho más nítida la situación de supraconstitucionalidad de la Convención sobre la Constitución Nacional austriaca, por cuanto, ésta es parte integrante de la Constitución y el control de *convencionalidad* se identifica con el control de constitucionalidad de las leyes, realizado tanto por la jurisdicción constitucional nacional como por la jurisdicción europea de los derechos del hombre, que llegado el caso se impone a la primera.

De otra parte, en Alemania, la *Convención* ha sido incorporada al ordenamiento jurídico por la ley federal del 7 de agosto de 1952, con fundamento en el artículo 59.2 de la Ley Fundamental, que consagra la aprobación por vía de ley federal de los tratados internacionales, sí éstos afectan a las relaciones exteriores o a materias legislativas federales. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Federal, según Acosta Sánchez reconoce a la *Convención*, valor de ley federal ordinaria, sin embargo, cierta doctrina le reconoce rango constitucional (Menzel), y otra, incluso, le reconoce rango *supraconstitucional* (Gloria).



*Italia*<sup>43</sup> ratificó la *Convención* mediante la ley del 4 de agosto de 1954, en razón de lo cual, su introducción a dicho ordenamiento jurídico fue realizada por vía de ley ordinaria, sin embargo, para el Tribunal Constitucional italiano la *Convención* contiene un “programa normativo” con efectos sobre la interpretación de la Constitución. En todo caso, la interacción entre la *Convención* y la Constitución italiana ha sido planteada más firmemente por sectores doctrinarios, quienes sostienen la necesidad de constitucionalizar por vía de interpretación la *Convención* considerándose incluso la hipótesis de elevarla a rango *supraconstitucional*, mediante una interpretación amplia del artículo 2 de la Constitución italiana.

En el caso de Francia, la Convención ostenta rango supra legal e infra constitucional, y fue ratificada, recién, en 1974, pero, fue sólo el 2 de octubre de 1981, cuando el gobierno francés dispuso la aceptación del recurso individual, a partir de lo cual, se abre la confrontación del derecho francés al derecho supraconstitucional de la Convención. El retraso de Francia en este terreno, se explica en razón de que el Consejo Constitucional creado por la Constitución de 1958, no cobra entidad y fuerza sino hasta su famosa decisión de 1971, de tal manera, que hasta ese entonces la protección de los derechos fundamentales estuvo a cargo, fundamentalmente del Consejo de Estado.

Asimismo, en Bélgica las jurisdicciones ordinarias (judiciales y administrativas), son las únicas que tienen competencias para examinar a título incidental, la conformidad de las leyes respecto a la Convención. Según Acosta Sánchez,

en cuanto a la jurisdicción constitucional belga, desempeñada por el Tribunal de Arbitraje, aun no estando habilitada por la Constitución para llevar a cabo el control de convencionalidad de las leyes, practica, sin embargo, la interpretación de las normas constitucionales, sobre derechos y libertades sirviéndose por propia iniciativa de la CEDH, por variadas vías, cada vez mas frecuentes e importantes: a) para aplicar la técnica de la interpretación conforme; b) tomándola como fuente de inspiración y valor de referencia; c) en el control de proporcionalidad, entendiendo los atentados a los derechos y libertades de la Convención como violaciones de los artículos 10 y 11 de la Constitución belga;

---

43 Italia ratificó la CEDH con la Ley del 4 de agosto de 1954, en razón de lo cual, ingresó al ordenamiento italiano por ley ordinaria.

d) como «aplicación auxiliar»; e) combinando normas de referencia extraídas de la Constitución con las de la Convención”

Como afirma Coccozza, todo ello entraña una amplia utilización de la Convención por el juez constitucional belga. Lo que ha tenido como consecuencia que el Tribunal de Estrasburgo a su vez, haya adoptado la jurisprudencia del Tribunal de Arbitraje belga, en concreto, en su sentencia *Vermei vs. Bélgica*, de fecha 29 de noviembre de 1991.

Para el Tribunal Constitucional portugués la *Convención*, es, al igual que otras fuentes de derecho internacional, un elemento auxiliar de interpretación de las normas constitucionales nacionales, a cuyo efecto, se apoya en el artículo 16 de la Constitución de 1976, que contiene una cláusula de apertura hacia catálogos de derechos del ámbito internacional. Debe destacarse adicionalmente, que la Constitución portuguesa, constitucionaliza el método de interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, e integra el ideal común de universalización de una única concepción de los derechos y libertades.

Finalmente, España ofrece uno de los modelos más interesantes de relacionamiento constitucional con la *Convención*, por cuanto, la Constitución de España incorpora en su artículo 10.2, el método de interpretación conforme a reglas internacionales, o interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. La *Convención* fue suscrita por España, en fecha 24 de noviembre de 1977, y de conformidad con los artículos 95 y 96 de la Constitución española, fue incorporada directamente al ordenamiento jurídico español, con rango supra legal e infra constitucional, en razón de lo cual, sus normas sirven como criterios de interpretación de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en lo tocante a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español, ha asumido una actitud errática, en relación a la ejecutoriedad en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según nos refiere Ayala Corao<sup>44</sup>, así,

---

44 Carlos Ayala Corao, “Recepción de la Jurisprudencia Internacional ...”, *ob. cit.* Pág. 1517.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bultó (STEDH, Barberá, Messeguer y Jabardo, A.146) fue objeto de un proceso judicial para lograr su ejecución ante los tribunales españoles mediante la nulidad de las sentencias penales condenatorias. Dicho proceso terminó en un amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (TC). En la sentencia definitiva (STC 245/1991) el TC afirmó que la sentencia del TEDH tenía un carácter obligatorio incuestionable. Sin embargo, dicha doctrina fue desmontada en un caso siguiente. En efecto, en el caso Ruiz Mateos (expropiación Rumasa), la sentencia del TEDH (STEDH, A.262), Fue objeto de sendos recursos de amparo ante el TC: el primero negó la ejecución de la sentencia internacional por razones formales; y el segundo fue rechazado por razones de fondo, sobre la base de la supremacía de la Constitución española cuyo intérprete supremo es el TC, y de la inmutabilidad de la cosa juzgada (Providencias de 31-1-1994 recaídas en los recursos de amparo 2291/93 y 2292/93)".

ii).- Actos emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde la perspectiva de la dimensión procesal, debe advertirse que, según refiere Acosta Sánchez, el efecto de *supraconstitucionalidad* de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está condicionado a la ejecución de sus sentencias, es decir, a su eficacia, pues, *obligatorias, no son, sin embargo, si son ejecutorias.*

En efecto, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no anulan y no modifican ningún acto de un Estado culpable, ya sea una ley, un reglamento, un acto administrativo o una decisión judicial, salvo cuando ellas reconocen al requirente una reparación pecuniaria, dejan al Estado toda la flexibilidad para sacar las consecuencias de un reconocimiento de violación; tampoco, indican las medidas a adoptar ni el plazo para remediar la situación en la que deben intervenir, sin embargo, existe un control de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la Comisión de Ministros del Consejo de Europa, pues, si un Estado rechaza aplicar la sentencia publicada en su contra, la Comisión adoptará una recomendación, y el conflicto desembocará seguramente en la retirada o exclusión del Estado recalcitrante del Consejo de Europa.

## 5.- EL PROCESO DE EXPANSIÓN DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES NACIONALES EN AMÉRICA LATINA

Durante la mayor parte del siglo XX, América Latina estuvo sometida, casi en su totalidad, a todo tipo de regímenes autoritarios y dictatoriales de diferente signo, razón por la cual, el proceso de expansión y consolidación de las jurisdicciones constitucionales nacionales, a diferencia de Europa, no se realizó bajo la égida de un proceso democratizador, lo que explica, salvo algunas excepciones, el escaso desarrollo institucional de nuestras jurisdicciones constitucionales, y, en muchos casos, su precaria *auctoritas*.

A partir de la década de los 90, comienzan a afianzarse regímenes democráticos en países que estuvieron sometidos a regímenes militares (Brasil, Uruguay, Paraguay, Perú, Bolivia, Chile, Argentina, Panamá, y Centro América), y por vez primera, en todo el hemisferio, desde Canadá hasta Chile (con la excepción de Cuba), se establecieron sistemas formalmente democráticos, que incidieron positivamente en el desarrollo, expansión y consolidación de las jurisdicciones constitucionales nacionales.

Sin embargo, a partir de la década del 2000, comienzan a surgir nuevas amenazas a la democracia continental, como consecuencia de la implementación de proyectos políticos populistas, que habiendo llegado al poder de manera electoral, pacífica y democrática, aspiran a eternizarse en el poder, en nombre de una democracia participativa, cambiando para ello las reglas de juego democrático, a través de discutidos y discutibles procesos constituyentes, generando con ello, déficits democráticos, y profundas crisis de institucionalidad<sup>45</sup>, gobernabilidad<sup>46</sup> y legitimidad<sup>47</sup>.

---

45 Caracterizada por la pérdida del balance institucional, al adquirir el Poder Ejecutivo dimensión hegemónica como consecuencia del sometimiento de las restantes ramas del Poder Público, a sus designios.

46 Caracterizada por la incapacidad del gobierno para satisfacer las necesidades básicas de la mayoría.

47 Caracterizada por la incapacidad de los partidos políticos para articular planes, y, proyectos políticos, razón por la cual, la defensa de los intereses de los conglomerados ciudadanos ha debido ser asumida por las iglesias, gremios profesionales y empresariales, algunas personalidades, y medios de comunicación, carentes de representatividad político-ciudadana.

Precisado lo anterior, debe destacarse que la primera jurisdicción constitucional<sup>48</sup> latinoamericana de la que se tiene antecedentes en este período, la encontramos consagrada en la Constitución cubana de 1940, que creó al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, encargado de decidir asuntos constitucionales dentro de la modalidad del sistema difuso, al igual que los demás jueces, quiénes debían consultar al Tribunal de Garantías para que éste resolviese de manera definitiva. Asimismo, conocía de manera directa del recurso de inconstitucionalidad, que podía ser interpuesto por 25 ciudadanos, en una especie de acción popular, cuando existiese agravio institucional, la sentencia que en este caso declaraba fundada la demanda, tenía efectos erga omnes. El caso cubano, muy vigente hasta 1952, duró hasta 1959, año en que triunfa la revolución castrista, que a través de la Constitución de 1976, instauró a nivel constitucional el Estado comunista.

El otro antecedente importante fue Ecuador, que, con la Constitución de 1945, crea al Tribunal de Garantías Constitucionales, al que se atribuyeron funciones esencialmente políticas. La Constitución de 1946, eliminó este órgano, y volvió al Consejo de Estado, de influencia francesa. En 1967, Ecuador volvió a crear al Tribunal de Garantías Constitucionales, pero, en los mismos términos de la Constitución de 1945. La Constitución de 1978, mantuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales, en términos similares a las anteriores, en todo caso, lo interesante es que las numerosas modificaciones en relación con el Tribunal de Garantías Constitucionales, demuestran el interés político en hacer más efectiva tal institución. El Poder Judicial en Ecuador mantiene también determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales, con ello, se aproxima al modelo paralelo o dual, toda vez que convergen en el mismo sistema normativo, los dos modelos de control antes descritos, sin fusionarse, y que obedece en parte a la influencia externa, y en parte, a la propia lógica de su desarrollo político.

---

48 En este sentido, el sistema de control de la constitucionalidad venezolano, es pionero, pues, data de 1858, cuando fue consagrado en la reforma constitucional de ese año, cuyo artículo 113 atribuyó a la Corte Suprema de ese entonces, la competencia para “declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por la legislatura por vicios, a petición de cualquier ciudadano cuando sean contrarios a la Constitución”. Luego, en 1897, se incorporó el control difuso en la reforma del Código de Procedimiento Civil (art. 20) de ese año. Este sistema mixto de control de la constitucionalidad se mantuvo casi invariable hasta la Constitución de 1945, que incorporó ciertas modalidades de control preventivo de la constitucionalidad.

En el bloque de reformas aprobado en 1996, por una parte, se crea un Tribunal Constitucional, con plena autonomía funcional, y, por la otra, se le otorga plenos poderes jurisdiccionales y de control constitucional. Finalmente, mediante referendo popular, se aprobó la nueva Constitución ecuatoriana de 2008, que en su artículo 429, consagra una nueva Corte Constitucional<sup>49</sup>, encargada de ejercer el control de constitucionalidad.

En Guatemala, el sistema de control difuso data desde 1965, cuando fue consagrado constitucionalmente (artículo 204). Paralelamente, se instaló una Corte de Constitucionalidad, que era parte del Poder Judicial, y, que se reunía sólo cuando había asuntos constitucionales que resolver. La vigente Constitución de 1985, consagró nuevamente una Corte de Constitucionalidad, esta vez como órgano permanente, autónomo y con funciones específicas de justicia constitucional concentrada, que actúa como instancia revisora de los fallos de las autoridades judiciales en materia de derechos fundamentales.

En Chile, el modelo de control de la constitucionalidad esta conformado por el sistema difuso y el preventivo, quedando excluido el sistema de control concentrado. La reforma puntual de 1970, que modificó la Constitución de 1925, creó el Tribunal Constitucional, este órgano tuvo una breve y traumática existencia hasta que fue desmantelado en 1973, como consecuencia del sangriento golpe de Estado de *Augusto Pinochet*. En el modelo chileno el control difuso lo ejerce exclusivamente la Corte Suprema, por su parte, el control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional opera sólo en el ámbito preventivo, o sea, de manera previa a la sanción de la ley, se trata de un modelo sui generis, pues, el Tribunal Constitucional chileno, al igual que el Consejo Constitucional francés, aparece como un filtro de la actividad legislativa y no como su controlador.

En Colombia, existe una larga tradición constitucional, que se inicia con las reformas constitucionales de 1910. Luego, el *proceso constitucional* iniciado a partir a de los años 60, culmina con la creación de la actual

---

49 Artículo 429.- “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”.

Corte Constitucional, ratificada su consagración por la Constitución de 1991. El sistema colombiano, es esencialmente mixto, pues, integra el sistema concentrado conjuntamente con el sistema difuso que ejercen todos los jueces.

## **6.- EL PROCESO DE EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL EN AMÉRICA LATINA**

El *derecho procesal constitucional transnacional* en América Latina, está conformado a nivel normativo, por instrumentos humanitarios, como: i).- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>50</sup>; ii).- la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>51</sup>; iii).- el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>52</sup>; iv).- el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte<sup>53</sup>; v).- la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>54</sup>; vi).- el Segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativos a la Abolición de la Pena de Muerte<sup>55</sup>; vii).- la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas<sup>56</sup>; viii).- la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>57</sup>; ix).- los Estatutos y Reglamentos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, x).- la Carta Democrática Interamericana<sup>58</sup>; por instrumentos Comunitarios, como los tratados de la Comunidad Andina de Naciones. En el plano institucional está conformado a nivel regional, por: i).- la Comisión Interamericana de

---

50 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

51 Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

52 *Descrito en El Salvador, El Salvador, en fecha 17 de noviembre de 1988, en el Decimooctavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. G.O. N.º. 28192, de fecha 23 de mayo de 2005.*

53 Aprobado en Asunción, Paraguay, en fecha 8 de junio de 1990.

54 Entró en vigencia en fecha 28 de febrero de 1987.

55 Entró en vigencia en fecha 28 de agosto de 1991.

56 Entró en vigencia en fecha 29 de marzo de 1996.

57 Entró en vigencia en fecha 5 de marzo de 1995.

58 Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de fecha 11 de septiembre de 2001, en Lima, Perú.

Derechos Humanos; ii).- la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, a nivel comunitario por los órganos creados por la CAN; también, el MERCOSUR<sup>59</sup>, TLC<sup>60</sup>, ALBA<sup>61</sup>, SICA<sup>62</sup>, la ALADI<sup>63</sup>, entre otros.

El fenómeno de la expansión y consolidación del derecho procesal transnacional en América Latina, no ha estado asociado a proceso democratizador alguno, pues, al contrario de lo ocurrido en Europa desde la segunda post guerra (donde ha habido un mecanismo de integración predominante), nuestra región ha estado mayormente sometida a vicisitudes políticas, que han dificultado la consolidación de sistemas democráticos estables, y, de procesos de integración comunitaria, que demandan la homogeneidad (de forma y de fondo) de parámetros democráticos, ello explicaría, también, la proliferación de mecanismos de integración comunitaria y de homogeneización humanitaria en nuestra región.

### **6.1.- Derecho procesal constitucional comunitario o supranacional en América Latina**

El proceso de integración comunitaria más paradigmático de nuestra región, es la Comunidad Andina de Naciones, integrada actualmente por Perú, Ecuador y Colombia<sup>64</sup>, pues, cuenta con unión arancelaria, zona de libre comercio, y unión aduanera, además, cuenta con una normativa comunitaria de aplicación directa y preferente, y, finalmente, con un órgano jurisdiccional supranacional como el Tribunal de Justicia de la

---

59 Mercado Común del Sur, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, y, Uruguay (Chile y Bolivia asociados).

60 Tratado de Libre Comercio, el más importante es el suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México, existen otros suscritos entre Estados Unidos con Centroamérica, con Chile, con Perú, entre otros.

61 Originalmente se denominó Alternativa Bolivariana para las Américas, enfatizando en su perfil político, sin embargo en la VI Cumbre Extraordinaria de fecha 24 de junio de 2009, se acordó denominarla Alianza Bolivariana para las Américas enfatizando su perfil militar.

62 Sistema de Integración Centroamericano, integrado por Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, y Guatemala.

63 Asociación Latinoamericana de Integración, integrad por todos los países de América Latina.

64 Debe recordarse que Chile se retiró en 1974, y Venezuela decidió retirarse de la CAN, en agosto de 2003, y hasta ahora, no ha regresado a esta instancia comunitaria, interés que sí ha expresado Chile, en regresar, y México en adscribirse.



Comunidad Andina<sup>65</sup>, guardián del nuevo orden jurídico, encargado de la interpretación y aplicación del o los tratados de la Comunidad<sup>66</sup>.

Como se sabe, el Derecho Comunitario Andino ostenta, hoy por hoy, como atributo esencial su carácter supranacional respecto de los ordenamientos jurídicos de los países miembros, por tanto, su normativa es de aplicación directa y preferente en el derecho interno de cada país, y sus decisiones jurisdiccionales son igualmente obligatorias para las instituciones nacionales, y para sus ciudadanos, sin necesidad de homologación (nacional) alguna. Este carácter supranacional no era tan evidente en el primigenio Acuerdo de Cartagena de 1.969, lo que generó grandes controversias doctrinarias y jurisprudenciales en los respectivos ámbitos nacionales, en los que se debatía la aplicabilidad directa de la normativa nacional<sup>67</sup>, controversia que se agotó con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>68</sup>, y con las reformas constitucionales en los países andinos.

Ciertamente, con la aprobación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino, se ha aclarado la connotación supranacional de un conjunto de actos jurídicos, así su artículo 1 dispone, que el ordenamiento jurídico de la CAN, comprende: i).- el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; ii).- el Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina; iii).- las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; iv).- las resoluciones de la Secretaria General; v).- los Convenios de Complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí dentro del marco del presente proceso de integración subregional andina.

---

65 Órgano jurisdiccional de la Comunidad, está integrado por 5 magistrados, nacionales de los países miembros.

66 razón por la cual, algunos autores sostienen que su función cuasiconfederacional es análoga a la de la Corte Suprema Norteamericana en sus inicios.

67 En Venezuela esta controversia se mantuvo aún después del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino, pues, la Cámara de Laboratorios venezolanos, impugnó el artículo 3 de dicho tratado, que consagra la cesión, transferencia o delegación de competencias legislativas a los órganos comunitarios andinos.

68 cuyas competencias han sido replanteadas a partir del Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de 1996, conocido como Protocolo de Cochabamba.

A los fines de disipar todo tipo de dudas, oscuridad o ambigüedad sobre el sentido y alcance de la normativa comunitaria, el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dispone que las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores “serán obligatorias desde la fecha en que sean aprobadas”, por su parte, el artículo 3 dispone, que las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y las del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, “serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo a menos que la misma señale una fecha posterior”.

Por su parte, el artículo 4 del señalado instrumento normativo comunitario, dispone que los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, comprometiéndose, asimismo, los países miembros a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dicha norma o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Los restantes mecanismos de integración tienen una menor intensidad, pues, o se limitan a una unión arancelaria o zona de libre comercio (TLC, MERCOSUR y SICA), o a una integración más de tipo político (UNASUR) o político-militar (ALBA); por otra parte, no cuentan con una normativa de aplicación directa ni preferente, y, tampoco, cuentan con órganos jurisdiccionales transnacionales, por lo que sus diferendos o controversias deben resolverse por mecanismos alternos no jurisdiccionales.

## **6.2.- El principio de supremacía normativa de las constituciones nacionales frente al principio de primacía de los tratados internacionales en el marco de la supranacionalidad en América Latina (con especial referencia a la CAN)**

Tal como ya se ha precisado, en el marco de las organizaciones supranacionales o comunitarias, cabe distinguir entre los tratados fundantes o constituyentes y sus protocolos adicionales, y la normativa comunitaria emanada de los órganos comunitarios constituidos (ejecutivos y judiciales); los primeros tienen proyección constitucional en la medida que inciden en el ámbito de las soberanías nacionales, al habilitar la cesión, transferencia o delegación de competencias a un órgano supranacional para la adopción de decisiones políticas, económicas, y sociales comunitarias.

Por su parte, las decisiones emanadas de los órganos comunitarios, tienen carácter infraconstitucional, y virtualmente supralegal, debido a su aplicación directa y preferente en el orden interno, siempre que se trate de su aplicación en las áreas delegadas. Importa destacar que los órganos supranacionales no pueden incidir sobre cuestiones no delegadas expresamente en el tratado fundante u otros tratados, pues, ello constituiría una ampliación competencial indebida, y por consiguiente, una reinterpretación de los tratados, conducta ésta susceptible de control de la constitucionalidad, por parte de las jurisdicciones constitucionales nacionales, especialmente, si tales actos afectan el ejercicio de derechos fundamentales establecidos en las respectivas constituciones.

Ahora bien, la mayoría de las constituciones latinoamericanas –entre ellas, las de los países que integran la Comunidad Andina de Naciones–, han sido aprobadas o reformadas en los últimos 20 años, gracias al proceso de homogeneización política (democrática), económica, y social, propiciado por las diversas iniciativas de integración supranacional articuladas en el contexto de la globalización, a cuyo efecto, las reformas constitucionales se han inclinado por una mayor apertura constitucional a la recepción de ordenamientos jurídicos comunitarios.

En esta perspectiva, el preámbulo de la Constitución colombiana de 1991, hace expreso reconocimiento a la integración regional, al destacarlo como un objetivo político de la nación, asimismo, el artículo 76.18 al referirse a las atribuciones del Congreso, establece:

Artículo 76.- *“omissis...*

18.- Aprobar o inaprobar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso, podrá el Estado obligarse para que sobre bases de igualdad y reciprocidad sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados”.

Asimismo, se incorporó un dispositivo referido expresamente a la integración latinoamericana, en los siguientes términos:

Artículo 227.- “El Estado promoverá y favorecerá la integración económica, social y política con los demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del caribe mediante la celebración

de tratados que sobre bases de equidad, igualdad, y reciprocidad, creen organismos supranacionales, incluso para conformar una comunidad latinoamericana de naciones....omissis...”.

La Constitución peruana, no contiene norma expresa de apertura hacia ordenamientos jurídicos comunitarios, sin embargo, sus instituciones jurisdiccionales y la doctrina iuspublicista, han interpretado que dicho texto constitucional no desdeña la integración comunitaria, de conformidad con lo previsto en su artículo 101, que consagra la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos, y de afirmar su independencia contra todo imperialismo. Asimismo, la doctrina<sup>69</sup> sostiene que el artículo 100, constituye el fundamento de la integración comunitaria andina, el cual dispone: Artículo 100.- “El Perú promueve la integración económica, política, social, y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

Por su parte, la Constitución venezolana de 1999, también, reconoce en su exposición de motivos, a la integración latinoamericana como uno de los objetivos estratégicos del Estado venezolano, y en su artículo 153, consagra lo siguiente:

Artículo 153.- “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

---

69 Luis Carlos Sachica, “Derecho Comunitario Andino y Derecho Constitucional. Citado por Jorge Luís Suárez, en *El Derecho Administrativo en los Procesos de Integración: La Comunidad Andina*”, Funeda, Caracas, 2005.

Por su parte, la reciente Constitución boliviana de 2008, junto con reconocer a los mecanismos de integración como fundamentales para el Estado boliviano, estableció en su artículo 265, en materia de integración comunitaria, lo siguiente:

265.-“I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.

II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo”.

Finalmente, la Constitución ecuatoriana de 2009, establece la concepción más elaborada de todas las constituciones andinas en materia de integración supranacional, en tal sentido su artículo 423, consagra, lo siguiente:

423.- “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.
6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.
7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional”.

### **6.3.- Derecho procesal supraconstitucional en America Latina**

Nuestro continente altamente sensibilizado por los horrores de la segunda guerra mundial, y, por la barbarie de las brutales dictaduras que padeció durante casi todo el siglo XX, ha comprendido claramente, en la actualidad, la necesidad de consolidar un sistema humanitario transnacional (interamericano), a cuyo efecto, cuenta con un ámbito normativo sustantivo, conformado por diversos instrumentos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo La Convención), y los demás tratados y convenciones citados supra (ver numeral 6 de este capítulo); y con un ámbito adjetivo-institucional, conformado por dos organismos de importancia fundamental, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo tocante a la normativa humanitaria debe advertirse que ésta es de aplicación directa, pues, constituye fuente directa de derecho constitucional nacional, lo que implica que: i).- queda incorporada automáticamente al bloque de la constitucionalidad de cada país, sin necesidad de seguir el procedimiento de reforma constitucional para su incorporación, asimismo, de ser más favorable, se les debe reconocer aplicación preferente respecto de lo establecido en las constituciones nacionales, tal como lo dispone la Constitución de Venezuela, en su artículo 23; ii).- una prohibición absoluta a cualquier poder constituyente de estatuir lo contrario a lo establecido en las normas humanitarias transnacionales, y, iii).- su tutela inmediata por vía de amparo constitucional.

En lo tocante al ámbito adjetivo-institucional debe advertirse que este mecanismo es subsidiario, en el sentido de que sólo se puede acudir, primero, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y, luego, por conducto de la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo, una vez agotada la instancia nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 64, literal “a” de la Convención Americana de Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 37.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y sólo en casos excepcionales se podrá acudir directamente ante la Comisión, sin haber agotado la instancia nacional<sup>70</sup>, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37.2 del Reglamento de la Comisión.

La Comisión Interamericana tiene su sede en Washington (EUA), está integrada por 7 miembros, y tiene competencia para conocer, *prima facie*, de las denuncias por violación de derechos humanos que interpongan los ciudadanos contra algún Estado americano, en este sentido, cumple funciones cuasi jurisdiccionales análogas a las de un Defensor del Pueblo, y, cuando debe accionar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en defensa del orden público humanitario interamericano, desempeña funciones análogas a las de un Fiscal.

La Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión regulan el procedimiento para impetrar tutela humanitaria ante ese organismo, el cual, tiene características semejantes a las de un proceso judicial. Ciertamente, la Comisión al recibir una denuncia de violación de derechos humanos, podrá a iniciativa propia o a instancia de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria, y en casos urgentes podrá solicitar que sean tomadas medidas cautelares (artículo 29 Reglamento); asimismo, verificará que la denuncia cumple con los requisitos de admisibilidad (artículo 35 Reglamento); también, podrá proponer soluciones amistosas

---

70 De conformidad con el artículo 37.2 del Reglamento de la Comisión, no será exigible el agotamiento de la instancia nacional, en los siguientes casos: i).- Cuando no exista en la legislación interna del Estado el debido proceso legal, para la protección del derecho que se alega violado; ii).- Cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; o iii).- Cuando haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

(artículo 45 Reglamento); y cuando no ha habido solución amistosa, podrá presentar su decisión bajo las modalidades a que se contraen los artículos 50 y 51 de la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo del sistema Interamericano, tiene su sede en San José de Costa Rica, y está integrada por 7 jueces (nacionales de los Estados miembros), su objeto esencial es la interpretación y aplicación de la Convención y de sus protocolos adicionales, ejerce dos funciones esenciales, una puramente jurisdiccional, conforme a la cual, debe procurar la tutela jurisdiccional (preventiva y definitiva) en materia de derechos humanos aplicando la Convención y otros tratados humanitarios; y otra, consultiva, consistente en la interpretación abstracta de la Convención y de otros tratados, mediante la emisión de dictámenes solicitados por los Estados o por órganos de la OEA.

#### **6.4.- El principio de supremacía normativa de las constituciones nacionales frente a la primacía de los actos de órganos transnacionales dictados en el marco del derecho humanitario en América Latina**

Importa reiterar aquí, que el derecho humanitario transnacional o supraconstitucional en América Latina tiene dos vertientes, a saber: una sustantiva que se materializa en los tratados internacionales humanitarios; y otra adjetiva que se materializa en actos jurídicos emanados de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; cuyo valor jurídico va a variar en relación al principio de supremacía normativa de las constituciones nacionales, según a continuación se indica:

##### *i).- Tratados humanitarios*

Los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos y sus protocolos adicionales, tienen valor supraconstitucional en el sentido de que tienen por objeto derechos fundamentales reconocidos por las constituciones nacionales, o inherentes a la persona humana, los cuales, son indisponibles aún para los constituyentes nacionales, ello implica que ésta normativa queda incorporada al bloque de la constitucionalidad, y es de aplicación directa en los ordenamientos nacionales, tal como ocurre en Perú (artículo 105 constitucional), Argentina (artículo 75.22 constitucional), y Venezuela (artículo 23 constitucional).



En esta perspectiva, es muy difícil que se planteen conflictos entre la normativa humanitaria transnacional, y el principio de supremacía normativa de las constituciones nacionales, debido a que la constitucionalidad de la normativa internacional ya fue controlada en la oportunidad del control jurisdiccional preventivo de los tratados humanitarios, sin embargo, de llegar a plantearse un conflicto entre la primacía de una norma humanitaria transnacional, y la supremacía de una norma constitucional, las soluciones en nuestra región van a variar según las distintas constituciones, pues, mientras para algunos países, sí la norma humanitaria transnacional es más favorable que la Constitución nacional, tendrá aplicación preferente, tal como lo dispone el artículo 23 de la Constitución venezolana; por el contrario, la norma transnacional será desaplicada, en cualquier caso, si contradice dispositivos constitucionales sobre derechos fundamentales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75.22 de la Constitución argentina.

En mi opinión, la normativa humanitaria transnacional, sin lugar a dudas, forma parte del llamado bloque de la constitucionalidad, dado que su objeto lo constituyen derechos fundamentales inherentes a la persona humana, en tal sentido, cualquier conflicto o colisión que pueda llegar a plantearse entre una norma humanitaria transnacional y una norma constitucional, debe ser resuelto con arreglo a lo que *Duque Corredor* denomina principio pro ciudadano, conforme al cual, en materia de derechos humanos, debe prevalecer la norma más favorable del bloque de la constitucionalidad (Constitución y Tratado Humanitario) y, también, la interpretación más favorable al ciudadano.

*ii).- Actos emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Tal como ya se señaló, dentro del sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para actuar, prima facie, en la tutela de derechos humanos, en tal sentido, en ejercicio de sus funciones puede solicitar a los Estados, de conformidad con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del Reglamento de la Comisión, la adopción de medidas cautelares, que éstos están obligados a considerar y cumplir de buena fe, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

En relación a las *proposiciones y recomendaciones* (artículo 51 de la *Convención*), y a las opiniones y conclusiones (artículo 51 de la *Convención*) de la Comisión, debe advertirse que hasta ahora no existe claridad sobre su eficacia jurídica en el seno del sistema interamericano. Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su fallo de fecha 8 de diciembre de 1995 (caso: *Caballero Delgado y Santana*), precisó que el informe previsto en el artículo 51 (opiniones, conclusiones, recomendaciones, e informe), sólo es procedente cuando el caso no haya sido sometido a la Corte, señaló, además, que el término «recomendaciones» usado por la *Convención* debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla de interpretación contenida en el artículo 31 N° 1 de la *Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados*, y que, al no haberse dado a esta expresión un sentido especial, no tendría el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento comprometa la responsabilidad internacional del Estado; en consecuencia, a juicio de la Corte, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir lo que considera una recomendación no obligatoria de la Comisión.

Al efecto, Faúndez<sup>71</sup> sostiene que la Corte en este caso

parece no haber prestado suficiente atención al objeto y fin del tratado, ni haber tomado debidamente en consideración el contexto de las disposiciones contenidas en los arts. 50 y 51 de la *Convención Americana*, en relación con el art. 1 N° 1 de la misma *Convención*. Por otra parte, del art. 47, letra d), de la *Convención*, que establece que se declarará inadmisibles una petición que sea sustancialmente la misma que otra ya examinada por la Comisión –en el sentido de resuelta por ella en los términos referidos al analizar las condiciones de admisibilidad de una petición–, pero también se puede inferir que la decisión de la Comisión tiene carácter vinculante,

precisa, además, este autor que el criterio de la Corte habría sido enmendado, en su fallo de fecha 17 de septiembre de 1997 (caso: *Loayza Tamayo*), sin embargo, la Corte parece, más bien, exhortar a los Estados a realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión, lo cual, dista mucho de una afirmación sobre el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión.

---

71 *Ob.cit.*

En mi opinión, las proposiciones y recomendaciones (artículo 51 de la Convención), y las opiniones y conclusiones (artículo 51 de la Convención) de la Comisión, deben ser consideradas por los Estados, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sin embargo, de llegar a plantearse un conflicto entre una opinión o informe de la Comisión, y la supremacía de una norma constitucional debe prevalecer esta última, en razón de que si los tratados internacionales deben adecuarse a las constituciones nacionales (a cuyo efecto se realiza el control jurisdiccional preventivo), con mayor razón deben hacerlo los actos emanados de un órgano transnacional derivado, los cuales, no pueden estatuir contra lo establecido en un texto constitucional.

*iii).- Actos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos produce dos tipos de actos jurídicos, a saber: las *opiniones consultivas* y las *decisiones jurisdiccionales* sobre litigios sometidos a su consideración.

En lo tocante a las *opiniones consultivas*, como ya se dijo, la Corte, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de su Estatuto, y 64.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tiene competencia para interpretar con fuerza vinculante dicha *Convención* u otros tratados humanitarios a solicitud de los Estados de la OEA, lo que se traduce en la práctica en un mecanismo jurisdiccional abstracto para precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas convencionales necesarios para el desarrollo de un sistema interamericano eficiente de tutela de derechos humanos.

La función consultiva de la Corte consiste, por tanto, en resolver a solicitud de los Estados miembros de la OEA o de los órganos de la organización (artículo 64.1 de la Convención), cuál es el alcance de una norma o de los principios que lo informan, cuando los mismos no surgen claros del propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de otros tratados; o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios convencionales en materia de derechos humanos, función jurisdiccional ésta denominada *jurisdatio perfecta*.

En esta perspectiva, los fallos consultivos de la Corte en el ejercicio de la función jurisdiccional de *jurisdatio perfecta*, constituyen fuente de derecho constitucional al interior de cada Estado, en la medida en que complementan el orden constitucional interno, pues, integran el llamado bloque de la constitucionalidad al tener por objeto derechos fundamentales inherentes a la persona humana. En tal sentido, cualquier conflicto que pueda plantearse entre una interpretación de la Corte sobre una norma humanitaria transnacional y una norma constitucional, debe ser resuelto con arreglo al principio pro ciudadano, conforme al cual, en materia de derechos humanos, debe prevalecer siempre la norma y la interpretación más favorable.

Sobre el carácter de fuente de derecho vinculante de las interpretaciones convencionales establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscribo plenamente lo señalado por el profesor Héctor Faúndez<sup>72</sup>, para quién

las mal llamadas 'opiniones' consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no se puede eludir por los Estados partes en la Convención. En tal sentido, su valor es comparable a los dictámenes que emanan de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, y difiere del efecto jurídico que caracteriza a las opiniones consultivas propiamente tales de la Corte Internacional de Justicia. En nuestra opinión, en los casos en que se le consulte sobre la interpretación de la Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, la Corte emitiría un 'dictamen', con carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención. Sobre este punto, es conveniente recordar que el art. 1 del estatuto de la Corte define a ésta como «una institución judicial autónoma cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por las razones antes expuestas, los criterios consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen fuerza vinculante, en razón

---

72 Héctor Faúndez L., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999, pág. 609.

de ser expresados en ejercicio de la función jurisdiccional de *jurisdatio perfecta*, o interpretación abstracta de la convencionalidad, por ello, no puedo compartir el criterio de la Sala Constitucional, de fecha 15 de julio de 2003 (sentencia N°. 1942, caso: Rafael Chavero Ch.), mediante la cual, dicha Sala se arrogó, ilegítimamente, la competencia exclusiva para interpretar el sentido y alcance de las normas convencionales, cuando señaló

se trata de una prevalencia de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.

En lo tocante a las *decisiones jurisdiccionales* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe señalarse que éstas se producen en el contexto de procesos contra Estados que han aceptado expresamente la jurisdicción de la Corte, razón por la cual, éstos están obligados, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 26 de la Convención, a acatar estas decisiones, sin embargo, en diversas ocasiones algunos Estados han pretendido desacatar decisiones emanadas de la Corte, aduciendo todo tipo de argumentaciones.

Debe advertirse que las decisiones jurisdiccionales de la Corte, tienen una doble dimensión, por una parte, cuentan con la *ratio decidendi* que pudiera contener reglas de derecho o criterios interpretativos sobre normas convencionales, decididamente vinculantes; y por la otra, cuentan con la parte dispositiva del fallo. Al efecto, debe señalarse que no existe en la Convención ningún mecanismo coactivo para asegurar la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte, tal como nos refiere Faúndez<sup>73</sup>,

Si bien la Convención no prevé un mecanismo coactivo para el acatamiento de las decisiones de la Corte, en caso de incumplimiento de las mismas se ha contemplado la intervención de un órgano político, efectivamente, de acuerdo con el artículo 65 de la Convención, en

---

73 *Ob. cit.* pág 573

el informe que la Corte debe someter anualmente a la Asamblea General de la OEA, ésta debe señalar, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Aunque el art. 65 de la Convención se refiere al informe que la Corte debe presentar a la Asamblea General 'en cada período ordinario de sesiones', esto no significa que el no cumplimiento de sus sentencias no pueda ser planteado en una sesión especial de la Asamblea General, por iniciativa de algún Estado, o que la Corte no pueda llamar la atención del Consejo Permanente de la OEA-cuando la Asamblea General no esté sesionando- sobre casos que puedan requerir la adopción urgente de medidas apropiadas...".

## CONCLUSIONES

1.- De cuanto ha sido expuesto, puede apreciarse que desde sus primeras manifestaciones la categoría jurídica *derecho procesal constitucional transnacional*, ha estado sujeta a diversas controversias y vicisitudes teóricas, fundamentalmente, respecto de su autonomía como disciplina, su naturaleza jurídica, configuración y caracterización, no obstante ello, esta categoría ha alcanzado en la actualidad un perfil propio.

2.- *El derecho procesal constitucional transnacional*, es una categoría jurídica más precisa que la de *jurisdicción transnacional*, se trata de una novel disciplina conformada por el entramado normativo de tipo adjetivo, encargada de regular, por una parte, el funcionamiento, y los procedimientos, de (y ante) los órganos ejecutivos, jurisdiccionales, y cuasi jurisdiccionales con competencia transnacional (comunitarios y humanitarios), así como, los sistemas y métodos de interpretación convencional (es decir, de los tratados y convenciones internacionales) empleados por éstos; y por la otra, los procedimientos relativos a la recepción, en los países que integran la organización internacional o comunitaria, de las disposiciones, recomendaciones, medidas y decisiones jurisdiccionales emanadas de los órganos transnacionales.

3.- En el Estado Constitucional Democrático la doctrina del *orden público constitucional transnacional*, es una herramienta útil para asegurar la hegemonía e intangibilidad del principio de primacía de los tratados internacionales, y de manera especial, asegurar la tutela de los derechos humanos.

4.- La funcionalidad de un sistema jurídico transnacional no puede ser analizada en términos binarios o absolutos, en el sentido de que su operatividad deba ser inmediata o subsidiaria, por cuanto, antes de establecerse dicha operatividad (inmediación o subsidiariedad), debe distinguirse, en primer lugar, entre su dimensión humanitaria transnacional y su dimensión comunitaria; y, en segundo lugar, entre el ámbito normativo sustantivo, y, el ámbito jurisdiccional-procesal, de cada una de estas dimensiones.

5.-En el contexto de los ordenamientos supranacionales, sólo el acto, mediante el cual, se hace la cesión de competencias en favor de determinados órganos comunitarios, es decir, el tratado fundacional de la comunidad y sus modificaciones, tiene implicaciones constitucionales internas, al punto que pueden acarrear la reforma de las Constituciones nacionales, de ser necesario; sin embargo, los actos decisorios, reglamentarios y jurisdiccionales que habrán de emanar de éstos órganos, tendrán de manera general rango infraconstitucional, aunque, de aplicación preferente en el derecho interno.

6.- *Las proposiciones y recomendaciones* (artículo 51 de la Convención), y las *opiniones y conclusiones* (artículo 51 de la Convención) de la Comisión, deben ser consideradas por los Estados, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, sin embargo, de llegar a plantearse un conflicto entre una *opinión* o *informe* de la Comisión, y la supremacía de una norma constitucional debe prevalecer esta última.

7.- *Las proposiciones y recomendaciones* (artículo 51 de la Convención), y las *opiniones y conclusiones* (artículo 51 de la Convención) de la Comisión, deben ser consideradas por los Estados, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, sin embargo, de llegar a plantearse un conflicto entre una *opinión* o *informe* de la Comisión, y la supremacía de una norma constitucional debe prevalecer esta última, en razón de que si los tratados internacionales deben adecuarse a las constituciones nacionales (a cuyo efecto se realiza el control jurisdiccional preventivo), con mayor razón deben hacerlo los actos emanados de un órgano transnacional derivado, los cuales, no pueden estatuir contra lo establecido en un texto constitucional.

8.- Las *opiniones consultivas* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre normas de la *Convención* u otros tratados humanitarios a solicitud de los Estados de la OEA, tienen fuerza vinculante, lo que se traduce en la práctica en un mecanismo jurisdiccional abstracto para prevenir conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas convencionales necesarios para el desarrollo de un sistema interamericano eficiente de tutela de derechos humanos. Estos fallos consultivos constituyen fuente de derecho constitucional al interior de cada Estado, en la medida en que complementan el orden constitucional interno, pues, integran el llamado bloque de la constitucionalidad al tener por objeto derechos fundamentales inherentes a la persona humana

9.- Las *decisiones jurisdiccionales* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se producen en el contexto de procesos contra Estados que han aceptado expresamente la jurisdicción de la Corte, razón por la cual, éstos están obligados, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 26 de la *Convención*, a acatar estas decisiones.

## REFERENCIAS

- Acosta Sánchez, J. (1998). *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid, Editorial Tecnos.
- Aragón Reyes, M. (1990). *Constitución y Democracia*. Madrid. TECNOS. 1ª reimpresión.
- Aragón Reyes, M. (1998). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid. CEPC.
- Ayala Corao, C. (2006). “Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Porrúa.
- Bidart Campos, G. 2006. “Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos”, en *Derecho Procesal Constitucional*. México. Porrúa. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



- Brewer Carías, A. (2000). *El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (2001). *De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación*. Caracas. Archivos de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Cappelletti, M. (1968). *Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*. Milán. Giuffrè.
- De Otto, I. (2009). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona. Ariel Derecho.
- Espiérrez, M. (2001). *Distribución Competencial, Derechos Ciudadano e Incidencia del Derecho Comunitario*. Madrid. Editorial. CEPC.
- Faúndez, H. (1999). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José. Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrer Mc Gregor, E. (2004). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Legislación, Prontuario y Bibliografía*. México. Editorial Porrúa.
- Ferrer Mc Gregor, E. (2004). *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Editorial Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2006). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Interprete Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.. México. Porrúa.
- Fix-Zamudio, H. (1956). “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. N. 23.
- Fix Zamudio, H. (1995). *El Derecho Procesal Constitucional y Los Derechos Humanos*. México. UNAM.
- Fix Zamudio, H. (1964). *El Juicio de Amparo*. México. Porrúa.
- Fromont, M. (1995). *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona. Ariel.
- García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional* Bogotá. Temis.

- García Belaunde, D. (2008). *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*. México. Editorial Porrúa.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Ed. Thomson-Civitas.
- García de Enterría, E. (1992). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Ed. Civitas.
- González Pérez, J. (1980). *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid. Civitas.
- Gozáini, Osvaldo A. (1988). *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*. Buenos Aires. Ediar.
- Häberle, P. (2005). *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano*. México. Editorial FUNDAP.
- Haro, J. “La Jurisdicción Constitucional en Venezuela y la necesidad de un Tribunal Federal Constitucional”. Caracas. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6.
- Haro, J. (1999). “La Justicia Constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999”. Caracas. *Revista de Derecho Constitucional*.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Landa, C. (2004). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima. Palestra Editores.
- Rey Cantor, E. (1994). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá. Universidad Libre.
- Rousseau, D. (1993). *Droit du Contentieux Constitutionnel*. París. Montchrestien.
- Rousseau, D. (1998). *La Justice Constitutionnelle en Europe*. París. 3ª ed., Montchrestien.
- Rubio Llorente, F. (1997). *La Forma del Poder*. Madrid. CEPC.
- Sagüés, N. (2002). *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. Editorial Astrea. Tomo I. Cuarta Edición.
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. (web site).
- Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (web site).



# Derecho de la administración pública y derecho administrativo

Manuel Rebollo Puig\*

## RESUMEN

Se ofrece un panorama general de las teorías que han tratado de configurar el Derecho Administrativo. Se destaca que en su mayoría parten de considerar que el régimen de la Administración está compuesto por normas de Derecho Administrativo y por normas de Derecho privado. Y se afirma que estas construcciones han fracasado. Frente a todas ellas, se defiende la necesidad de partir de una tesis que defina al Derecho Administrativo por ser el Derecho de la Administración pública en sentido subjetivo y de llevar esta noción hasta sus últimas consecuencias.

## PALABRAS CLAVE

Administración Pública, Derecho Administrativo, Derecho público, Derecho de la Administración

## ABSTRACT

It provides an overview of the theories that have tried to set the Administrative Law. It is emphasized that most start to consider that the regime of Directors consists of rules of administrative law and private law rules. And he argues that these constructions have failed. Against these, we argue for the need to build an argument that defines the Administrative Law as the law of public administration in the subjective sense and carry this notion to its logical conclusion.

## KEY WORDS

Public Administration, Administrative Law, Public Law, Administrative Law

## I.- PLANTEAMIENTO. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN ENTENDIDA EN SENTIDO ORGÁNICO O SUBJETIVO

1.- En todas partes la Administración pública tiene ciertas reglas jurídicas particulares: en algunos sistemas jurídicos pueden ser poco numerosas, reservadas para materias relativamente concretas y poco diferentes

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo. 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.

de las que rigen las relaciones entre particulares; en otros, son amplísimas y comportan cambios radicales respecto a la situación de los demás sujetos. Esta variedad de grados importa poco por ahora. Basta admitir que en alguna medida la Administración tiene reglas específicas para excluir una de las opciones que, en abstracto, podría caracterizar al régimen jurídico de la Administración: la de su íntegro y puro sometimiento al Derecho privado, o sea, la de una Administración que viva completamente y sin posibilidad de excepción bajo el imperio del mismo Derecho que rige para los particulares. Es posible que una tal situación jurídica haya predominado en otras épocas. Concretamente, durante la Edad Media no existía nada similar a la distinción entre Derecho público y privado, e incluso el poder público se asentaba en títulos e instituciones iguales a las de los sujetos privados<sup>1</sup>. Pero en lo que concierne a nuestra época<sup>2</sup>,

- 1 En aquel contexto puede afirmarse, con F. FLEINER, que “fue desconocido el contraste entre Derecho privado y público. No se hacía diferencia alguna entre las facultades privadas y las públicas... Unas y otras facultades dimanaban de un Derecho de igual naturaleza. En ese sistema jurídico, único, uniforme, la orden que la autoridad pública daba al súbdito... y las acciones del súbdito contra el poder público... resultaban pretensiones equivalentes. Si alguien discutía la pretensión, había que probar el título adquisitivo. De este modo de concebir la cuestión se derivaba igual protección para la autoridad y para el pueblo”. Se cita de la traducción al castellano de S. Álvarez Gendín publicada bajo el título *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona, 1933, pp. 25-26. Esta falta de diferenciación entre Derecho público y privado era general en Europa. Para los reinos españoles explica A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª ed., Madrid, 1971, I, pp. 266-267 que “la distinción romana entre el *ius publicum* y el *ius privatum*, ya carente de valor en la época visigoda, se olvida en los cinco primeros siglos de la Reconquista. Ni los nombres se utilizan, ni se encuentra formulada ninguna otra distinción equivalente. La razón principal de ello es, probablemente, que en esta época no llegan a distinguirse y menos a enfrentarse, la organización política y la organización social misma. Por esto, no hay un Derecho que se refiera a la comunidad o al Estado que sea de distinta naturaleza del que se refiere al de las relaciones entre los particulares”.
- 2 En realidad, la diferenciación entre Derecho público y privado es incluso muy anterior al Estado constitucional y al liberalismo que más bien heredó y ensalzó la diferencia estas ideas. Según M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, traducción al castellano de A. ESTABAN DRAKE, Madrid, 1976, pp. 25 y 26, fue conocida en el Derecho romano pero “no llegó a alcanzar ni el rasgo de una acabada clasificación sistemático-científica del Derecho ni una importancia práctica esencial para la vida jurídica”(…) La diferenciación entre *ius publicum* y *ius privatum* sólo alcanzaría un mayor significado político, práctico y sistemático-jurídico en los siglos XVI y XVII...”. Explica igualmente A. GARCÍA GALLO, *Manual*

tal sistema no existe y es prácticamente inimaginable. En ninguna parte el Derecho de la Administración pública es entera, simple y únicamente el mismo Derecho privado que se aplica a los particulares.

Excluida la opción de una Administración pública completamente sometida al Derecho privado, el problema o los problemas de los que debemos ocuparnos se resumen en estos cuatro puntos, sobre todo en los dos primeros:

A) Puesto que la Administración no vive en ninguna parte bajo el imperio exclusivo del Derecho privado, quedan dos posibilidades: o bien la Administración está y debe estar sometida *siempre y para todo tipo de actividad* a sus normas específicas (monismo de Derecho público); o bien, por el contrario, la Administración está sometida a un doble régimen jurídico (dualismo), de manera que deben aplicársele en parte sus normas específicas de Derecho público y en parte las normas comunes o de Derecho privado (destacadamente Derecho civil y mercantil). Esto resume el dilema entre monismo o dualismo en lo que al régimen sustantivo o material de la Administración se refiere: o monismo puro de Derecho público, o dualismo, con sometimiento en parte al Derecho público y en parte al Derecho privado.

En este contexto se puede introducir la expresión Derecho administrativo: si con ello se quiere referir el conjunto de normas de Derecho público específicas de la Administración, como es habitual hacer (aunque aquí, precisamente, se discutirá luego esa identificación), en el monismo, “Derecho de la Administración” es igual a “Derecho administrativo”; mientras que en el dualismo, el Derecho administrativo es solamente una parte del Derecho de la Administración. Dicho de otra forma, en el dualismo el “Derecho de la Administración” es un Derecho mixto o compuesto, igual a Derecho administrativo más Derecho privado aplicable a la Administración.

---

*de Historia del Derecho...*, cit., I, pp. 268-269, que “es en la Edad Moderna cuando la distinción del Derecho público y del Derecho privado se plantea, no como una mera clasificación, sino como algo que alude a la naturaleza de las cosas... a uno y a otro se le atribuyen caracteres especiales” y, en particular, ya “se destaca el carácter de superioridad con que actúa el Estado y el autoritario de las normas públicas, frente a los términos de igualdad en que actúan entre sí los particulares y la libertad con que proceden...”. Vid. asimismo L. PAREJO ALFONSO, *El concepto de Derecho administrativo*, Caracas, 1984, p. 31.

B) En caso de dualismo, es necesario saber cuándo procede aplicar un Derecho y cuándo el otro, es decir, es necesario establecer la línea divisoria entre lo que corresponde al Derecho administrativo y lo que no le es propio.

C) Todo lo anterior se conecta estrechamente con una gran cuestión teórica: ¿cuál es el sentido y la justificación de la existencia de un Derecho propio y específico de la Administración, o sea, del Derecho administrativo?

D) Por otra parte, las tres cuestiones precedentes están ligadas en muchos países a una cuarta de enorme relevancia práctica: la que suscita la existencia de dos jurisdicciones diferentes para resolver los litigios en los que interviene la Administración (dualismo jurisdiccional, tradicionalmente conectado con el dualismo de régimen jurídico, ya sea como causa o como consecuencia) y, en su caso, la de la distribución de competencias entre esas dos jurisdicciones.

2.- Estas cuestiones han ocupado y obsesionado a la doctrina prácticamente desde el nacimiento del Derecho administrativo sin que se hayan alcanzado soluciones pacíficas ni del todo satisfactorias. El panorama es todavía más difícil y confuso si todo ello se aborda, como aquí pretende hacerse, por referencia a distintos países y sin limitarnos a analizar y explicar la situación de un concreto ordenamiento nacional. Todo esto incita a la prudencia. Pero, aun así, no es el propósito de este trabajo exponer sólo el cuadro general de las soluciones que se han venido dando o que hoy son más o menos dominantes y de sus ventajas o inconvenientes.

Se va a ensayar –en todo el sentido de esta palabra, pues sólo de un ensayo se trata– una explicación monista radical del régimen jurídico de la Administración, lo que a su vez entra a una determinada concepción del Derecho administrativo. El objetivo de este estudio es demostrar que la relación entre Administración pública y Derecho administrativo es unívoca, o sea, que la Administración está siempre sometida al Derecho administrativo y que, además, el Derecho administrativo es exclusivamente el Derecho de la Administración. O, para ser más exactos, y también más modestos, el objetivo es demostrar que, considerado lo anterior como hipótesis de trabajo, se consigue una explicación del régimen jurídico de la Administración y del Derecho administrativo más completa, más clara

y más coherente. Dicho todavía de otra forma, que la plena identificación entre el Derecho de la Administración y el Derecho administrativo es, por lo menos, tan cierta como las afirmaciones contrarias, que tiene justificaciones profundas y que, tomada como punto de partida, conduce a una construcción teórica capaz de explicar mejor la realidad jurídica de los distintos Derechos nacionales, como mínimo la de los que responden básicamente al modelo francés de “*régime administratif*”.

3.- Pero previamente es necesario aclarar a qué nos referimos cuando hablamos aquí de Administración pública. En cuanto hasta ahora se ha dicho y en todo lo que seguirá se habla de la *Administración pública en sentido subjetivo*, esto es, como organización dentro del aparato del Estado y, más concretamente, en el seno o con dependencia del poder ejecutivo; como institución, incluso, mejor, como persona jurídica<sup>3</sup>. Y, por tanto, de lo que nos ocupamos es del régimen jurídico de la Administración, así concebida, en sentido subjetivo (con “A” mayúscula); no del Derecho de la administración (con “a” minúscula), en sentido objetivo o material, como una función o actividad administrativa, (objetiva o “materialmente administrativa”, como suele decirse), realizada por cualquier organización estatal integrada o no en la Administración pública-organización.

---

3 La personalidad de la Administración era ya la base para M. HAURIUO, *Précis élémentaire de Droit administratif*, 2ª ed., revisada y puesta al día por A. HAURIUO, París, 1930: “Las Administraciones públicas, en esta concepción, son los actores jurídicos del Derecho administrativo” de manera que “la personalidad jurídica se las Administraciones se convierte en la base”. *Vid.* Sobre todo E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 9ª ed., 1999, pp. 26 y ss. Existe traducción al italiano de fragmentos de una edición anterior de esta obra realizada por L. VANDELLI con la colaboración de G. CASSANI bajo el título *Principi di Diritto amministrativo*, Milano, 1983; veáanse sobre todo pp. 4-5 y 16 y ss. De todas formas, el dato de la personalidad no es imprescindible para lo que aquí se defiende. A este respecto basta una noción simplemente orgánica de la Administración o su configuración como institución, concepto éste que no presupone ni exige la personalidad jurídica. En este punto, como en otros, la teoría institucionalista de M. HAURIUO es coincidente con la del ordenamiento jurídico de S. ROMANO. A este respecto es de gran interés S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo” publicado como estudio preliminar a la traducción al castellano realizada por el mismo y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER de la obra de S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963.



Si se sigue el punto de partida objetivo que rechazamos, el Derecho administrativo será el que regule la función materialmente administrativa de modo que la presencia de la Administración en sentido subjetivo u orgánico no será ni requisito suficiente ni requisito necesario. No cabe, desde luego, descalificar como radicalmente erróneas las teorías construidas sobre una noción objetiva de la administración pública, de una actividad o función “materialmente administrativa”. Ni hay nada que permita decir que parten de un concepto falso de tal función o actividad materialmente administrativa –al contrario, más bien el problema es que se puede definir de muchas maneras diferentes sin que haya razón para decir que unas son acertadas y otras erróneas porque son fruto de una pura especulación teórica– ni cabe negar que consiguen en ocasiones explicaciones –al menos aparentemente– de algunos aspectos menores de la realidad jurídica. Pero, aun así, como poco, hay que afirmar que se sustentan sobre un dato irrelevante para el Derecho constitucional<sup>4</sup> y para las bases del Estado de Derecho, sobre un presupuesto artificioso que no se corresponde con nada esencial del Derecho positivo. Por ello, tal actividad materialmente administrativa no presentará jamás un régimen jurídico uniforme, ni con un grado de similitud ni de coherencia interna que justifique suficientemente su estudio autónomo<sup>5</sup> y las teorías que lo

---

4 Es ésta la primera de las grandes aportaciones de G. VEDEL en su ya clásico “Bases constitutionnelles du Droit administratif” publicado inicialmente en “Etudes et documents du Conseil d’Etat”, nº 8, y después en el libro de recopilación de artículos *Pages de doctrine*, París, 1980, II, pp. 129 y ss. de donde se cita. Explica, para combatir sobre todo a las teorías de la Escuela del servicio público, que “il est impossible de construire le Droit administratif sur une notion principalement *matérielle* alors que notre Droit constitutionnel ... recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères *formels* ou *organiques* (...) Et ce critère formel, qui a priorité, c’est... celui du pouvoir exécutif...” (pp. 136 a 151). Ese desajuste entre las construcciones basadas en criterios materiales y la Constitución no es exclusiva del Derecho francés sino común a otros muchos Derechos, por no decir a todos los que parten de la división de poderes.

5 El ejemplo de L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., París, 1928, es revelador. Verdadera obsesión de su obra es de distinguir las funciones desde el punto de vista material. Así llega a la trilogía de los actos-regla, los actos-condición y los actos-subjetivos (I, pp. 328 y ss. y II, 151 y ss.) hasta identificar la función legislativa con los primeros y a la función administrativa con los segundos y los terceros (II, pp. 160 y ss., y 286 y ss.), aunque no logre igual claridad con la función jurisdiccional (II, pp. 157 y 418 a 420). Pero después no consigue dar ninguna utilidad a su noción material de función administrativa, lo que se pone de manifiesto

abordan con tal perspectiva deformarán y ocultarán buena parte de la realidad jurídica e incluso no captarán algunos aspectos fundamentales.

El planteamiento elegido es superior y preferible con toda certeza pues la existencia y la singularidad de la Administración-organización o institución o sujeto es un hecho evidente e incontrovertible, arraigado en la historia y con fundamentos teóricos sólidos. Más todavía: es un aspecto esencial y común a todos los Estados; por lo menos, a los Estados con división de poderes en los que lo más relevante es quién actúa (el poder legislativo, el ejecutivo o el judicial), no el tipo de actividad realizado por cada uno. No hace falta creer, como lo hicieron los revolucionarios franceses con su interpretación rígida de la *separación* de poderes, que la propia Administración -en tanto que parte del poder ejecutivo- es un elemento de la soberanía y, ella misma, soberana<sup>6</sup>, si bien esta concepción

---

con especial claridad en sus estudios de las funciones materialmente legislativas y jurisdiccionales de la Administración. Allí reconoce que sus nociones materiales no encajan con el Derecho constitucional ni con ningún Derecho positivo; que para éste es mucho más relevante el criterio subjetivo. Y, ante ello, se limita a decir que el jurista no está vinculado por ningún texto y puede con toda libertad hacer la teoría racional de las distintas funciones porque siempre es conveniente tener ideas “teóricamente exactas” (II, pp. 163 y 215; III, pp. 24 y 25). Oportuno es recordar que, con razón, para R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, I, p. 499, las “sorpresas” de Duguit derivan de querer buscar en la Constitución una clasificación material de las funciones que no se encuentra en ella.

Con unas u otras variantes, la situación es la misma para todos los que construyen una noción objetiva de administración pública: su concepto de Derecho administrativo no se corresponde fielmente con esa noción objetiva. Así, G. ZANOBINI, comienza su *Corso di Diritto amministrativo* - que se cita aquí por la 8ª edición de su volumen primero, Milano, 1958- con una noción de la “pubblica amministrazione in senso oggettivo”, de la “funzione amministrativa” (pp. 10 y ss); después explica que “el concetto dell'amministrazione in senso soggettivo non coincide interamente con quello della medesima intesa oggettivamente” (p. 22); para, después de todo, definir el Derecho administrativo en torno al concepto subjetivo de Administración: es “la parte del diritto pubblico, che ha per oggetto l'organizzazione, i mezzi e le forme di attività della pubblica amministrazione e i conseguenti rapporti giuridici fra la medesima e gli altri soggetti. E' evidente come in questa definizione la pubblica amministrazione deve essere intesa in senso soggettivo” (pp. 26-27).

6 L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, cit., II, pp. 661 y ss. Sobre todo en relación con la Constitución francesa de 1791 dice que los poderes se concibieron como “los elementos mismos de la voluntad del Estado y son cada uno soberano, aunque no haya nada más que una sola e indivisible soberanía; “los tres poderes

fue determinante en el nacimiento del “*régime administratif*”. Basta con admitir que la Administración fue desde un principio un poder autónomo y sustantivado, nunca limitado a la pura ejecución de las leyes y las sentencias, situado en situación de superioridad para realizar, como los otros poderes, los fines del Estado<sup>7</sup>.

La Administración es, además, la organización estatal que mantiene de manera masiva y regular relaciones jurídicas con los ciudadanos<sup>8</sup>. Naturalmente, *su* Derecho no se ocupa sólo de la Administración aisladamente sino en sus relaciones con otros sujetos, sobre todo con los ciudadanos. De ahí que el Derecho de la Administración afecta también a otros sujetos diferentes en cuanto entran en relación con la Administración.

Incluso con este enfoque, se puede hablar también de actividad administrativa, pero sólo en sentido formal, subjetivo u orgánico. En esta acepción, la “actividad subjetivamente administrativa” agrupa todas las desarrolladas por la Administración-organización y únicamente a ellas<sup>9</sup>, actividades de extrema heterogeneidad y, a veces, parecidas materialmente a la que realizan órganos no administrativos. Ello no puede sorprender porque la Administración no tiene una sola función jurídico-material ni ninguna de ese tipo le pertenece en exclusiva. La Administración es la

---

son igualmente soberanos en su dominio”. Después se abandonó esta idea de los tres poderes iguales, pero sin superar la configuración del poder ejecutivo, su carácter autoritario, su posición de superioridad sobre los ciudadanos y su peculiar relación con la Justicia.

7 Esta misma idea es la que, según creo, destacaba M. HAURIOU, *Précis élémentaires de Droit administratif*, cit., pp. 3 a 6, al referir como noción central la de “poder administrativo”. Es al “poder administrativo”, y no a la función administrativa, al que confiere el carácter principal hasta decir que la Administración no es más que la organización del poder administrativo.

8 *Vid.* R. ALESSI, *Principi di Diritto amministrativo*, 4ª ed., Milano, 1978, sobre todo, I, pp. 12-13 que destaca que, mientras que en la legislación y la ejecución el órgano estatal queda al margen de la relación jurídica, en la administración el órgano estatal “viene a costituirsi como *parte dei rapporti giuridici concreti*”.

9 Así dice M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, p. 79: “... una caratterizzazione oggettiva della funzione amministrativa non esiste. Si noti: non che non sia astrattamente concepibile un diritto positivo il quali possieda un canone di caratterizzazione oggettiva di tale funzione. È che storicamente un diritto positivo cosiffatto non è esistito e non esiste” ni, añado, es pensable salvo que cambien radicalmente nuestros sistemas políticos y jurídicos. “Di una funzione amministrativa si può invece parlare solo in un censo soggettivo: equivalente a quello di attività dell’amministrazione (organizzazione)”.

única estructura estatal capaz de realizar el conjunto de las diversas actividades necesarias para el cumplimiento de los fines del Estado. Y, en efecto, las acomete en la gran medida en que no pueden ser emprendidas por el poder legislativo ni por el judicial, correspondiéndole, en cualquier caso, mucho más que la simple ejecución de las leyes<sup>10</sup>. Lo único que da cierta unidad a todas esas actividades o funciones administrativas y las diferencia de las restantes es precisamente que las realiza la Administración pública. Pero eso, según aquí se defiende, no es un dato menor, sino el verdaderamente capital, el único relevante.

## **II.- EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN COMO UN DERECHO MIXTO COMPUESTO POR DERECHO PÚBLICO O ADMINISTRATIVO Y POR DERECHO PRIVADO**

4.- Generalmente se considera en casi todos los países que sus sistemas jurídicos responden a una concepción dualista del régimen de la Administración pública. Aunque no se diga así expresamente, incluso aunque a veces se niegue categóricamente, las teorías dominantes traducen una concepción dualista tal y como aquí ha sido descrita y definida.

Esto se manifiesta con especial claridad en aquellos sistemas en los que el Derecho administrativo es concebido tan sólo como un conjunto incompleto de reglas especiales que se aplican a la Administración únicamente en la medida en que así esté expresa y formalmente previsto para aspectos concretos. Donde esto ocurre, existe una cierta preeminencia o primacía del Derecho privado. Ello es así incluso cuando la práctica revela excepciones muy numerosas e importantes, incluso cuando, finalmente, la actividad administrativa sometida a normas especiales es más extensa que la sometida a normas de Derecho privado.

Pero es igualmente verdadero para los Estados en donde rige el modelo opuesto, el modelo francés de Derecho administrativo, en el que

---

10 Eso era ya cierto y muy amplio incluso en el Estado liberal más puro y supuestamente menos intervencionista: la actividad de policía y la defensa del orden público fueron suficientes para desbordar esa simple ejecución de las Leyes, ampliar la actividad de la Administración y convertirla en un poder autónomo: *vid.* mi estudio *La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad*, "Revista vasca de Administración pública", n° 54, pp. 146.

éste cubre mucho más extensamente a la actividad de la Administración. También en estos casos la visión dualista del Derecho de la Administración es dominante de manera que se le considera un Derecho mixto<sup>11</sup>. No desmiente esta afirmación el hecho de que muchas veces se dé tal extensión e importancia a la aplicación del Derecho administrativo que el panorama final se aproxima mucho al del monismo. Es cierto que en estos sistemas jurídicos se atribuye, en principio, un papel mucho más amplio al conjunto de normas específicas de Derecho público al que se denomina Derecho administrativo y que, incluso, según se explica habitualmente, el Derecho privado no debe ser aplicado a la Administración nada más que en campos muy limitados, casi marginales. Es igualmente verdad que se considera frecuentemente al Derecho administrativo el Derecho común y normal de la Administración y que se admite a menudo que, incluso cuando no existe una regla de Derecho administrativo concretamente formulada, se aplicará este Derecho aunque para ello haya que improvisar la regla correspondiente<sup>12</sup>. Pero esto no impide en absoluto reconocer al mismo tiempo la existencia de ciertos campos de acción de la Administración regidos por el Derecho privado, campos en los cuales, según se dice, no es aplicable el Derecho administrativo aunque cuente con una regla específica para casos similares. Se reconoce, pues, el dualismo, igual que en el caso precedente del modelo anglosajón, como característica del Derecho de la Administración.

La diferencia entre los dos sistemas reside, según estas explicaciones dominantes, en el distinto papel atribuido al Derecho administrativo y al Derecho privado en el seno del conjunto “Derecho de la Administración”. En este sentido la diferencia puede ser muy grande, hasta el punto que podría llegar a decirse de manera aproximativa y errónea que los modelos extremos de los dos sistemas son monistas: uno, monista de

---

11 A veces, se utiliza precisamente ese término para expresar el dualismo. En ese sentido, entre otros, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, París, 1990, 5ª ed., p. 1: “Le droit de l'Administration est un droit mixte, fait pour une part de règles de droit public et pour l'autre des règles mêmes du droit privé. Ce sont les premières qui constituent, tel qu'il est enseigné, le droit administratif”.

12 *Vid.* R. ALESSI, *Principi ...*, cit., I, p. 19: “... il Diritto amministrativo... costituisce esso stesso l'*jus commune*, vale a dire un sistema giuridico autonomo, parallelo al diritto privato”, lo que, entre otras cosas, supone que sus lagunas deben cubrirse acudiendo a otras normas del propio ordenamiento administrativo y a sus propios principios generales, no a los propios del Derecho privado.

Derecho administrativo y el otro monista de Derecho privado. Pero esto es inexacto. La diferencia, aunque profunda, es sólo de grado o cuantitativa. A lo sumo, si acaso, se podría oponer un sistema dualista con una fuerte predominancia del Derecho administrativo a otro sistema dualista con predominancia del Derecho privado.

5.- Con esa visión dualista del Derecho de la Administración, surge de inmediato e inevitablemente la necesidad de establecer la frontera, en el seno del régimen jurídico de la Administración, entre el dominio del Derecho público específico de la Administración o Derecho administrativo y el del Derecho privado aplicable a la Administración. Es la segunda cuestión que antes enumeramos.

Si se parte de que el Derecho aplicable a la Administración es el Derecho privado salvo excepciones, si el Derecho administrativo es concebido tan sólo como un grupo de reglas especiales para casos concretos que no llegan a formar un sistema, la respuesta es en teoría bastante simple. Todo depende de la extensión y del contenido concreto de esas normas específicas de la Administración; a fin de cuentas, todo depende del legislador –y de la jurisprudencia– que, quizá, si acaso, encontrará algún límite en el Derecho constitucional.

Si, por el contrario, se parte de que el Derecho administrativo es un Derecho común y normal de la Administración la solución es más difícil y de mayor alcance teórico y profundidad. No puede extrañar que sea así porque el problema se conecta indefectiblemente, como ya hemos anunciado, con el más abstracto del concepto y la significación esencial del Derecho administrativo. Y porque es también aquí donde, desgraciadamente y para colmo de confusión, la cuestión se ha mezclado -e incluso confundido- con otra de orden práctico como es la de la frontera entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción civil para resolver los litigios de la Administración. Pero se trata de un problema diferente, incluso aunque el Derecho positivo de un Estado cualquiera haga depender las competencias de cada una de las jurisdicciones del respectivo campo de aplicación del Derecho administrativo y del Derecho privado<sup>13</sup>. Será de

13 En realidad, sólo en algunos países la cuestión del ámbito de aplicación del Derecho administrativo está directamente relacionada con la del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre todo ocurre en Francia (*infra* n° 17). Pero incluso allí está justificado analizar previamente el ámbito de aplicación

todas formas un problema diferente aunque no sea siempre un problema independiente.

Las muy diversas teorías que han intentado establecer el respectivo campo del Derecho administrativo y del Derecho privado aplicable a la Administración tienen, al menos, un fondo común que puede ser enunciado así: no basta la presencia de la Administración pública para que el Derecho administrativo sea el aplicable; en tanto que la Administración cumple sus *tareas o funciones esenciales o normales o típicas*, o en tanto que se presenta con sus *características fundamentales*, exige o reclama naturalmente un Derecho específico, el Derecho administrativo, incluso como Derecho autónomo que reemplaza o desplaza totalmente al Derecho privado; pero a veces la Administración no se presenta como

---

del Derecho administrativo. Así lo afirmo porque, en contra de lo que a veces se mantiene, el Derecho administrativo no fue la consecuencia o el resultado de la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa que lo creó. No es que, primero, se decidiera sencillamente que la Administración no quedaba sometida a los Tribunales ordinarios y, después, los Tribunales administrativos decidieran no aplicar el Derecho civil sino otro. Por el contrario, el Derecho administrativo es previo a la jurisdicción contencioso-administrativa no sólo lógica sino históricamente. De hecho, lo que ocurrió es que, incluso antes de la Revolución francesa, los Tribunales judiciales eran ya sólo únicamente competentes para la aplicación de las leyes civiles y criminales, no para las Leyes políticas y administrativas. Esta concepción pasó a Montesquieu para quien el poder judicial era sólo “el poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho civil” además de los encargados de “castigar los crímenes”. Y la recogieron los revolucionarios franceses. Esta es la causa jurídica de la aparición del contencioso-administrativo, como explica L. DUGUIT, *Traité...*, II, pp. 676-679. Es la previa decisión de no aplicar el Derecho civil a la Administración -porque se partía de que tenía en buena parte otro Derecho- la que provocó la aparición de una jurisdicción distinta para la aplicación de ese otro Derecho. La exclusión del control judicial justificó, si acaso, que esa otra jurisdicción no fuese judicial. Los datos de partida no son exclusivos de Francia. Así, explica O. MAYER que “en la época en que entre nosotros se efectuó el distinguo entre justicia y administración, no había tribunales sino para la observancia de los derechos civil y penal. La palabra ‘justicia’ ha conservado ese cuño: la justicia es actualmente la actividad del poder publico ... que pertenece a los tribunales encargados de la aplicación del derecho civil y del derecho penal ... y se opone a la administración...”, *Derecho administrativo alemán*, traducción al castellano de HEREDIA y KROTOSCKIN, 2ª ed., Buenos Aires, 1982, I, p. 8. Igualmente, A. GALLEGU ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Madrid, 1971, en especial, pp. 91 a 94 y 104.

tal, no actúa en calidad de poder público sino igual que lo podría hacer un particular en sus relaciones con otro sujeto privado: en estos casos, según entienden todas estas teorías, no hay ninguna razón para aplicar a la Administración reglas especiales sino que, por el contrario, debe quedar sometida al mismo Derecho que el que rige para las relaciones entre particulares, esto es, al Derecho privado<sup>14</sup>.

Así, sobre la base de un criterio subjetivo o formal (la presencia de la Administración como complejo orgánico, como institución, sujeto o persona), se superpone otro criterio material (según las distintas teorías, unas veces un criterio teleológico o ligado a la *finalidad* de la actividad administrativa o a la naturaleza misma de una supuesta función administrativa con ideas tales como el servicio público, la tutela concreta o inmediata de intereses públicos...; otras veces relativo a los *medios*, a la autoridad o *puissance publique* o prerrogativas o “exorbitancias” o “supremacía jurídica” de la Administración...). En suma, para que el Derecho administrativo resulte aplicable, la presencia de la Administración es requisito *sine qua non*, condición necesaria, pero, según estas tesis, no suficiente. También es necesario que la Administración esté realizando las *tareas o funciones esenciales o normales o típicas* que le incumben como tal (criterios de la finalidad: servicios públicos...), o que se presenten con sus *características fundamentales* (criterios relativos a los medios jurídicos empleados)... En caso contrario, la Administración se regirá por el Derecho privado como cualquier otro sujeto. Por tanto, el Derecho administrativo no es, sin más, el Derecho de la Administración sino el de una cierta

---

14 No obstante, incluso dentro de ello se distinguen a veces dos terrenos diferentes según el sometimiento al mismo régimen de los sujetos privados derive de la naturaleza de la actividad emprendida por la Administración o de que, con independencia de esa naturaleza, lo quiera la Administración. Refleja con especial claridad esa postura R. ALESSI, *Principi...*, cit., I, pp. 265 a 278, *passim*. Contrapone a la actividad pública de la Administración (que comporta ejercicio de funciones soberanas y, por tanto, una posición de supremacía sobre los sujetos privados) una actividad privada en la que la Administración se sitúa al mismo nivel jurídico que los ciudadanos “in regime di libertà, uguaglianza, concorrenza”. Pero, dentro de la actividad privada, diferencia a su vez entre “attività privatistica dell’amministrazione”, que no persigue intereses públicos y que naturalmente está sometida al Derecho privado, y “attività amministrativa di diritto privato”, que sí persigue intereses públicos y que estaría sometida al Derecho administrativo si no fuera porque la Administración “rinunzia alla possibilità di esplicare i suoi poteri di supremazia” mediante una sumisión voluntaria al Derecho privado.



parte de las actividades de la Administración. Naturalmente, a partir de esas premisas, la misión inmediata y capital es la de buscar y encontrar ese criterio material, esa idea clave que permita aislar las actividades esenciales o las características fundamentales ... de la Administración, aquello -no se sabe muy bien qué- que explica en abstracto la existencia de un Derecho distinto y que justifica en el caso concreto su aplicación. Y es en esa búsqueda donde, pese a aparentes y momentáneos éxitos y pese a la belleza y armonía de las teorías formuladas, se ha fracasado una y mil veces. La mayor parte de estas teorías tienen buena parte de verdad y encierran y revelan explicaciones parcialmente correctas. Pero ni dicen toda la verdad ni todo lo que dicen es verdad; o no es una verdad permanente y ni siquiera estable, sino sólo una verdad parcial adecuada, a lo sumo, a una etapa o manifestación concreta de la Administración y del Derecho administrativo.

6.- Eso, sobre todo, ocurre con las teorías que pretendieron encontrar una única noción o criterio capaz de suministrar todas las respuestas buscadas.

La primera versión notable de este tipo de teorías es la que distinguió entre “actos de autoridad” y “actos de gestión”. Sólo los primeros, se decía, manifiestan la superioridad de la Administración y sólo ellos están regulados por las reglas especiales del Derecho administrativo que, asimismo, deben regir todos sus efectos y las relaciones jurídicas que generan. Contrariamente, en los “actos de gestión” la Administración se comporta como un particular; *ergo* deben quedar sometidos en su producción y efectos al Derecho privado.

Pero el ejemplo más típico, acabado y sobresaliente de este tipo de construcciones teóricas es el de la escuela del servicio público según la cual la Administración (y el Estado entero) es un conjunto de servicios públicos, una organización destinada a la gestión o a la prestación de servicios públicos. Ésa es su tarea fundamental, su finalidad esencial. Y el Derecho administrativo no es más que el Derecho de esos servicios públicos de la Administración: es el que regula esos servicios públicos. Son, además, las necesidades de los servicios públicos las que justifican la existencia de reglas especiales o, para ser más exactos, la existencia de todo un Derecho específico. Pero cuando la Administración desarrolla actividades sin la condición de servicio público, será absurdo e injustificado

aplicarle el Derecho administrativo; lo único coherente, según esta forma de razonar, será aplicar el Derecho privado. Puesto que se utilizaba un concepto amplísimo de servicio público que cubría la inmensa mayoría de las actividades de la Administración, la parte reservada al Derecho privado era muy reducida, incluso, para algunos, limitada a la denominada gestión del dominio privado de la Administración.

No es necesario que me extienda sobre las insuficiencias o inexactitudes de estas teorías y de otras que han seguido en el fondo el mismo método, aunque sea utilizando otras supuestas nociones clave (a saber, la noción de interés general o la de la satisfacción inmediata del interés general, o la del ejercicio directo de las competencias públicas, la de supremacía de la Administración...). Autores más competentes y con más autoridad que yo y, sobre todo, la misma historia, las transformaciones de la Administración y su Derecho durante el siglo XX, se han encargado de poner de relieve esas insuficiencias e inexactitudes. Los “actos de autoridad” o los servicios públicos, en otro tiempo piedra angular de todo el edificio del Derecho administrativo, no lo son más. Para algunos, incluso, no son nada más que palabras pasadas de moda. No lo creo de ninguna forma. Sólo afirmo que esas ideas y conceptos nunca pudieron soportar bien todo el peso que las teorías hicieron descansar sobre ellos y que, desde luego, ya no pueden representar ese papel de protagonista exclusivo que se les pretendió atribuir. Tal vez sí otro papel algo más modesto, aunque importante.

7.- Ante el fracaso y la frustración en esa búsqueda de un único criterio capaz de explicar todo el Derecho administrativo y de delimitar por sí sólo su ámbito de aplicación, se han adoptado frecuentemente posturas relativistas y eclécticas que, aunque bastantes diversas entre sí, comparten estos elementos básicos: primero, el mantenimiento de una visión dualista del Derecho de la Administración en el que el Derecho público o administrativo ocupa sólo una parte, más o menos amplia, junto con el Derecho privado; segundo, la renuncia a encontrar una única noción clave capaz de explicar en su totalidad la existencia y el sentido del Derecho administrativo; y tercero, consecuencia del anterior y casi identificado con él, renuncia también a encontrar un único criterio capaz de delimitar el ámbito que, dentro del Derecho de la Administración, ocupa el Derecho administrativo y, por tanto, el ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

Muchas de estas teorías relativistas o eclécticas siguen partiendo de que el Derecho administrativo es el Derecho común o normal de la Administración pública y que el Derecho privado sólo es aplicable a la Administración como excepción, aunque sea una excepción más o menos extensa<sup>15</sup>. Otras aceptan más ampliamente la posible aplicación del Derecho privado a la Administración<sup>16</sup>. Pero en todo caso, para estas teorías no existe una única noción que justifique la existencia del Derecho administrativo en su totalidad ni un solo criterio capaz de establecer su ámbito de aplicación y el límite a partir del cual la Administración queda

15 Vid. J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du Droit administratif?*, en la obra colectiva *Pages de doctrine*, París, 1980, II, sobre todo pp. 197 a 199; artículo publicado inicialmente en la “*Revue du Droit public et de la Science politique*”, nº 2, abril-junio, 1953, pp. 279 y ss.; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, 10ª ed., pp. 46 y 47: “... es difícil en las zonas límite acudir a alguno de los criterios definitorios de la aplicación del Derecho administrativo exclusivamente, teniendo todos ellos una carga de razón... El Derecho administrativo está en este punto a merced de la decisión del legislador...”; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, Madrid, 1998, 2ª ed., p. 79: “Intentar hallar una noción nuclear en torno a la cual construir la ‘ciencia’ del Derecho administrativo no deja de ser una inversión de los términos lógicos de la investigación científica: la actividad y funcionamiento de la Administración son realidades sumamente complejas que es imposible resumir en una noción de partida; tomar una sola de entre todas las posibles equivale a mutilar artificialmente el contenido...”. Vid. también J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 12 y 13, que, tras unas consideraciones muy acertadas, se pregunta: “¿Por qué, después de todo, no puede haber diversos criterios y diferentes fundamentos?... A la resignación debe sustituir una verdadera adhesión al pluralismo, porque cada materia del Derecho administrativo responde a necesidades propias y no es posible esperar que todas tengan los mismos fundamentos y los mismos criterios...”.

16 Ejemplo destacado es el C. EISENMANN, *Cours de Droit Administratif*, París, 1982, I, pp. 117 y 143 a 152. Explica así lo que va a defender: “droit spécial et droit commun se trouvent sur le même plan, à égalité... Chacun s’applique de principe à un certain domaine, de façon tout à fait normale... Il y a en somme deux groupes ou domaines d’applications qui sont pareillements normales” (p. 117); “l’application du droit commun a atteint des dimensions et proportions telles qu’elles ne peut plus être considérée comme une solution subalterne, exceptionnelle et anormale, un phénomène de second rang... (p. 138). Y su conclusión final añade sobre lo anterior un nuevo elemento que es el que ahora sobre todo queríamos destacar: “L’idée fondamentale à retenir ... est peut-être que le droit applicable à la vie de l’Administration ne se détermine pas par ‘grands ensembles’, par ‘grandes tranches’, mais au contraire ‘au détail’. Ni l’Administration entière, ni des branches entières de l’Administration... ne sont terre de droit public...” (p. 152).

sometida al Derecho privado: hay varios, e incluso, para algunos autores, muchísimos, tantos que es imposible suministrar una explicación general de manera que la frontera entre el Derecho administrativo y el Derecho privado aplicable a la Administración es una línea sinuosa, en zigzag, puro resultado de múltiples circunstancias históricas, de necesidades concretas, de decisiones coyunturales sin orden ni concierto.

No están faltas de razón estas posturas relativistas. Y no solamente por el desánimo causado por el fracaso de todos los intentos de lograr la piedra angular y el criterio del Derecho administrativo, su “alfa y omega” que no se encuentra jamás y que, cada vez que se ha creído descubierto, se esfuma y arruina inmediatamente. Parece que, al menos en muchos países, la Administración se somete al Derecho público o al privado sector por sector, aspecto por aspecto, incluso metro a metro<sup>17</sup>, en la medida en que lo establece libremente la ley o, si la ley lo permite, en la medida en que la propia Administración lo decide discrecionalmente, sin que ello obedezca a ningún criterio esencial. En los últimos tiempos, esto se ha hecho todavía más patente, al menos allí donde se ha facilitado y generalizado la voluntaria renuncia de la Administración al Derecho administrativo o, como se ha dado en decir expresivamente, su “huida”<sup>18</sup> del Derecho público (no sólo del Derecho administrativo general, sino también y sobre todo del presupuestario y de la contabilidad pública) por las Administraciones de manera que cada vez es más amplio el ámbito en que se somete a las normas de Derecho privado, que alcanza ya a actividades (como la de la gestión tributaria o la de servicios públicos de ejercicio de autoridad) en las que antes era inconcebible. Con independencia de las valoraciones que merezca esto, lo que ahora importa destacar es que tal fenómeno pone de relieve la inexistencia de un criterio general capaz de explicar el ámbito correspondiente a cada uno de los dos Derechos de

---

17 Y así se afirma, por ejemplo, que no se trata ya de distinguir entre servicios públicos sometidos a Derecho administrativo y otros regulados por el Derecho privado, sino que la mayoría tienen un “régimen mixto” y que se puede hablar de “grados” según tenga mayor o menor parte de uno u otro; *Vid.* A. DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit administratif*, I, 9ª ed. por J.-C. VENEZIA e Y. GAUDEMET, París, 1984, pp. 651 y 653.

18 La expresión “huida del Derecho administrativo” se ha hecho habitual en la doctrina española y fue utilizada inicialmente en 1962 por M. CLAVERO ARÉVALO en *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, “Documentación Administrativa”, n° 58, pp. 13 y ss

la Administración o, dicho de otra forma, que hace más palmario que la línea divisoria es coyuntural, casi arbitraria o caprichosa... y, en cualquier caso, no deducible de la naturaleza de las cosas.

Cuando se observa el panorama general que ofrecen los Derechos administrativos de los distintos países, incluso de aquellos que responden a un mismo modelo y a similar tradición, todo esto se muestra incluso más crudamente. Por ejemplo, lo que se consideran “contratos administrativos” y quedan completamente regulados por el Derecho administrativo en determinados países (Francia, España, Bélgica...), son, en otros, en los que ni siquiera se conoce la categoría de los contratos administrativos, simples contratos privados sometidos fundamentalmente al Derecho privado. Pero, al mismo tiempo, en toda la Comunidad Europea -cuyo Derecho, el Derecho comunitario, tampoco distingue entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración- los contratos públicos deben respetar ciertas reglas específicas para la selección de los contratistas de la Administración e incluso reglas similares se imponen a algunos sujetos privados. Algo semejante sucede en relación con el dominio público, o con la responsabilidad de la Administración, u otras instituciones jurídicas capitales para algunos Derechos administrativos y desconocidas en otros. De esa visión de conjunto de los diferentes Derecho administrativos en los diversos Estados se puede deducir que en cada lugar aparecen o no reglas especiales, idénticas a las de Derecho privado o regímenes intermedios de forma muy variable: las mismas necesidades que en un país han justificado la aparición de reglas administrativas muy distintas de las reglas de Derecho privado son tratadas en otros países según las reglas de Derecho privado... Parece que todo depende de una simple opción del legislador o, para ser más exactos, de múltiples opciones del legislador que, sin tener en cuenta ningún criterio profundo deducido de la naturaleza de las cosas ni nada parecido, decide libremente cuándo y dónde establecer reglas especiales y su campo de aplicación. Esta libertad no significa necesariamente que el legislador actúe caprichosamente, según sus impulsos ciegos o irracionales... Normalmente actuará según una cierta tradición jurídica nacional, según un entendimiento de las exigencias de los intereses públicos... Por lo demás, aunque hayamos hablado aquí sólo del legislador, es necesario mencionar también a la jurisprudencia que, a veces, tienen un papel destacado en la fijación de la frontera entre el Derecho administrativo y el Derecho privado aplicable a la Administra-

ción. Pero, reconocido todo esto, lo importante a nuestros efectos sigue siendo que no parece existir un criterio general sobre la extensión y el dominio de aplicación del Derecho administrativo, sino que ello se decide paso a paso, podría decirse, en virtud de numerosos criterios ninguno de ellos consustancial al concepto mismo de Administración, ni a un tipo de actividad administrativa, ni al propio Derecho administrativo. Ahora ya sabemos por qué nunca se encontró la “piedra filosofal”; sencillamente porque no existía ni existe. Por lo mismo nunca se ha encontrado la piedra filosofal del Derecho administrativo, ésa capaz de explicarlo y darle sentido en su totalidad: porque tampoco existía ni existe.

### **III.- EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO ENTERAMENTE PÚBLICO. IDENTIFICACIÓN TOTAL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

8.- ¿Todo lo dicho hasta ahora nos condena inexorablemente al relativismo, a renunciar a encontrar la noción clave del Derecho administrativo? Es posible. Y hasta reconozco una presunción en favor de tales tesis por ser la de la mejor doctrina. Pero, aun así, por una parte, no creo que ese relativismo esté todavía completamente justificado pues hay otra forma o perspectiva de abordar la cuestión. Por otra, no me satisface ese puro existencialismo ni creo que los problemas que aquí laten sean o problemas menores artificialmente engrandecidos por un afán “cientifista” trasnochado. Al contrario, creo más bien que son relevantes para la comprensión del sistema y para su explicación mínimamente armoniosa. Todo esto me lleva a explorar esa otra perspectiva posible de la que hablaba.

Por utilizar los mismos términos ya empleados, lo que se va a ensayar consiste en tomar como presupuesto de todo el sistema lo siguiente: no es que no se haya encontrado la piedra angular del Derecho administrativo; se ha encontrado desde el principio pero no se ha sabido apreciar en todo su valor; pues la piedra angular del Derecho administrativo es simplemente la existencia de la Administración pública, y no hay que buscar más lejos ni ningún otro criterio complementario.

9.- El problema de la frontera entre el Derecho administrativo y el Derecho privado aplicable a la Administración –podemos razonar en esta dirección– no ha sido resuelto porque no existía ni existe en realidad, es decir, porque no es verdad que haya, dentro del Derecho de la Admi-

nistración, por una parte un Derecho público o administrativo y por otra parte un Derecho privado. Se trata de una visión artificial de la realidad jurídica que no capta nada más que las apariencias: no hay dualismo nada más que en la superficie, en la fachada, pero en el fondo, pese a esas apariencias, el conjunto del Derecho de la Administración forma una unidad (es, pues, monista), aunque esa unidad no sea uniforme. Naturalmente, si no hay dos cosas diferentes no se puede encontrar la supuesta esencia de cada una de esas cosas ni el hipotético criterio diferenciador. Si no se quiere decir que el problema no existe, al menos se puede afirmar que está mal planteado porque parte de una visión inexacta que, a su vez, reproduce ampliada. Desde luego, ese planteamiento erróneo no es fruto del azar ni, menos aún, de la torpeza de los grandes maestros clásicos del Derecho administrativo. Muy por el contrario, es resultado de las necesidades surgidas en ciertos países –destacada, aunque no exclusivamente, en Francia– ante la existencia de dos jurisdicciones con competencias sobre la Administración. No se trataba ya sólo de la necesidad práctica insoslayable de encontrar la frontera entre las competencias de las dos jurisdicciones, sino también de la necesidad teórica, pero no menos apremiante, que suscitaba que una de esas jurisdicciones no fuese judicial y conllevara, por tanto, un escape al control judicial ordinario. Y todo ello condujo a pensar que, si hay dualismo jurisdiccional, es porque también hay dualismo en el régimen jurídico de la Administración y a cada una de las jurisdicciones corresponde aplicar uno de los dos Derechos: “c’est la règle de fond qui commande la compétence”, se dice; debe haber, pues, dos reglas de fondo esencialmente diferentes. Se creó así, de manera artificial, un problema insoluble<sup>19</sup>.

10.- Junto a ese planteamiento y visión defectuosos, hay, según entiendo, otros errores, en la misma base. No procede aquí exponerlos en detalle, pero al menos hay que mencionar dos, diferentes pero íntimamente ligados, que han empujado en la misma dirección equivocada. El primero consiste en identificar el Derecho administrativo con las reglas de la Administración distintas de las correspondientes y aplicables a otros sujetos.

---

19 A este respecto, me parecen especialmente acertadas las consideraciones de J. RIVERO, en “Existe-t-il un critère du droit administratif”, *op. cit.*, pp. 196-197, donde concluye: “Contamination d’un problème purement doctrinal par un problème né de la pratique juridictionnelle et de ses besoins, telle est peut-être la cause première de l’échec...”.

No se puede identificar al Derecho administrativo con un simple conjunto de reglas ni, menos aún, con un conjunto de reglas especiales; es decir, no cabe, ni siquiera aproximativamente, definirlo como un conjunto de reglas diferentes de las del Derecho privado ni con ninguna otra fórmula por el estilo. Y eso es lo que, en el fondo, se pretende hacer en las concepciones dualistas que, dentro del Derecho de la Administración, consideran que sólo forman parte del Derecho administrativo aquéllas diferentes de las que rigen a los sujetos privados<sup>20</sup>. Pero, como sabemos gracias a la teoría del ordenamiento jurídico, el Derecho no es nunca un simple conjunto de normas o reglas; no lo es el Derecho en general, ni el Derecho administrativo en particular: el Derecho es sobre todo, como explicó Santi Romano, organización, posición de un sujeto en relación a los otros... Y más absurdo es intentar configurar un Derecho concreto o, si se prefiere, uno de los sectores o “ramas” del Derecho como un conjunto de reglas caracterizadas por el simple hecho de ser diferentes

---

20 Esta idea que, como digo, subyace siempre en las teorías dualistas, a veces aparece explícitamente. Ya lo reflejaba con claridad G. JÈZE para quien, como explica en *Les principes généraux du Droit administratif*, “el Derecho administrativo comprende las *reglas especiales* establecidas para los procedimientos técnicos del Derecho público y *únicamente* estas reglas” especiales (Tomo I, p. XXIX); y después: “Repitámosmo: el Derecho administrativo es el conjunto de reglas especiales...” para los servicios públicos (Tomo I, p. 1, nota 1). Se cita por la traducción de J. N. San Millán Almagro, *Principios Generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1948.

Ejemplo perfecto de ello ofrece también J. RIVERO en su *Droit administratif*, París, 1980, 9ª ed., p. 20 : “Le droit administratif est l’ensemble *des règles juridiques distinctes de celles du droit privé* qui regissent l’activité administrative des personnes publiques”. Y en el artículo ya citado “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, pp. 200 a 202, refleja con claridad y brillantez el presupuesto metodológico que rechazamos: “Le droit administratif ne peut se définir que par rapport au droit commun”; el Derecho administrativo lo forman el conjunto de “derogaciones en más y en menos” del Derecho común y esto sólo se puede hacer desde un “estudio comparado”.

En realidad, esto es una constante en las construcciones dualistas, sobre todo en Francia: cambia la noción a la que se ligan esas reglas especiales pero no la identificación del Derecho administrativo con éstas. Así, G. VEDEL sustituye “service public” por “puissance publique” pero no la idea de las reglas especiales, como se comprueba en su misma definición: “Le droit administratif est le corps de *règles spéciales* applicables à l’activité du pouvoir exécutif en tant qu’il use de la puissance publique” (“Bases constitutionnelles du Droit administratif”, cit., p. 165).



de otro conjunto de normas. No tiene ningún fundamento sólido delimitar un conjunto de normas y un Derecho en función de un criterio tan accesorio, secundario y externo a su naturaleza como el de comparar su contenido con otro Derecho, con el Derecho privado.

11.- El segundo error está en esa especie de desdoblamiento de la personalidad de la Administración que, expresa o implícitamente, late en las visiones dualistas pues, con mayor o menor amplitud, la ven a veces como un sujeto privado. Pero la Administración pública es *siempre y en todo caso* un sujeto público y diferente, con un estatuto jurídico diferente del de las demás personas. La afirmación se comprende y confirma claramente con la teoría del Estado que siempre parte de que éste es el monopolio del poder político y que, como correlato de la igualdad de los ciudadanos, concentra en él todas las desigualdades, desigualdad respecto a todos de la que participa la Administración que es su personificación interna más característica. Y se desprende y confirma con la historia de manera aun más evidente. Pero todo esto nos llevaría demasiado lejos. Bastará con un razonamiento más simple, apegado a la realidad cotidiana, que será suficiente para nuestro propósito.

La Administración, sea cual sea la forma en que se presente y la actividad concreta que realice, dicte o no actos de autoridad y se concete más o menos remotamente con el interés general o con los servicios públicos... ¿no utiliza siempre dinero público, bienes públicos, empleados públicos? ¿puede utilizarlos de la misma manera que un particular dispone de su dinero o de sus bienes? O, incluso, por aproximar en lo posible dos realidades tan distintas, ¿puede utilizarlos como un sujeto privado gestiona o administra los bienes de otro sujeto privado? Con independencia de lo que digan unas u otras normas, la respuesta es rotundamente negativa, no por una simple opinión extendida entre todos sino porque eso, antes que cualquier otra diferencia o identidad menor, es lo que está arraigado profundamente en el ordenamiento jurídico y en la misión y posición institucional de la Administración. Por lo demás, la Administración ¿no está permanentemente y en todas y cada una de sus actividades al servicio de los intereses generales?, ¿actúa en algún caso o en alguna actividad en función de objetivos o de intereses privados? Terminantemente no, ni siquiera en ese reducto extremo de la gestión de su patrimonio privado que también sirve al interés general, aunque sea de manera diferente a como lo hace el dominio público, según ya se admite pacíficamente.

Con el mismo sentido, pero con una perspectiva parcialmente distinta, conviene formular otra serie de interrogantes retóricos: el principio de legalidad de la Administración, que hace que esté ligada al Derecho de manera diferente y más intensa que los ciudadanos, ¿desaparece si la Administración acomete ciertos tipos de actividades? Y suponiendo a efectos meramente dialécticos que ese sometimiento específico al Derecho desapareciera, ¿es que la Administración se encontraría en la situación genérica de libertad de los ciudadanos? ¿se podría hablar de algo remotamente parecido a la “autonomía de la voluntad” de la Administración, que es precisamente la noción básica del Derecho privado? Las respuestas radicalmente negativas a estas preguntas no ofrecen ninguna duda ni se pueden olvidar un solo instante para decir que la Administración alguna vez se comporta como un sujeto privado y queda sometida al Derecho privado.

Y todo ello es así porque la Administración pública, haga lo haga y de la manera que lo haga, es lo que es y es quien es. Dígase como se prefiera, que de ello no quiero hacer cuestión aquí: la Administración es siempre parte del Estado, personificación interna del Estado, instrumento para los fines del Estado, parte del poder ejecutivo, servidora de los intereses generales... Es siempre sinónimo de poder público, incluso cuando no emplea la “*puissance publique*”, ni ejerza autoridad o presente sus prerrogativas, ni satisfaga directamente las prestaciones necesarias para la colectividad propias del servicio público. Está siempre y permanentemente al servicio de los intereses generales y públicos, incluso cuando gestiona su patrimonio privado o realiza actividades empresariales, iguales exterior y aparentemente a las que podría realizar un sujeto privado. Y por esta razón, por ser siempre quien es, transforma todo lo que toca: toda regla, toda institución jurídica en contacto con la Administración se transforma; porque, incluso cuando su aspecto o su contenido no cambia, se integra como una pieza en un conjunto distinto con principios y valores específicos, en un estatuto jurídico distinto, el de la Administración, y modifica su sentido en un nuevo contexto que, asimismo, altera su naturaleza.

Con lo dicho se comprende la sinrazón de distinguir entre las actividades realizadas por la Administración en tanto que Administración pública y aquéllas que realiza en tanto que sujeto privado o como si dejase de ser un sujeto público y fuese un particular cualquiera. La Administración no sufre *nunca* esa metamorfosis, ni deja de ser quien es, ni

mucho menos padece de esquizofrenia. Si acaso, como todos, se adapta a las diferentes circunstancias y no siempre se emplea a fondo con todas sus posibilidades y potestades en cada actuación; a lo sumo, se viste o se disfraza con distintos ropajes y máscaras que no la transforman realmente ni impiden reconocerla.

12.- De todo ello resulta que para definir o delimitar el campo del Derecho administrativo tampoco hay razón alguna para sumar al criterio subjetivo (presencia de la Administración) un criterio material. Antes dije que, como es generalmente admitido, para el Derecho administrativo la presencia de la Administración es condición necesaria. A ado ahora que, contrariamente a lo que se afirma a menudo, es condición necesaria y *suficiente*. Para definir y delimitar el Derecho administrativo, no es necesario ningún criterio material.

En consecuencia, el Derecho de la Administración es el Derecho administrativo. Todo el Derecho de la Administración es Derecho público, en concreto esa parte del Derecho público a la que se alude como Derecho administrativo. El Derecho administrativo es el Derecho único de la Administración. Propiamente hablando, y pese a las apariencias, no se aplica nunca el Derecho privado a la Administración. Pues el Derecho privado es el que regula las relaciones entre sujetos privados, libres e iguales, y la Administración pública no es nunca jamás uno de esos sujetos.

13.- Pese a todo, no negamos que a la Administración pública se aplican normas análogas e incluso iguales a las que rigen las relaciones entre sujetos privados. Es decir, no ignoramos con nada de lo dicho que se le aplican normas cuyo contenido es idéntico al de las normas de Derecho privado, lo que es un hecho evidente. También reconocemos que en ocasiones se aplica la misma norma de Derecho privado, incluso con referencia a su fuente formal en el Código civil, o en el Código de Comercio... Pero afirmamos que no se aplican a la Administración como normas de Derecho privado sino de Derecho administrativo, o sea, en tanto que normas de Derecho público con los valores y el sentido general que lo presiden siempre. Pues estas normas, o, para ser más exactos, su contenido preceptivo, es parte del Derecho administrativo en la misma medida que lo es del Derecho privado. Naturalmente es el Derecho administrativo el que, si así puede decirse, decide el contenido de sus propias normas que pueden ser muy originales, es decir, muy diferentes de las disposiciones de Derecho privado, ligeramente distintas... o absolutamente idénticas;

incluso las mismas, si es que el Derecho administrativo reenvía o remite a ellas, o admite su aplicación supletoria o subsidiaria. Porque el Derecho administrativo puede decidir, no ya establecer una regulación idéntica a la del Derecho privado, sino renunciar a formularla formalmente. Aquí no nos importa la técnica que utilice en cada caso el Derecho administrativo para establecer el estatuto jurídico de la Administración. Lo único que nos importa afirmar es que es el Derecho administrativo el que decide en su totalidad ese estatuto y el que, por muy diversos mecanismos y en forma explícita o más frecuentemente implícita, puede dar entrada en su seno a los mismos preceptos que regulan a los sujetos privados<sup>21</sup>. Todo esto es secundario y no pone en cuestión el monismo del Derecho de la Administración, que es un Derecho público en su totalidad. Ocurre simplemente que la contraposición entre Derecho público y privado no puede entenderse en el sentido de dos Derechos con preceptos radicalmente diferentes en sus contenidos<sup>22</sup>. Las diferencias son otras, quizá más profundas, pero, en cualquier caso, otras.

Lo que acaba de afirmarse no tiene realmente nada de novedoso o, por lo menos, no es nuevo en lo esencial. A lo sumo, si acaso, lo único algo

---

21 Así, con el mismo sentido, dice J. C. LAGUNA DE PAZ, en *La renuncia de las Administraciones públicas al Derecho administrativo*, “Revista de Administración Pública”, n° 136, p. 219, lo siguiente: “Es el Derecho público el que tiene la llave de paso del Derecho privado”. Esto nos parece verdad en todos los casos. Por poner el ejemplo tradicionalmente más claro y utilizado, el de la gestión del patrimonio privado de la Administración o el de una simple aceptación de herencia, afirmo que, si se aplican normas de Derecho privado, no es porque tal materia escape naturalmente al Derecho administrativo sino porque éste, en un determinado tiempo y lugar, no ha decidido crear otras reglas que las establecidas en el Código civil. En cualquier momento, podría crear esas otras reglas, más o menos diferentes o iguales a las del Código civil. Y eso demuestra que, cuando no lo hizo, era sólo porque que no quiso establecer un régimen diferente o, para ser más claros, que quiso que el régimen fuera igual. La única diferencia entre esos dos momentos hipotéticos es que antes estableció implícitamente un régimen de Derecho administrativo igual al civil y después un régimen diferente; no que antes no tuviese -ni pudiera tener- un régimen de gestión del patrimonio privado de la Administración y después sí.

22 Esa supuesta diferenciación no estaba tampoco en el origen de la distinción entre Derecho público y privado en la Edad Moderna: *vid.* M. BULLINGER, *Derecho público...*, cit., entre otras, pp. 29, 32, 40-41, 45, 49 y 55: no eran dos esferas jurídicas cerradas, ni que se excluyesen; se partía, más bien, de que había muchas instituciones y reglas comunes o, en lo esencial, coincidentes. Cosa distinta es que se asignase a la ciencia del *ius privatum* el estudio de los aspectos comunes.

innovador consiste en llevar a sus últimas consecuencias esta concepción monista y las doctrinas de grandes maestros que ya emprendieron esta vía que pretendo, continuando modestamente sus pasos, seguir hasta el final. Conviene traer sumariamente algunas de esas aportaciones que, sin llegar hasta donde pretendemos, recorren en gran parte el mismo camino.

A) A este respecto, parece oportuno comenzar por recordar aquí que se reconoce a menudo, incluso partiendo de las tesis dualistas del Derecho de la Administración, que existe dentro de lo que consideran Derecho administrativo *sensu stricto* normas idénticas a las de Derecho privado pero que no por ello dejan de ser parte del Derecho administrativo<sup>23</sup>. Esto no sólo es correcto sino que además se inscribe en la misma línea de lo defendido hasta ahora. Pero paralelamente admiten la existencia de otra categoría diferente de normas: en otros casos, según se dice, se aplican a la Administración pública verdaderas normas de Derecho privado propiamente dicho, pero no exactamente de la misma manera que a los particulares. Se les aplica estas normas de Derecho privado con algunos matices, con ciertas modulaciones... en suma, con diferencias<sup>24</sup>.

---

23 Es explícito y especialmente claro A. DE LAUBADÈRE, *Traité ...*, cit., I, pp. 36-37: ocurre que “la règle de droit administratif ne soit pas *différente* par son contenu de la règle de droit privé parce que le législateur ou le juge lui-même auront estimé que les exigences de la vie administrative sont, en la matière, analogues à celles des relations de la vie privée. Le droit administratif opère ainsi des *emprunts directs au droit privé...*”.

24 El mismo A. DE LAUBADÈRE, I, *cit.*, p. 38, se refiere a ello como un fenómeno diferente del aludido en la nota anterior: “Si le particularisme du droit administratif est tempéré par des emprunts au droit privé, de son côté le droit privé lorsqu’il est appelé à régir certaines activités de l’administration, n’est pas toujours intégralement le même que celui qui est appliqué aux particuliers. La loi, notamment, y introduit assez fréquemment des règles spéciales afin de l’adapter aux besoins de l’administration.

Aunque la terminología varíe, la misma idea la reflejan muchos autores. Así, R. ALESSI, *Principi...*, cit., I, pp 266 y ss., pese a que admite ampliamente la posibilidad de que la Administración quede sometida al Derecho privado y pese a que incluso llega a colocarla en la misma posición que cualquier sujeto privado en su relación con la ley y con la búsqueda de los intereses generales (pp. 267-268), no puede dejar de reconocer que no se aplicará pura y simplemente el Derecho privado porque hay “particolari deviazioni ... dovute al riflesso del carattere pubblicistico del soggetto agente” (p. 267): “la natura pubblicistica del soggetto che la pone in essere non manca di riflettersi in vario modo” (p. 270). Y, en efecto, reconoce numerosas y profundas repercusiones en el nacimiento, vida y extinción de las relaciones supuestamente sometidas al Derecho privado.

Según esta forma de ver y describir el régimen jurídico de la Administración, hay en él, por tanto, de un lado, normas que indudablemente forman parte del Derecho administrativo aunque son idénticas a las de Derecho privado; y, de otro lado, normas que forman parte del Derecho privado pero que no son exactamente iguales a las que se aplican a los sujetos privados. En el mismo orden de ideas, según creo, las tesis dualistas distinguen a veces entre un “Derecho administrativo privado” y un auténtico Derecho privado general aplicable a la Administración, aunque con singularidades, especificidades... y, desde luego, con mayores restricciones para la actuación de la Administración que para los verdaderos sujetos privados<sup>25</sup>. ¡Extrañas distinciones! ¡Sutilísimas diferenciaciones! Diferenciaciones que, según creo, parecen sólo basadas en prejuicios o ideas preconcebidas sobre el concepto de Derecho administrativo y su campo de aplicación. Si se prescinde de esos prejuicios, se descubre, en mi opinión, que la Administración tiene un Derecho específico, un Derecho público en su totalidad, el Derecho administrativo que, con sus valores y principios propios, la engloba por completo y la regula en su totalidad, conformando todo su estatuto jurídico, con normas cuyo parecido eventual con las normas de Derecho privado es un aspecto secundario y poco significativo; un aspecto que, por lo demás, tampoco tiene una gran relevancia ni interés jurídico salvo cuando, claro está, el Derecho positivo ha convertido ese aspecto accesorio en criterio para la partición de competencias entre dos jurisdicciones...

B) García de Enterría ha dado en la misma dirección pasos decisivos y ha aportado elementos de reflexión que considero particularmente relevantes para nuestro propósito. Tras caracterizar al Derecho administrativo como el Derecho público propio y específico de las Administraciones públicas, como el Derecho estatutario y común de esas personas

---

25 Una síntesis de estas diferenciaciones en la doctrina alemana puede verse en J. BARNÉS VÁZQUEZ, “Introducción a la doctrina alemana del Derecho privado administrativo”, en la obra colectiva *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Madrid, 1994, I, pp. 229 a 238. Particularmente interesantes son sus referencias a W. SIEBERT, *Privatrech im Bereich öffentlicher Verwaltung*, “Rechts- und Staatswissenschaftliche”, Göttingen, 1953, pp. 215 y ss; y H. J. WOLFF y O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, 9ª ed., Munich, 1974, pp. 106 y ss. *Vid.* también S. GONZÁLEZ-VARA, *El Derecho administrativo privado*, Madrid, 1996, pp. 103 y ss.

jurídicas singulares a las que denominamos Administraciones públicas<sup>26</sup>, explica de esta manera la posible aplicación del Derecho privado a la Administración: “Las formas del Derecho privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de manera puramente *instrumental* por los entes públicos”; este Derecho privado “ofrece esquemas técnicos objetivos susceptibles de ser usados en vista de la consecución de los fines propios del sujeto” peculiar que es la Administración, constituyendo su utilización por la Administración un simple artificio. Por eso dice que “la eventual utilización de formas privadas es un arbitrio puramente instrumental, práctico”. Pero en todo caso se encontrará “en el fondo de dicha utilización un núcleo público”, “un fondo o núcleo constante e irreductible de carácter público”: “ese núcleo primero irreductible de Derecho público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como ‘poder público’...”<sup>27</sup>.

Hasta aquí la tesis de García de Enterría. No llega a afirmar que la utilización puramente instrumental por la Administración de técnicas provenientes del Derecho privado se haga después de que tales técnicas hayan sido asimiladas y transformadas en su naturaleza por el Derecho administrativo e integradas en éste como parte del mismo; ni que la aplicación de las normas de Derecho privado se produce después de que tales normas hayan sido recibidas por el Derecho administrativo. No

---

26 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., I, pp. 39 a 42. Véase también, aunque no utiliza en todo caso los mismos términos, la voz “Derecho administrativo”, redactada por el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, en la *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, II, pp. 2172 y ss. Pero esta concepción la plasmó y publicó por primera vez precisamente en italiano, *Verso un concetto de Diritto amministrativo como Diritto statutario*, en “Rivista Trimestrale di Diritto publico”, año X, 1960, pp. 317 y ss.

27 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., I, pp. 51 a 57, *passim*. Y con igual sentido dice en la voz “Derecho administrativo” de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, que las “actuaciones privadas de las Administraciones públicas, incluso la adopción resuelta ... de formas privadas de personificación (sociedades mercantiles, fundaciones), se conectan siempre en último término a Administraciones territoriales cuya sustancia política material no admite discusión”.

falta para eso nada más que un peque o paso, pero no lo da<sup>28</sup>. Y ése es justamente el paso que proponemos. Su idea certera y brillante del *núcleo irreductible de Derecho público* por ser las Administraciones unos sujetos cuya sustancia política es constante y permanente, nos da justificación e impulso para ello.

C) Ese último paso sí lo dio Eisenmann cuya definición de Derecho administrativo es reveladora: “el Derecho administrativo es el conjunto de reglas de Derecho de las que la Administración es sujeto, sea activo, sea pasivo; o (conjunto de reglas) que valen para la Administración, en una medida cualquiera”. Como presupuesto y como consecuencia afirma: “Todo problema jurídico concerniente a la Administración es un problema de Derecho administrativo; toda regla que responde a un problema de Derecho concerniente a la Administración es una regla de Derecho administrativo... Poco importa si algunas de tales reglas no son especiales de la Administración, aplicables a ella sola o valen para otros sujetos fuera de la esfera administrativa. En ese caso... forman parte de

---

28 Mantiene que el Derecho administrativo es el Derecho “común” de las Administraciones públicas, no su Derecho único y exclusivo. Al contrario, dice en *Curso...*, I, p. 49: “El problema surge en razón del carácter estatutario del Derecho administrativo, que, como todos los de su clase, no cubre la totalidad de las actividades de los sujetos que regula. Es, pues, posible siempre que los entes administrativos puedan quedar, en ocasiones, sometidos a otros Derechos (civil, laboral, etc.)”. Sin embargo, creo que, aunque el Derecho administrativo es el estatuto jurídico de la Administración, no lo es con las mismas limitaciones de otros Derechos estatutarios: este estatuto jurídico no es como el del trabajador, el empresario, el consumidor, el estudiante o el usuario de un servicio público... que es trabajador, empresario, consumidor, estudiante o usuario de un servicio público en ciertas relaciones jurídicas pero no en otras, que lo es sólo en parte, porque también es otras muchas cosas que no tienen nada que ver... No. La Administración pública es sólo eso y es siempre eso. Su Derecho estatutario no es sólo su Derecho común y normal, es su *único* Derecho. En cualquier caso, el hecho de que GARCÍA DE ENTERRÍA no dé ese último paso le conduce, pese a todo, a la necesidad de encontrar un criterio de delimitación del dominio de aplicación del Derecho administrativo: “función típica” de la Administración, “actividad propiamente administrativa”, “actividad que los particulares no pueden realizar como tales”... *Ibidem*, pp. 56-57. Quizá es en este aspecto donde su construcción resulte más discutible, por no decir frustrante, como lo son todas las doctrinas cuando llegan a este punto. Pero no es lo que nos interesa aquí pues ese último paso que él no da es justamente el que proponemos dar y lo que, claro está, evita buscar esa “función típica” o concepto similar.



varios Derechos, son elementos comunes, idénticos; tal vez sean principalmente, esencialmente reglas de Derecho privado, antes que –por así decirlo– reglas de Derecho administrativo, pero son esto igualmente, y aquello no cambia nada”<sup>29</sup>.

14.- Con esas mismas bases y para llevar su planteamiento hasta el final, cabe proclamar la unidad profunda y esencial de todo el Derecho de la Administración, que es íntegramente un Derecho público, pues el sujeto a que se refiere es siempre público. Se puede afirmar que todas estas reglas aplicables a la Administración, originales o no, inventadas *ad hoc* o copiadas de otros Derechos que las formularon precedentemente con otra finalidad, construidas de nueva planta para la Administración o con materiales “importados” de otros Derechos o simplemente aplicables por reenvío expreso o no ... todas ellas forman por igual el estatuto o el régimen jurídico de la Administración, son de Derecho público y, concretamente, de Derecho administrativo: si son aplicables a la Administración, lo son como integrantes del Derecho administrativo, no como Derecho privado. Por tanto, en el fondo, el Derecho de la Administración se puede configurar como monista: la Administración está siempre sometida al mismo Derecho, a esa parte del Derecho público que es el Derecho administrativo.

---

29 Naturalmente, esa visión le hace calificar de “irracional” la “actitud dominante de la doctrina que consiste en caracterizar al Derecho administrativo en su conjunto por su diferenciación con el Derecho privado y que antes recogimos aquí con cita de J. RIVERO. Con ese razonamiento, explica EISENMANN, también habría que decir que las normas de Derecho privado dejan de serlo en cuanto ya no son exclusivas de las relaciones entre particulares. Pero no pensamos ni sostenemos en absoluto -dice EISENMANN- que esas reglas hayan dejado de ser de Derecho privado... sino que tienen en lo sucesivo una doble cualidad -las dos cualidades, que no son incompatibles ni excluyente la una de la otra-. Son reglas de Derecho privado y de Derecho administrativo, son comunes a los dos Derechos. Dicho y reconocido todo esto, no hay ningún inconveniente en designarlas reglas de Derecho privado aplicables a la Administración atendiendo a su campo de aplicación originario o al documento o fuente en la que aparecen consignadas; pero es una cualificación fundada sobre la historia o sobre un dato muy exterior que no debe impedir mantener su verdadera calificación jurídica...” Sobre todo ello, *vid.* su *Cours de Droit administratif*, op.cit., I, pp. 92 a 99, *passim*. Sin embargo, forzoso es reconocer que, tras este paso adelante, parece dar varios hacia atrás, hasta llegar a una visión dualista en términos radicales (*ibidem*, pp. 115 a 117 y 138 y ss. que coloca bajo el expresivo título “Le dualisme, vrai principe du droit actuel”) sin que yo alcance a superar lo que parece una incongruencia.

Dicho todo lo anterior, sólo queda añadir, como un aspecto secundario y menor, que ese Derecho único no es absolutamente uniforme y monolítico, que existen en su seno diferentes tipos de normas que, naturalmente, pueden ser clasificadas según criterios muy variados, sin que en ningún caso, eso sí, se rompa su unidad esencial y su total e íntegra naturaleza de Derecho público. Por lo pronto, no todas esas reglas de Derecho administrativo son aplicables a todas las Administraciones y en todas sus relaciones y sectores de actuación. Concretamente, muchas de esas normas procedentes o iguales a las del Derecho privado son de las que sólo se aplican a una parte de las Administraciones o de sus actividades.

Uno de esos criterios clasificatorios, que no es el más revelador ni el más interesante, sería el que compara las normas de Derecho administrativo con las normas de otros Derechos y, entre ellos, el Derecho privado. De seguirse tal criterio, se distinguiría entre normas específicas y originales de la Administración, es decir, las que le son exclusivas, de aquellas otras que son iguales a las paralelas que regulan las relaciones entre particulares o que se formularon antes y tienen su origen en el Derecho privado o que, incluso, por reenvío, remisión o supletoriedad, son formalmente las mismas del Derecho privado. Pero esto sólo sería una parte de la clasificación.

Si se sigue un criterio de este tipo, habría que hacer lugar a otras categorías como las correspondientes a ciertos principios y ciertas reglas que son esencialmente comunes a todas las ramas del Derecho, porque son justamente principios generales de todo el Derecho: ni son específicos del Derecho administrativo ni provienen del Derecho privado ni de otro sector del ordenamiento. En muchos caso se trata, incluso, de instituciones lógico-jurídicas generales que tienen sus aplicaciones o modulaciones en el Derecho privado y en el público, concretamente en el administrativo, sin ser exclusivas de ninguno de los dos y sin que ni siquiera pueda decirse que uno las ha importado del otro<sup>30</sup>. Y situación análoga ocuparían muchas normas y principios constitucionalizados. Quizá convendría, incluso, buscar una plaza a las normas del Derecho

---

30 A este respecto es destacable y particularmente esclarecedor S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960, *in totum*.

administrativo iguales o procedentes o inspiradas en otras similares del Derecho procesal o en el penal (lo que ocurre, por ejemplo, con las que regulan la potestad sancionadora de la Administración)...

Por otra parte, si se sigue este criterio “comparatista”, sería obligado tener en cuenta la existencia de normas -cada vez más numerosas- surgidas en su origen como específicas y originales para la Administración pero que han dejado de ser exclusivamente aplicables a ella y ahora regulan también la actuación de otros órganos estatales no administrativos y ni siquiera integrados en el poder ejecutivo, como los órganos superiores de la magistratura u otros. Tampoco esas normas son ya específicas de la Administración. Por cierto, aunque sea retrocediendo sobre lo ya dicho, oportuno es aprovechar esta referencia para señalar, no sólo la poca importancia de este criterio, sino lo absurdo que sería decir que han dejado de ser normas de Derecho administrativo por el simple dato de haber sido importadas por otros Derechos: ni cambia la naturaleza de esas normas ni nada de esto modifica el concepto de Derecho administrativo ni, para ser exactos, extiende su campo de aplicación puesto que esas normas nacidas en el Derecho administrativo no se aplicarán a esos otros órganos estatales como tal Derecho administrativo sino por su integración en el Derecho propio de esos órganos <sup>31</sup>.

15.- ¿Cuál es el papel que en todo esto tienen nociones como las de acto de autoridad, servicio público, *puissance publique*, interés general u otros conceptos materiales similares? Estas nociones son las que, en una medida variable según tiempo y lugares, justifican el contenido de las normas de Derecho administrativo. Si se desea explicarlo retomando la

---

31 Como se habrá observado, no se hace aquí otra cosa que seguir la misma forma de razonar utilizada para las normas administrativas iguales a las de Derecho privado. También en este aspecto C. EISENMANN marca la dirección. Si antes expusimos su tesis respecto al carácter de las normas comunes a la Administración y a los particulares, notemos ahora que también la emplea para estas otras: “... la même idée vaut naturellement pour les règles communes au droit administratif et aux autres branches ou à une autre branche du droit public (...) L'Administration se voit appliquer des règles qui s'appliquent également à d'autres groupes d'organes étatiques; l'Administration se voit appliquer des règles qui régissent par ailleurs des rapports entre personnes privées. Les unes comme les autres n'en sont pas moins aussi bien que celles qui ne valent que pour elle seule, des règles de droit administratif”; *Cours...*, I, pp. 96-97. Véase también lo que a este respecto se manifiesta en el último punto de este trabajo.

comparación de las normas de Derecho administrativo con las de otros Derechos, particularmente con el Derecho privado, estas nociones son las que, en parte, explican y justifican la medida en que las normas de Derecho administrativo son mucho, poco o nada originales.

Un defecto común de las visiones dualistas del Derecho de la Administración y de su búsqueda de un criterio clave separador de los dos regímenes de la Administración en la idea de actos de autoridad, servicio público u otras acuñadas con la misma finalidad es, según creo, el de haberse dejado deslumbrar o seducir excesivamente por un aspecto contingente y accesorio cual es el de la concreta misión y actividad administrativa predominante en cada momento histórico. Se creyó que ello marcaba algo consustancial a la Administración hasta el punto de pensar que si salía de esa misión ya no actuaba propiamente como Administración ni requería un régimen jurídico propio. Si en el Estado liberal más puro, la misión fundamental de la Administración era el mantenimiento del orden público y la actividad administrativa característica la de policía, habitualmente asociada al ejercicio de la autoridad, se piensa que el papel esencial y definitorio de la Administración es el ejercicio de la autoridad, el acto de autoridad, y que el Derecho administrativo no existe nada más que para eso y no es aplicable nada más que cuando tal autoridad se ejerce. Si después la Administración asume progresivamente la gestión de numerosos servicios públicos, ya no siempre ni predominantemente caracterizados por el ejercicio de autoridad, se piensa de inmediato que lo esencial es eso y que el Derecho administrativo no existe nada más que por y para los servicios públicos, de modo que sólo es aplicable cuando su funcionamiento está en juego. Más correcto habría sido pensar, si acaso, que cuando la Administración se salía de esa misión considerada en cada momento fundamental, no es que no tuviese un régimen jurídico propio, sino que no se sentía la necesidad -o se sentía en menor medida- de que su régimen jurídico propio fuese original y radicalmente diferente del de los sujetos privados.

Pero, en cualquier caso, estas misiones o finalidades de la Administración son múltiples, cambiantes, variables, en tanto que el Derecho administrativo permanece. Como permanece la Administración pública con sus señas de identidad y sus constantes vitales<sup>32</sup>.

---

32 En la misma dirección dice J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo...*, cit., I, p. 12, que “esas ideas (policía, servicio público...) han sido las predominantes en

Lo que sí pueden suministrar esas nociones y otras similares es la justificación y la explicación de que el Derecho administrativo haya creado, cree o pueda crear una norma de contenido diferente e incluso que sus lagunas se puedan cubrir con reglas o principios bastante distintos de los de Derecho privado. No es esto algo menor sino de trascendencia porque orienta la creación, la interpretación y la aplicación del Derecho administrativo. Además, en su caso, si se ha consagrado la dualidad de jurisdicciones sobre la base de distinguir entre normas específicas y originales de la Administración y aquellas otras que no lo son, estas nociones ofrecerán un indicio orientativo sobre cual de esos dos grupos de normas resultarán aplicables y, por tanto, de la jurisdicción competente. Pero sobre esto último volveremos luego.

Aun con el reconocimiento de la importancia de estas nociones, no debe pensarse que constituyen el único factor capaz de orientar el contenido del Derecho administrativo y la originalidad mayor o menor de sus normas. Además de la simple presencia de la Administración que es de por sí capaz de justificar numerosas singularidades, otros muchos factores juegan y algunos, según la concreta materia de que se trate, pueden ser más determinantes.

Influye, por ejemplo, el mismo contenido del Derecho privado. Es obvio que la necesidad de crear normas diferentes u originales dependerá de que las reglas de Derecho privado no se acomoden bien a las exigencias de la vida administrativa. Si se ajustan a esas necesidades, probablemente el Derecho administrativo tendrá reglas idénticas (bien porque cree una norma idéntica, bien porque se remita o reenvíe al Derecho privado, o porque copie aquellas otras normas, etc) y poco importará que estemos ante un servicio público, incluso ante uno que conlleve ejercicio de autoridad. Y como el Derecho privado ni es exactamente igual en todos sitios ni es inmutable, la división entre normas de Derecho administrativo iguales o distintas a las del Derecho privado, también variará en función de ello.

---

cada época, pero nunca tuvieron plenitud de comprensión” porque el Derecho administrativo, fruto del acarreo de todas esas épocas, de sus ideologías y de sus necesidades cambiantes “comprende una serie de aspectos no homogéneos” cada uno de los cuales “tiene su propio fundamento, no coincidente con los demás, salvo en el único dato común de la presencia administrativa”. Este “único dato común” es además, según aquí se defiende, el único verdaderamente significativo y de por sí suficiente.

A este respecto debe notarse que la evolución reciente del Derecho privado lo ha hecho a veces más adecuado a la vida administrativa. Esto es más frecuente por lo que respecta al Derecho laboral y mercantil<sup>33</sup>. Pero también el Derecho civil ofrece ejemplos notables<sup>34</sup>. Es éste un aspecto que no se puede perder de vista. Y, dentro de él, también tiene algún peso la valoración misma que se tenga en cada época de los modos de gestión que ofrece el Derecho privado, por no decir, sencillamente, de la actividad empresarial privada y del mercado.

Influyen también las necesidades de la vida administrativa que cambian en función, no ya de la finalidad o del tipo de actividad administrativa predominante, sino de los medios y de la forma en que la sociedad demanda que se desarrollen: incluso con una misma extensión de servicios públicos, las necesidades de la vida administrativa y el régimen jurídico idóneo para ello variarán según se aspire a una Administración que gestione directamente incluso los de mayor contenido económico, o que se limite a contratarlos con empresarios privados; según se convierta o no en valor superior la calidad de las prestaciones, la eficacia, la eficiencia en el uso de los recursos públicos... Todo esto no puede dejar de influir en el contenido concreto del régimen de la Administración y, finalmente, en que sus normas se aproximen más o menos a las del Derecho privado.

Cuanto se acaba de decir nos lleva a retomar las tesis relativistas o eclécticas de que hablamos antes, pero con un sentido distinto y un valor menor al que le confieren las construcciones dualistas. En este contexto de la visión monista del Derecho de la Administración, aceptamos que

---

33 Algunos autores, incluso, han argüido esta evolución reciente del Derecho privado para explicar y quitar trascendencia al cada vez más amplio sometimiento de la Administración a éste y su correlativa renuncia o “huida” del Derecho administrativo. Vid. I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho administrativo*, “Revista española de Derecho administrativo”, n° 78, pp. 236 a 239.

34 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., I, p. 54, ponen un ejemplo revelador: “Los contratos de arrendamiento de locales para instalaciones administrativas fueron considerados hasta fechas relativamente recientes como contratos administrativos, pero desde que se ha desarrollado la legislación (civil) especial de arrendamientos urbanos son considerados contratos privados, sometidos, por tanto, al Derecho civil”; o, decimos nosotros, sometidos al Derecho administrativo que ahora ya no siente la necesidad de formular reglas diferentes a las del Derecho civil.

no hay un único criterio, noción o principio capaz de explicar todo el conjunto de reglas específicas del régimen de la Administración; que son varios, quizá muchos y coyunturales, los que explican que surjan diferencias o similitudes con el Derecho privado; que entre ellos ocupan un lugar destacable algunos como el del servicio público o el de la *puissance publique*... Todo eso lo aceptamos, a condición de añadir de inmediato que nada de ello marca la frontera entre el Derecho administrativo y el que no lo es, ni su objeto ni su ámbito ni su definición... ni afecta a nada esencial.

16.- Volvamos también sobre la sumisión voluntaria de la Administración al Derecho privado o renuncia al Derecho público o, por decirlo con el expresivo término ya aludido, a la “huida del Derecho público” por parte de las Administraciones. En el plano teórico, conforme a la visión monista expuesta, cabe decir, en principio, que esas supuestas “huidas” del Derecho público en general, y del administrativo en particular, hacía el Derecho privado, no consiguen nunca salir del primero ni entrar en el segundo<sup>35</sup>. No se puede decir que hagan un viaje a ninguna parte, sin moverse, pero sólo hacen un “viaje interno”, “nacional”, en el seno del Derecho administrativo y público, a través de sus diversas regiones, desde el centro hacia la periferia: se limitan a reemplazar las reglas de Derecho administrativo específicas por otras reglas de Derecho administrativo extraídas del Derecho privado, iguales o más similares a las de éste, reglas, en cualquier caso, menos rígidas que las primeras que se aplicarán a la Administración en un contexto muy diferente de aquél para el que nacieron y para el que fueron concebidas. Por explicarlo con la perspectiva que da la idea de Rivero de las “derogaciones en más” y de las “derogaciones en menos” en comparación con el régimen de los sujetos privados<sup>36</sup>, cabría decir que se va de una parte del Derecho ad-

---

35 En esta misma línea resulta de gran interés y acierto I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho administrativo*, “Revista española de Derecho administrativo”, nº 78, pp. 236, 240 y ss., donde llega a afirmar, ya muy próximo a lo que aquí se sostiene, que “la llamada huida del Derecho administrativo no puede equiparse... ni siquiera... a la huida del Derecho público. Se trata simplemente de la huida de las grandes leyes administrativas”. Después formula como “hipótesis final” la de que hay “sustrato suficiente para la existencia de un Derecho administrativo paralelo al que se cimenta en las leyes administrativas”.

36 *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, op. cit., pp. 199-202. Pero, claro está, la construcción de RIVERO no justificaría lo que se afirma en el texto puesto que

ministrativo plagada de derogaciones en más y en menos a otra en que las hay en mucha menor medida. Como se comprenderá, en suma, no se trata nada más que de una escapatoria de las normas administrativas y presupuestarias más inflexibles e “incómodas”. Esta explicación es más difícil de mantener y necesita de muchas matizaciones complementarias y de numerosas correcciones cuando la huida no la hace directamente la Administración sino que la organiza por medio entes filiales que ya no tienen formalmente la naturaleza de Administraciones. Pero no podemos detenernos ahora en ello.

Sea como fuere, esta huida del régimen más específico y propio de la Administración –que esto sí se produce en todos estos casos– y de la jurisdicción contencioso-administrativa –que suele llevar aparejada– merece otro tipo de consideraciones a las que aquí sólo cabe aludir en cuanto se conectan con nuestro objeto. Según suele afirmarse, se huye de ese régimen específico porque se considera un obstáculo para la eficacia y eficiencia de la Administración, porque dificulta la satisfacción de los intereses generales, porque burocratiza la gestión haciendo que la maquinaria administrativa se preocupe sólo de los aspectos formales olvidando sus verdaderos objetivos de servicio a la comunidad y a los ciudadanos... Quizá en estas críticas haya errores por no ver que tras muchos de esos límites están las necesarias garantías de los intereses generales y privados frente a los gobernantes y administradores públicos; o quizá haya algo perverso porque lo que precisamente se persiga –y lo que, en efecto, se consigue– sea suprimir esas garantías y sobre todo el más penetrante control contencioso-administrativo<sup>37</sup>. Pero no todas esas críticas son fruto de

---

para él, si la Administración pasa a tener un régimen sin esas “derogaciones” es que ha salido de la órbita del Derecho administrativo.

37 Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo*, “Revista de Administración Pública”, n° 140, pp. 36 a 39. Este aspecto peligroso de la huida del Derecho administrativo, observado con perspectiva histórica, puede resultar paradójico (como reconoce el mismo autor, *ibidem* p. 54) porque en el Antiguo Régimen precisamente el sometimiento del poder público al Derecho civil constituía, en general, la mayor garantía, como lo era también la consiguiente competencia de los Tribunales civiles ordinarios que comportaba, desde luego, una protección superior a la de la vía administrativa. También tras la Revolución francesa, la eventual aplicación del Derecho civil a la Administración y la competencia de la jurisdicción judicial ordinaria se consideraban normalmente una garantía superior para los ciudadanos a la que representaba la jurisdicción contencioso-administrativa y el Derecho administrativo. Sin embargo, hoy, cuando el Derecho administrativo se ha perfeccionado como un “Derecho garantizador”



la ignorancia o de la frivolidad. Al menos encierran una parte de verdad que revela grandes desajustes y un estrepitoso fracaso. No de otra forma cabe calificar el que un Derecho, construido *ad hoc* para la Administración, para las necesidades de la vida administrativa y para la consecución de los intereses generales, se considere, cada vez más, un obstáculo para todo ello hasta el punto de postergarlo en favor de normas iguales a las aplicables a cualquier sujeto privado. Ante esto, obligado es plantear si no se habrá roto por completo el equilibrio entre privilegios y límites al que debe aspirar el Derecho administrativo; si el Derecho administrativo no se habrá adaptado suficientemente a las exigencias del Estado social de Derecho y siga apegado a postulados del Estado liberal, agravando incluso sus carencias. Incluso cabe plantear si no habrá habido una actitud hipócrita del legislador aprobando reglas (relativas a la contratación, al gasto público, a los funcionarios...) casi paralizantes al mismo tiempo que se dejan las puertas abiertas para que las Administraciones prescindan de todo ello y hasta de los límites y controles más modestos. Es más, esas normas específicas rígidas e insoportables alimentan y justifican, como una coartada, la huida despavorida y descarada hacia otro régimen jurídico<sup>38</sup>. Todo esto supone construir, dentro del Derecho administrativo, dos grandes regímenes igualmente inadecuados y peligrosos, uno por excesivamente rígido, otro por demasiado flexible, hecho a base de importaciones masivas e indiscriminadas del Derecho privado.

---

(L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., p. 43), la aplicación del Derecho privado a la Administración supone más bien lo contrario, un retroceso en el proceso de sometimiento efectivo y pleno de la Administración al Derecho. Además, debe notarse, como lo ha hecho J. M. SALA ARQUER en un interesante trabajo publicado con el expresivo título *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, “Revista española de Derecho administrativo”, nº 75, p. 403, que por esta vía se consigue a veces “disfrutar de las ventajas de ambos ordenamientos, sin tener que soportar sus inconvenientes”.

38 S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones...*, cit., p. 38, dice que “ante la no adaptación de ese sistema (el jurídico-administrativo) a las necesidades efectivas que la Administración debe cumplir en nuestros días”, en vez de modificarlo y adaptarlo, “lo jurídico-público se relega al cuarto de los trastos viejos y, en aras de esa exigible eficacia, con un evidente simplismo, se acude sin más a fórmulas jurídico-privadas”.

La solución no está sin más ni principalmente en poner coto legal o incluso constitucional a esas huidas, aun siendo ello valioso y teniendo ciertos fundamentos<sup>39</sup>. Menos aún, en tratar de encontrar los límites a esa huida en la construcción de un concepto de Derecho administrativo que, recuperando nociones objetivas de la función administrativa, garanticen un reducto en el que sea imposible el sometimiento a normas procedentes del Derecho privado. Bastante ha sufrido ya el concepto de Derecho administrativo por querer hacer descansar sobre él las soluciones a demasiados problemas como para torturarlo ahora con una nueva misión. La verdadera solución pasa indefectiblemente por construir un Derecho administrativo hecho de verdad a la medida de la Administración actual, un Derecho que restablezca el equilibrio entre los poderes exorbitantes que se confieren a la Administración y los límites específicos a los que se la somete, entre los medios jurídicos que se dan a la Administración y lo que se le demanda socialmente<sup>40</sup>. Ese Derecho administrativo será probablemente más parecido al Derecho privado de lo que han venido siendo las reglas específicas de la Administración. Muchos factores empujan en esa dirección: la ciencia de la organización o de la administración, que tiende a aproximar la gestión pública y la privada<sup>41</sup>; el Derecho comunitario europeo que en muchos aspectos –como los de su regulación de la defensa de la competencia o de la protección de los consumidores o de la contratación– da igual tratamiento a sujetos públicos y privados; la configuración menos autoritaria de la Administración actual; la misma

39 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, voz “Derecho administrativo”, cit., pp. 2175 a 2177; y S. DEL SAZ CORDERO, que mantiene que hay una reserva constitucional de Derecho administrativo en “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992. Vid. también de la misma profesora *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, “Revista de Administración Pública”, n° 133, pp. 57 y ss.

40 En esta misma dirección J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, Madrid, I, 2ª ed., 1998, p. 76, entiende que el retroceso del Derecho administrativo “no tiene más salida que una reconsideración intensa de las propias normas jurídico-administrativas que elimine las rigideces que hoy motivan, al menos formalmente, la huida del mismo”.

41 Vid. J. BELL, *De la nécessité d'un Droit administratif*, artículo publicado en la revista “L'actualité juridique. Le Droit administratif”, número especial de 20 de junio de 1989 bajo el título genérico “Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un Droit en mutation”, en especial p. 104.

evolución del Derecho privado (como antes se explicó, *supra* nº 15), etc. Pero nada de eso significará sometimiento al Derecho privado, ni esa mayor similitud con éste hará perder al Derecho administrativo su identidad y naturaleza de un único Derecho público que regula en su totalidad a la Administración<sup>42</sup>.

17.- A) La visión monista del Derecho de la Administración no lleva a considerar necesariamente como la mejor solución la de establecer la unidad jurisdiccional para la Administración<sup>43</sup>. Es compatible con la dualidad o pluralidad jurisdiccional de la Administración que puede consagrarse por razones históricas o de conveniencia práctica que, completamente al margen de la naturaleza del Derecho aplicable a cada caso, establezca criterios de distribución de competencias entre las jurisdicciones no

---

42 Algunos podrán ver en esto un rasgo de la aparición de un nuevo “Derecho común” e incluso de la superación de la dualidad Derecho público y Derecho privado. Desde luego sí hay una superación de tal dualidad si se entiende que comporta la existencia de dos partes del ordenamiento completamente diferentes y cerradas. Pero nunca ha sido eso, pese a que así se explicara a veces. La distinción entre Derecho público y privado, entendida en sus justos términos, no se ve afectada por esta aproximación que no cambia nada importante. Y tal distinción refleja, según creo, algo esencial del significado del Estado surgido de las revoluciones burguesas, del Estado como monopolio del poder político, como concentración de todas las desigualdades jurídicas, como sistema en que se desvincula formalmente el poder político de las situaciones patrimoniales.

43 Menos aún lleva a concluir que esa única jurisdicción haya de estar dedicada exclusivamente a los litigios de la Administración. La única jurisdicción competente para juzgar a la Administración puede ser la misma que resuelve los litigios entre particulares. Por el contrario, es perfectamente compatible con un sistema en el que la Administración quede sometida a la misma jurisdicción que los particulares. Es ésta la solución general del Reino Unido donde los tribunales de Derecho común siguen siendo los normalmente competentes para conocer de los asuntos tanto de Derecho privado como de Derecho público, si bien en el interior de la jurisdicción común hay alguna especialización en diferentes materias (entre ellas, de Derecho administrativo) e incluso, en la práctica, hay jurisdicciones especiales en determinadas materias administrativas que tienen competencias en virtud de específicas atribuciones. *Vid.* J. BELL, *Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Royaume-Uni?*, “Revue française de Droit administratif”, nº 5 de 1990, pp. 892 y ss. Por otra parte, esa jurisdicción competente para juzgar a la Administración, aunque no le sea para los litigios entre particulares, podría serlo también para juzgar ciertas actuaciones de órganos no administrativos, como los Consejos superiores de la judicatura. Todo esto sólo demuestra que no hay una relación necesaria entre Derecho administrativo y jurisdicción especializada en ello.

basados en la supuesta diferenciación entre Derecho administrativo y Derecho privado aplicable a la Administración<sup>44</sup>.

B) Lo que sí pone en cuestión nuestra tesis es una dualidad jurisdiccional basada precisamente en una supuesta dualidad de regímenes jurídicos de la Administración. Al menos explica por qué la pretensión de distribuir las competencias entre las dos jurisdicciones en función del Derecho aplicable a la Administración nunca ha conducido a conclusiones claras y satisfactorias: sus dificultades son insuperables, inagotables y jamás resolubles de manera cierta, dada la unidad esencial de todo el Derecho de la Administración, que es en su totalidad Derecho administrativo. Dicho de otra forma, si se pretende establecer que la jurisdicción específicamente administrativa es sólo competente para los litigios en que debe aplicarse el Derecho público y que la jurisdicción ordinaria lo es para aquellos en que debe aplicarse el Derecho privado (como en mayor o menor medida se intenta frecuentemente hacer en Francia, en Alemania, en Grecia, en Finlandia, en Suecia, en España... aunque con matices y diferencias a veces notables entre unos y otros sistemas), se habrá construido una dualidad jurisdiccional sobre una base débil, confusa, artificiosa que choca inevitablemente con la unidad esencial de todo el Derecho de la Administración, que es todo él, en el fondo, Derecho público<sup>45</sup>. No es sorprendente, sino muy natural e inevitable,

44 Si –como ocurre en Italia o en Bélgica– el criterio de repartición entre las dos jurisdicciones se basa en la distinción entre las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas (juez ordinario para los litigios en que se discute sobre derechos subjetivos y juez administrativo para aquellos otros en que se invoca sólo un interés legítimo) habrá, sin duda, algunas dificultades puesto que la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimo no ha sido nunca del todo clara y lo es probablemente menos ahora cuando más bien se asiste una progresiva aproximación de las distintas situaciones jurídicas subjetivas o, por lo menos, a una relativización de las diferencias. *Vid.* M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi e nuovi spunti di riflessione*, “Foro it”, 1987, V, pp. 469 y ss, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Principi di Diritto amministrativo*, op.cit., pp. 331 a 357. **Respecto a Bélgica**, *vid.* F. DELPERÉE, *Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique?*, “Rev. fr. de Droit administratif”, n° 5 de 1990, pp. 869 a 871, y J. C. ESCARRAS, *L'unité de juridiction en droit comparé (expériences belge et italienne)*, París, 1972.

45 Sin llegar tan lejos como aquí, al menos es habitual en la doctrina francesa reconocer en parte lo mismo. Así, A. de LAUBADÈRE, “Réflexions sur la crise du Droit administratif français”, publicado inicialmente en “Dalloz, Chronique”, II, 1952, pp. 5 y ss., y después recogido en *Pages de doctrine*, París, 1980, II, pp. 177 y ss.,

que los particulares demandantes, la Administración demandada, la doctrina y los jueces mismos estén frecuentemente desconcertados e indecisos cuando se trata de elegir la jurisdicción competente. Porque, como hemos explicado reiteradamente, no buscan en realidad saber si habrá que aplicar el Derecho administrativo o el Derecho privado, sino, más bien, si hay que aplicar predominantemente normas de Derecho administrativo específicas, singulares, originales... o si, por el contrario, habrá que aplicar mayoritariamente normas de Derecho administrativo iguales o similares a las del Derecho privado o importadas del Derecho privado. Como sabemos, se trata de una diferencia secundaria, menor, accesoria... y, en todo caso, sutil.

Añádanse a esta dificultad otras dos igualmente ineluctables. La primera deriva de que normalmente será necesario aplicar normas de diferente tipo en el mismo proceso, algunas más específicas del Derecho administrativo y otras idénticas a las del Derecho privado, aunque se encuentren todas ellas en un contexto general que las transforma. La segunda es que ese sistema de distribución de competencias obliga a decidir *a priori* algo que realmente es una cuestión de fondo, y no simplemente formal o procesal, como es la del contenido de las normas que deberán aplicarse. Más todavía, es una cuestión de fondo complicada, sobre todo si no existe previamente una norma expresa de Derecho administrativo aplicable al caso: en esa hipótesis, la función más importante y difícil del juez será precisamente la de decidir si debe “inventarse” una norma original de Derecho administrativo o no. Pero evidentemente esto debe ser resuelto en la decisión final, tras todo el proceso y no antes, no en el momento inicial de elegir la jurisdicción competente. Todo esto obliga a determinar la competencia jurisdiccional en función de puros indicios, de simples sospechas. Desde este punto de vista, tal es el papel que, sobre todo en Francia, han jugado nociones como las de acto de autoridad, servicio público, condiciones exorbitantes, prerrogativas, *puissance publique* y otras similares<sup>46</sup>: si la Administración ejerce autoridad o gestiona

---

de donde se citará; en p. 184, dice: “... il s’agit presque d’harmoniser deux donnés contradictoires, à savoir la dualité des juridictions avec une vie administrative où le ‘public’ et le ‘privé’ s’enchevêtrent confusément”.

46 En el fondo, es sólo esto lo que creo que pretendió reflejar M. HAURIOU con el criterio de las “prerrogativas”. Para él, las prerrogativas no son nada más que “la marca misma de este poder”, del poder administrativo; son sólo la manifestación

un servicio público... la aparición de reglas originales será más fácil, más probable, luego la competencia debe pertenecer a la jurisdicción administrativa; en caso contrario (por ejemplo, en el supuesto de gestión del patrimonio privado de la Administración), dominarán reglas iguales a las del Derecho privado de modo que, por tanto, según este modo razonar, la competencia debe ser de la jurisdicción ordinaria.

C) Lo anterior también sirve para negar una de las justificaciones habituales de la dualidad de jurisdicciones para la Administración. Abandonadas las originariamente invocadas (“*juger l’administration c’est encore administrer*”; o “*le risque de voir les juges judiciaires troubler abusivement les opérations des corps administratifs*”<sup>47</sup>), se afirma, sobre todo, que lo que

---

externa más notable de la singularidad de la Administración y de la independencia del Derecho administrativo cuya extensión, dice, depende de “una especie de acuerdo práctico” en un momento determinado según lo que decidan el Consejo de Estado, el Tribunal de Conflictos y el legislador, con alguna influencia, si acaso, de las “especulaciones de la doctrina” (*Précis...*, p. 15). Ese “acuerdo práctico” sólo versa sobre el contenido de las normas de la Administración, sobre su originalidad respecto a las de Derecho privado y, por ello, a la postre, sobre la extensión de una jurisdicción contencioso-administrativa constreñida a aquellos litigios en que se aplica esa parte del Derecho administrativo que forman las normas especiales. Pero al Derecho administrativo en sí lo consideraba algo más amplio que esas normas originales que son únicamente la punta del iceberg, lo más visible de un Derecho que regula por completo a la Administración, organización personificada del poder administrativo. Tal vez la misma idea no sea del todo ajena a la construcción de G. VEDEL y al papel que confiere a la *puissance publique*, como noción material que se viene a sumar a la meramente formal de “*pouvoir exécutif*” que es la que considera esencial: “Le point de vue matériel vient ici au secours du point de vue formel, à titre subsidiaire, comme *un moyen de reconnaissance*” (en “Bases constitutionnelles...”, cit., p. 167).

47 En realidad, esas ideas no alcanzaban a justificar la dualidad jurisdiccional. Aunque se aceptasen, conducen, más bien, a sustraer completamente los asuntos de la Administración de la jurisdicción judicial y a entregarlos por completo a una jurisdicción contencioso-administrativa no judicial. De hecho, ésa fue la solución inicialmente adoptada por los revolucionarios franceses. *Vid.* A. DE LAUBADÈRE, *Traité...*, cit., I, p. 40: “L’interprétation littérale de la loi de 1790, sans doute la plus fidèle à la volonté politique exprimé par ce texte, conduisait à donner un critère purement organique au régime administratif: tout acte de l’Administration... relève du régime administratif et ... de juge administratif. Cette conception ... fut rapidement abandonnée”. Y se sustituyó por otra que pretendía acomodarse mejor a las motivaciones políticas de la exención judicial de la Administración que pretendía instaurarse y que sólo muy burdamente se reforzaron y recubrieron con argumentos teóricos sobre la aplicación a la Administración del Derecho público y

justifica en la actualidad la existencia de una jurisdicción administrativa especializada es la existencia de un Derecho que ha llegado a ser bastante original y complejo, un Derecho dotado de principios específicos y que implica en todo caso la búsqueda de un delicado equilibrio entre los intereses generales y los derechos, intereses y garantías de los ciudadanos, entre las potestades de Administración y sus limitaciones...<sup>48</sup>. Pero, como es fácil observar, nada de esto, aunque se comparta, justifica la dualidad de jurisdicciones. Si acaso justificaría la existencia de una jurisdicción especializada en la Administración a la que, siguiendo estas explicaciones, deberían corresponder *todos* los asuntos en que esté implicada la Administración. No cabe decir que, como sólo en parte se aplica a la Administración su Derecho específico, sólo en esos casos está justificada la competencia de una jurisdicción especializada en ese Derecho específico. Muy al contrario, según se ha tratado de explicar, siempre que está presente la Administración hay motivos para la singularidad jurídica y en

---

del privado. A este respecto, entre otros estudios, resulta particularmente interesante M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, cit., pp. 73 y ss. Concluye que “factores de origen diverso, desde el pensamiento político del absolutismo de los príncipes hasta las aspiraciones liberal-reformadoras, coincidieron casualmente ... en una alianza ... que perseguía la limitación del ámbito de actuación judicial en beneficio de una mayor libertad conformadora tanto de la legislación como de la Administración pública. Esta meta no imponía por sí misma la exclusión de la competencia de los tribunales respecto de todo aquello que la abstracta teoría iusprivatista atribuía al campo del Derecho público (...) Lo cual hubo de producir una *delimitación específicamente procesal* ... delimitación que por su función ni por su contenido coincidía con la distinción... entre Derecho público y privado”. Así se construyó una “división dual que por fuerza había de exaherar unas veces y mermar otras las diferencias de contenido que aquellos Derechos expresaban...” (pp. 79-80).

Por otra parte, en algunos países, como España, la jurisdicción contencioso-administrativa es ya, desde 1956, enteramente judicial: es simplemente una jurisdicción judicial especializada. En este otro contexto, aquellos argumentos, no justifican en absoluto la dualidad jurisdiccional. Por ello se ha podido proponer, desde entonces, la unidad jurisdiccional. *Vid.* destacadamente L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Unidad de jurisdicción para la Administración pública*, “Revista de Administración Pública”, nº 49, sobre todo pp. 184 y 185.

48 *Vid.* A. De LAUBADÈRE, “Réflexions sur la crise...”, cit., p. 184. O más sencillamente se dice que para controlar la maquinaria de la Administración es necesario conocerla bien. En ese sentido, entre otros muchos, es expresivo M. LONG, *L'état actuel de la dualité de juridictions*, “Revue française de Droit administratif”, nº 5 de 1990, p. 692.

todo caso se le aplicará su Derecho público propio, puesto que, incluso cuando se apliquen normas procedentes del Derecho privado, lo serán en otro contexto; de modo que siempre estará justificada la competencia de la jurisdicción especializada en la Administración y en el Derecho de la Administración, esto es, en el Derecho administrativo. La práctica, según creo, lo confirma: cuando a la Administración la juzga una jurisdicción no especializada por considerar que el asunto no es de Derecho administrativo sino de Derecho privado, acaba notándose la necesidad de tener en cuenta normas, principios y valores específicos de la Administración. En el fondo, lo que ello significa es que se ha confiado a la jurisdicción ordinaria o civil la aplicación de parte del Derecho administrativo, aquella parte en que su regulación es más similar a la del Derecho privado.

Lo que explica -y probablemente justifica- la dualidad jurisdiccional son razones históricas y tal vez, como consecuencia de la tradición ya arraigada, algunas ventajas prácticas que en algún caso incluso compensan a los inevitables inconvenientes. Pero, sin entrar en ello, esa misma historia y tradición demuestran la desconexión entre este aspecto procesal y el del concepto y ámbito del Derecho administrativo.

Dicho y reconocido esto, queda en pie, que la dualidad jurisdiccional de la Administración ni es consustancial al sistema, ni a la naturaleza de las cosas o de la Administración o de las actividades administrativas... ni, por lo que aquí importa, deriva ni refleja una dualidad de Derechos de la Administración.

24.- Incluso llevando al extremo la unidad del Derecho de la Administración o Derecho administrativo, no se puede ir más allá de las fronteras de la propia Administración. Porque el Derecho administrativo no sólo regula en su totalidad a la Administración sino que sólo la regula a ella, a su organización, su actividad y sus relaciones jurídicas.

Así, nada de lo que hemos dicho vale para el *Derecho de otras organizaciones estatales no integradas en la Administración*. Poco importa a este respecto que ciertas normas provenientes del Derecho administrativo se integren en *su* Derecho que, pese a ello, no es el Derecho administra-



tivo<sup>49</sup>. Incluso si, como ha ocurrido en algunos países<sup>50</sup>, la competencia de los tribunales contencioso-administrativos se ha extendido al conocimiento de parte de los litigios en que estos órganos no administrativos son demandados, la conclusión tienen que ser la misma. Esa competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sólo sirve para evidenciar que no existe una relación necesaria y perfecta entre la competencia de esa jurisdicción y el Derecho administrativo.

Algo similar hay que decir respecto a los *sujetos privados que realizan actividades de servicio público, o de interés público*, incluso si ejercen eventualmente autoridad. Con ello no nos referimos sólo a los contratistas de la Administración, particularmente a los concesionarios de servicios públicos. También a otros sujetos o personas jurídicas no administrativas que en virtud de muy diversos títulos no contractuales realizan estas actividades. Desde luego, sus relaciones con la Administración corresponden a la Derecho administrativo: la presencia de la Administración, la otra parte de la relación, lo justifica sin necesidad de mayores explicaciones. En cambio, sus relaciones con otros sujetos no están sometidas, en principio, al Derecho administrativo. Pero eventualmente es posible, y a veces muy

---

49 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo a L. M. DIEZ-PICAZO, *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Zaragoza, 1985, pp. 12-13, y en *El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público*, "Revista de Administración Pública", nº 129, p. 204. También L. ORTEGA ALVÁREZ, *La concepción subjetiva del Derecho administrativo tras la Constitución española de 1978*, Albacete, 1989, p. 74. Según P. ESCRIBANO COLLADO, *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y Derecho administrativo?*, "Revista española de Derecho administrativo", nº 37, pp. 182-183, con una explicación que considero especialmente acertada, "estamos ante un supuesto de relación entre ordenamientos distintos, uno el Derecho administrativo, como ordenamiento propio y peculiar de las Administraciones públicas... y otro, el ordenamiento peculiar de cada uno de los poderes públicos, con pretensión de autosuficiencia" por lo que contienen "una previsión de supletoriedad en favor del Derecho administrativo por lo cual deberán integrarse las posibles lagunas que se produzcan de acuerdo con las normas y criterios propios de este ordenamiento". Vid. también C. EISENMANN, *Cours...*, I, pp. 96-97.

50 Así lo establece, por ejemplo, el art. 1.3 de la Ley española de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 según el cual esta jurisdicción conocerá de las pretensiones en relación con "los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional..." y de los "actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial...".

razonable, extender para ciertos aspectos de su actividad la aplicación de las normas previstas inicialmente para la Administración, ya sea porque estos sujetos actúan justamente en el lugar de la Administración y por ella, ya sea en virtud de una disposición del Derecho positivo que puede, e incluso debe, establecerlo así<sup>51</sup>. Estarán sometidos a un régimen peculiar en el que la mayoría de sus normas serán las mismas aplicables a cualquier otro sujeto privado pero en el que también habrá algunas normas procedentes del Derecho administrativo, es decir, iguales o similares a las dictadas en principio sólo para la Administración. Esto afecta sólo al contenido del estatuto de estos sujetos que, por razones comprensibles, no es homogéneo<sup>52</sup>, pero, como en el caso anterior, no cambia el concepto de Derecho administrativo ni, hablando propiamente, el de su ámbito de aplicación.

- 
- 51 Piénsese, por ejemplo, en el régimen de responsabilidad patrimonial por daños: seguramente es lo más razonable y hasta lo más adecuado a las exigencias de la justicia material que estos sujetos, en cuanto realizan las actividades propias de la Administración, tengan unas obligaciones de indemnizar los daños iguales a las que pueda tener la Administración. En España, incluso, ello se podría considerar constitucionalizado por que el art. 106.2 de la Constitución reconoce un derecho a ser indemnizado por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos sin distinguir según los preste la Administración o lo hagan sujetos no administrativos.
- 52 *Vid.* G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, volume terzo, 6ª ed., Milano, 1958, pp. 338-339, que distingue las “conseguenze del carattere pubblico delle funzioni e dei servizi esercitati dal privato” y las de “la qualità di privato, ossia di soggetto distinto dall’ente pubblico titolare del servizio o della funzione”. Explica a este respecto J. P. NÉGRIN, *L’intervention des personnes morales de droit privé dans l’action administrative*, París, 1971, p. 139, que “le régime juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l’action administrative ne peut être un régime homogène. Il y a une tension entre la nature de l’institution, que commande l’application du droit privé, et le fait de l’intervention dans l’action administrative, qui tend à entraîner une soumission au moins partielle au régime administratif”. Esa tensión se resuelve, según creo, no extendiendo el concepto o el ámbito del Derecho administrativo ni convirtiendo a éste en un Derecho excepcional para estos sujetos, sino conformando un régimen jurídico propio de estos sujetos en el que habrá normas más o menos semejantes a las que rigen para la Administración o quizá otras que, sin ser iguales a las de Derecho privado ni a las de Derecho administrativo, se construyen específicamente para las necesidades que presentan. Es esto último lo que normalmente ocurre con los Colegios profesionales o con las Federaciones deportivas.



# **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 del 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) Notas: deben venir a pie de página.

En caso de 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 julio de 2010  
en los talleres de  
Editorial Texto, C.A.



