


ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO 2005-2007

ALLAN R. BREWER CARÍAS

Colección Estudios Jurídicos No. 86

 editorial jurídica venezolana

Caracas 2007

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO 2005-2007

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007)

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
2005-2007

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS
Nº 86

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas, 2007

© by Allan R. Brewer-Carías
abrewer@bblegal.com
www.allanbrewercarias.com

Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: lf54020073403401
ISBN: 978-980-365-122-0

Editorial Jurídica Venezolana
Torre Oasis, Av. Francisco Solano López,
P.B. Local 4, Sabana Grande
Apartado Postal 17.598, Caracas 1015-A, Venezuela
Teléfonos: 762-25.53/762-38.42 Fax. 763-52.39
Email feyv@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje por Francis Gil
Book Antigua 11, Interlineado Exacto 12, Mancha 20x12
Primera Edición 2007
La edición consta de 1000 ejemplares

NOTA EXPLICATIVA

Este libro recoge los Estudios de Derecho Administrativo, que he tenido el privilegio de escribir, entre 2005 y 2007, sobre diversos tópicos de nuestra disciplina, y que fueron elaborados en distintas ocasiones, con distintas motivaciones y para distintos eventos o requerimientos. Y digo privilegio, pues poder escribir implica libertad; sin libertad pienso que sería muy difícil si no imposible, poder escribir sobre todo lo que uno quiere y como uno quiere. Y cuando escribir es parte de la vida, no poder escribir sin libertad sería equivalente a perder la vida. Por tanto, para quien escribir es parte de su vida, es un privilegio poder hacerlo.

El común denominador de los trabajos que aquí se recogen, además de referirse a aspectos fundamentales del derecho administrativo, es que son trabajos escritos desde el exilio con todo lo que ello significa vital, personal y familiarmente, situación en la cual, sin embargo, he tenido otro privilegio vital, y es haber recibido muestras de solidaridad y apoyo de profesores y amigos de las más variadas universidades e instituciones académicas del mundo. En esta etapa ha sido fundamental la acogida y hospitalidad que me dio la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia en la ciudad de Nueva York, donde de inmediato pude continuar con mi actividad docente, dictando el seminario sobre "La acción de amparo en el derecho comparado", una vez que en septiembre de 2005, tuve que salir de Venezuela. Ello ocurrió luego que el jefe del Ministerio Público, que me ha acusado sin fundamento alguno del delito político "de conspiración para cambiar violentamente la Constitución de mi país" que no he cometido, publicara un libro personal condenándome de antemano y públicamente, en violación de las más elementales garantías del debido proceso, entre ellas, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Luego de esa manifesta-

ción pública del Fiscal General de la República, se me disiparon todas las esperanzas que pude haber tenido en que del sistema judicial se podía esperar la más mínima manifestación de justicia. Ello es imposible en un régimen donde se criminaliza la disidencia y se usa a mansalva el poder judicial para perseguir a la oposición.

Todo el dolor que significa dejar el país de uno, forzosamente, por razones políticas, sin embargo, lo he podido mitigar por el afecto incondicional de mi familia y de mis amigos, tanto en Venezuela como en el exterior. A todos, mi agradecimiento por acompañarme desde cerca y desde lejos en mi vida intelectual, y sobre todo, por el afecto que he recibido del mundo académico de Ibero América, Norteamérica y Europa y por la generosidad con la que me han recibido y tratado en este trance, que en muchos eventos académicos me han hecho sentir mucho mejor de lo que en el momento actual me hubiera podido haber sentido en actos similares en mi propio país.

Lamentablemente, hoy en día, en Venezuela, sin libertad y sin democracia, o en una situación de precaria libertad y de muy falsa democracia, donde no es posible controlar las ejecutorias del Poder; para un jus publicista, el entorno político constitucional y administrativo que tenemos se torna sofocante, y eso es lo que nos está ocurriendo en Venezuela, donde el autoritarismo se ha instalado, amenazando todos los ámbitos vitales del ciudadano, dejándonos muy poco margen de acción libre, sobre todo para los que hemos tenido además de vida académica, a través de ella, vida pública.

Es este tipo de situación de autoritarismo rampante, de ausencia de justicia y de violación masiva de los más elementales derechos al debido proceso, la que al comienzo o al final, dependiendo de los tiempos del régimen, la que provoca que quienes se oponen abiertamente a los gobiernos autoritarios, si llegan a evitar ser arbitrariamente privados de libertad, no tengan otra alternativa que no sea salir del país. Y yo he sido, por convicción democrática, un crítico activo y público del régimen autoritario que se ha afianzado en Venezuela, no desde ahora, sino desde cuando se instaló en 1998, y luego, desde el seno de la propia la Asamblea Nacional Constituyente de 1999; oposición que siempre he hecho, única y exclusivamente con las armas de las cuales disponemos los académicos: el verbo y la pluma.

Pero lamentablemente como ha sucedido tantas veces en nuestra historia, en pleno inicio del Siglo XXI, de nuevo se persiguen las

ideas, por lo que esas armas (la pluma y el verbo) a veces se convierten en peligrosas para el régimen, criminalizándose la disidencia política y persiguiéndola mediante acusaciones falsas e infundadas, para lo cual se usa impunemente un poder judicial sometido. Y cuando todo ello ocurre, y se está en un país donde no se puede creer en la justicia, la verdad es que es muy difícil tener razón, ya que no se la puede probar. Porque sin justicia, la sin razón es la que prevalece. Y lamentablemente, justicia autónoma e independiente es lo que hoy no existe en Venezuela; lo que por supuesto afecta mucho nuestro derecho público.

En esa situación, la Jurisdicción Constitucional, lamentablemente, en lugar de ser la culminación del proceso de control constitucional del Estado de derecho que todos habíamos soñado, ha resultado ser a veces un oscuro instrumento para la consolidación del autoritarismo, con ropa de camuflaje de legalidad: y los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desde hace varios años, ya saben bien a que atenerse, después que la sede del más alto tribunal en la materia por debajo del Tribunal Supremo, fue allanada por la policía política, y sus Magistrados ignominiosamente destituidos, habiendo quedado la ciudadanía sin Corte Contencioso administrativa por casi un año, y ello solo porque otorgaron una simple medida cautelar, pero en un juicio de amparo contra las autoridades sanitarias nacionales y locales, por la contratación masiva, ilegal y discriminatoria de médicos extranjeros.

Nuestro derecho administrativo, por tanto, excelso en la teoría, en la práctica ha sido virtualmente objeto de una especie de medida parcial de suspensión de efectos, que esperemos tenga término, para cuyo logro seguiré luchando como tantos otros destacados profesores venezolanos, desde adentro y desde afuera del país, particularmente donde se pueda contar con libertad académica y valores democráticos.

En este período de exilio, por otra parte, y a pesar de los contratiempos, debo destacar un hecho importante en mi actividad académica vinculada al derecho administrativo, y es que varios meses antes de haber salido de Venezuela había reiniciado con entusiasmo, como siempre, mi aproximación general a la disciplina, aún cuando sin dejar de continuar mis trabajos y escritos en materia de derecho constitucional, que si bien podrían tener un reposo en países constitucionalmente estabilizados, es imposible dejarlos de lado en países con la convulsión institucional como la que tiene Venezuela, en proceso pro-

gresivo e intenso de demolición institucional. Aquél reinicio se materializó en la edición de los **dos** primeros tomos de mi obra **Derecho Administrativo**, la cual comenzó a salir a la luz por el generoso ofrecimiento que me hizo la Universidad Externado de Colombia de Bogotá, y en particular, el profesor Jaime Orlando Santofimio, director del Departamento de Derecho Administrativo de esa casa de Estudios, a quien de nuevo quiero muy especialmente agradecer su generosidad por la propuesta de publicar mi obra en Bogotá. Y así fue: salieron los dos primeros Tomos del Derecho Administrativo en diciembre de 2005, cuando yo ya me encontraba fuera de mi país. De entrada, ello ya significó que no hubiera podido estar presente en el lanzamiento de la obra en Caracas, aun cuando si pude participar en el acto organizado en Bogotá con tal motivo, a comienzos de 2006.

Tengo que recordar que hace 43 años (1964) apareció publicada en Caracas mi Tesis de Grado sobre **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana** (494 pp.), la cual, junto con el **Manual de Derecho Administrativo** del profesor Eloy Lares Martínez cuya primera edición se publicó ese mismo año -pero cada texto en su contexto y significado-, fue de las obras pioneras del derecho administrativo contemporáneo en el país. Ello fue lo que motivó que después de diez años de docencia e investigación, en 1975 yo hubiera pretendido iniciar la obra que en realidad ahora es que ha comenzado a ver la luz. En 1975, sin embargo, la Universidad Central de Venezuela editó el **Tomo I y único** (en su momento), de mi **Derecho Administrativo de la época** (463 pp.). En el mismo yo anunciaba un proyecto muy ambicioso, quizás demasiado como se me advirtió, de una obra de gran alcance que por la intensísima actividad académica que he tenido en los treinta largos años que han pasado, por supuesto no pude continuar.

Y quizás eso era lo que entonces tenía que suceder, tal como ocurrió, pero con la gran ventaja de que nunca es tarde para la labor creadora, y menos cuando se trata de actividades académicas que se realizan con gran entusiasmo, como es precisamente la nueva obra, que comenzó a editar la Universidad Externado de Colombia, que a pesar del mismo título que tiene respecto de lo publicado en 1975, es otra obra, pues es el resultado de una total reformulación del viejo y primigenio proyecto, de manera que ni siquiera el contenido del Tomo I de la obra editada en Bogotá en 2005 se asemeja a aquél Tomo I de 1975.

Debo recordar, para los que lo conocieron, que aquél **Tomo I del Derecho Administrativo** de 1975 estuvo destinado básicamente al estudio de lo que entonces califique como los **supuestos fundamentales del derecho administrativo**, particularmente referidos a los supuestos políticos y constitucionales; tema que era inagotable pues invadía los campos de las instituciones políticas y del derecho constitucional. Por ello, y ahora retrospectivamente lo reconozco, fue el mismo contenido de aquél Tomo I el que condicionó buena parte de mi actividad académica posterior, la cual culminó con la edición, más de veinte años después, en 1998, de mi obra sobre **Instituciones Políticas y Constitucionales**, que llegó a tener 7 tomos (4.589 pp.). Al concluir esa obra, yo mismo apunté, de nuevo equivocadamente como el tiempo lo demostró, que con aquellos trabajos supuestamente “cerraba un capítulo de la incursión de un administrativista en los predios de la ciencia política y del derecho constitucional”; agregando que tenía proyectado volver rápidamente a mi campo específico del derecho administrativo.

Pero de nuevo tampoco fue así, y por supuesto, de ello tampoco me arrepiento. No sólo no pude en ese momento volver a mis predios iniciales del derecho administrativo, sino que la propia crisis del sistema político venezolano de democracia de partidos que estalló paralelamente con la conclusión de aquella obra –y no debo dejar de confesar que ello lo presentía, como se puede apreciar de la reflexión que en ella hice, sobre el régimen político que concluía- (pp. 11-20, Tomo I); me llevó a seguir vinculado al tema constitucional. Ello me llevó a participar como constituyente en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, la cual por la abrumadora mayoría de los seguidores del entonces recién electo Presidente, en definitiva fue el instrumento utilizado para consumar el asalto al poder mediante un golpe de Estado constituyente, y diseñar el marco constitucional autoritario que hoy tenemos y que denuncié sistemáticamente desde su seno. Todo ello me llevó a posponer de nuevo la tarea anunciada, exigiéndome más bien profundizar el tema constitucional, lo que culminé con la edición de mi obra sobre **Derecho Constitucional Venezolano. La Constitución de 1999**, publicada en 2004 en 2 tomos (1.349 pp.).

Y con ello, ahora sí, sin dejar el campo del derecho constitucional, que necesariamente sigo trabajando, llegó el tiempo de retomar la tarea que por varias décadas había quedado pendiente, pospuesta e inconclusa, de seguir con la aproximación general al derecho administrativo

que ha comenzado a materializarse por el estímulo intelectual que significó la propuesta que me hizo el profesor Jaime Orlando de que fuera la Universidad Externado de Colombia la que editara la obra en Bogotá, producto de lo cual son los dos primeros tomos de los varios que tendrá, y en los que me encuentro trabajando ahora.

Vitalmente tengo que sacarle algo positivo al exilio, para no languidecer, y la clave está en el trabajo y el compromiso con una obra ambiciosa, propia de los que vivimos con la mira puesta en el largo alcance, así estemos vitalmente conscientes de que en cualquier momento la vida cesa. En todo caso, es una actitud vital que me hace sentir que las décadas de trabajo que ya han pasado y que muy intensamente hemos vivido, no son nada, y menos cuando a estas alturas uno todavía siente que tiene la vida por delante!

Para terminar esta Nota Explicativa, quiero de nuevo agradecer sinceramente la generosidad y amistad de tantos colegas, por las manifestaciones de solidaridad y apoyo que he recibido en esta nueva etapa de mi vida, y además, en especial, agradecer de nuevo a toda mi familia, que me ha apoyado tanto, en particular a Beatriz y a nuestros hijos Allan, Michelle y Eric. Además, agradecer a todas las personas que en una forma u otra me han ayudado y apoyan en mi actividad cotidiana, y especialmente a mis secretarias Arelis Torres y Francis Gil, quienes desde la distancia siempre están como si estuvieran a mi lado en mi oficina asistiéndome en mi trabajo. Francis, como siempre, ha hecho el levantamiento del texto de esta obra en la forma impecable como ella sabe hacerlo para su edición.

New York, septiembre 2007

PRIMERA PARTE
BASES CONSTITUCIONALES DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA*

Uno de los signos mas característicos del derecho administrativo en el mundo contemporáneo, es el de su progresiva constitucionalización y, a la vez, del derecho constitucional, el que las Constituciones hayan superado su tradicional contenido orgánico-dogmático relativo a la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales, y cada vez con mayor frecuencia hayan incorporado a su normativa, los principios básicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública y de la actividad administrativa del Estado.

Por ello, con razón, en el derecho público contemporáneo se puede hablar de la existencia de un marco constitucional del derecho administrativo, el cual, por ejemplo, en el derecho venezolano se conforma por los siguientes principios fundamentales insertos en la Constitución de 1999¹: en *primer lugar*, el principio de la legalidad, que en particular, se fundamenta en la supremacía constitucional, y los principios de la formación del derecho por grados y la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico; en *segundo*

* Documento inicialmente preparado para el IV Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 2/7 abril 2006. Publicado en *Derecho administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Ediciones Paredes, Tomo I, Caracas 2007.

1 V., en general sobre los principios fundamentales del derecho público (constitucional y administrativo) en la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, *Principios fundamentales del derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005; *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, Tomo I, Bogotá, 2006.

lugar, los principios relativos a la organización del Estado, a la distribución vertical del Poder Público y los que rigen las personas jurídicas estatales; en *tercer lugar*, los principios de la separación orgánica (horizontal) del Poder Público y el carácter inter-orgánico de la Administración Pública; en *cuarto lugar*, los principios relativos a las funciones del Estado, a su ejercicio interorgánico y a la función administrativa; en *quinto lugar*, los principios relativos al carácter interfuncional de los actos estatales, y a los actos administrativos; y en *sexto lugar*, el principio del control de la Administración Pública y la responsabilidad administrativa.

El marco constitucional del derecho administrativo está conformado por dichos principios, que analizamos a continuación.

I. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS Y LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que puede hablarse de tal derecho administrativo cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública están sometidos al derecho, y particularmente al derecho desarrollado para normar sus actuaciones.

El principio de legalidad es, por tanto, el primero de los principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados, como consecuencia de la concepción del Estado como Estado de derecho (Art. 2), que implica la necesaria sumisión de sus órganos al ordenamiento jurídico. Este, compuesto por la propia Constitución, que tiene aplicación directa como norma, por las leyes y además, por el conjunto de reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes².

El primer elemento del principio de la legalidad, por tanto, es el de la supremacía constitucional, que la Constitución regula en forma expresa, en el artículo 7, al disponer que "La Constitución es la norma

2 V., Antonio Moles Caubet, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

suprema y el fundamento el ordenamiento jurídico”, a la cual quedan sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público”³; constituyendo uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios, el “cumplir y acatar” la Constitución (Art. 131). Todos los órganos del Estado, por tanto, están sometidos a la Administración, y dentro de ellos, por supuesto, los que conforman la Administración Pública, a cuyo efecto, el artículo 137 de la propia Constitución dispone que “la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”; y el artículo 141, al precisar los principios que rigen la Administración Pública, dispone que esta debe actuar “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Por tanto, conforme a este principio de sumisión del Estado a la ley y al derecho, es decir, el principio de legalidad, todas las actividades de los órganos del Estado, y de sus autoridades y funcionarios, deben realizarse conforme a la Constitución y la ley, y dentro de los límites establecidos por las mismas. Ahora bien, en relación con el principio de legalidad, en el ordenamiento jurídico se distinguen siempre por una parte, las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior; y por la otra, las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, particularmente en aquellos sistemas con Constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y legislación ordinaria; y luego, entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior. Se trata del principio de la formación del derecho por grados, derivado de las ideas de Hans Kelsen sobre los sistemas jurídicos como una jerarquía de normas, lo cual permite determinar la relación jerárquica que exis-

3 Nos correspondió proponer en la Asamblea la consagración en forma expresa de dicho principio constitucional. V., Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 24.

te entre el conjunto normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento.⁴

Ello implica que en el análisis global del ordenamiento jurídico, se puede establecer una distinción entre aquéllos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes constitucionales, y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Estos son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución⁵.

Los primeros, es decir, los actos realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el texto fundamental, no teniendo competencia el Legislador para regularlas mediante leyes; los segundos, en cambio, son actos realizados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Los primeros por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidos al control de constitucionalidad a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Arts. 334, 336,2 y 4); los segundos, en cambio, están sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponden a las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la Casación en lo que concierne a la actividad judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a la Jurisdicción Conten-

4 H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

5 V., sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el orden constitucional venezolano Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1975, pp. 373 y ss.; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI (*Evolución Histórica del Estado*), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 107-117

cioso-Electoral (Arts. 259, 297) cuando se trata de actividades administrativas.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello se dice que esencialmente son de carácter sublegal, pues están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa y en su caso, a la Jurisdicción contencioso electoral.

De lo anterior resulta, que toda actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

En cuanto a los actos de gobierno, son dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales⁶, razón por la cual no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Tienen el mismo rango que la ley, y por ello, el control judicial sobre ellos es un control de constitucionalidad.

De lo anterior resulta, por tanto, que lo que constituyen las normas de derecho en relación con cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el Legislador, legalidad quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a

6 Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales", en *Revista de Derecho Público*, nº 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que los condicione, dando origen al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales (Jurisdicción constitucional)⁷.

Además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, o en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Aquí, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial o jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa)⁸, y por consiguiente, al derecho administrativo.

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad, es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. La Asamblea o el Parlamento

7 V., Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII (*La justicia constitucional*), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas,-San Cristóbal 1996; *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; "La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución" en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35-44; *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 75 y ss.

8 V., Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII (*La justicia contencioso administrativa*), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas,-San Cristóbal 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 127 y ss.

están sometidos a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado o de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido en general, a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la “legislación”, la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación a la actividad administrativa del Estado contemporáneo.

II. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO: LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

El derecho administrativo, como derecho que rige la organización y funcionamiento de la administración Pública, está condicionado por la concreta organización constitucional del Estado, pues de ella deriva que exista una Administración Pública, o múltiples Administraciones Públicas, personificadas o no.

En Venezuela, por ello, otro principio que condiciona al derecho administrativo en la Constitución de 1999, es el principio de la distribución territorial del Poder Público, que deriva de la forma federal del Estado, y que encuentra su expresión formal en el artículo 4 de la Constitución que precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 que decía que “La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución”.

A tal efecto, el artículo 136 de la Constitución de 1999, organiza al Estado con forma federal mediante un sistema de “división vertical”⁹ del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias

9 V., sentencia n° 355 de 11-5-2000, *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 342 y ss.

exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos¹⁰.

En todo caso, “los términos consagrados por la Constitución” (Art. 4) relativos a la forma de Estado federal descentralizado, son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación. En la Constitución de 1999, en todo caso, y salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961¹¹, habiéndose sólo constitucionalizado, en realidad, aspectos que ya se habían establecido en la

-
- 10 V., en general, sobre el Poder Público y la forma federal del Estado; Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 138, Año LXVIII, enero-diciembre 2001, Caracas 2002, pp. 313-359; y publicado también en *Provincia. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, Número 7, julio-diciembre 2001, II Etapa, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Universidad de los Andes, Mérida, 2001, pp. 7-92; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999” en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 107-136; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos”, en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Monteávila*, n° 2 (abril), Caracas, 2001, pp. 135-150.
- 11 V., por ejemplo, Rafael J. Chavero Gazdik, “La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)”, en *Revista de Derecho Público*, n° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 29-39. V., en general, sobre la forma del Estado como “Federación Descentralizada”, Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, op. cit., pp. 122-144; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 158 y ss.; María V. Espina y Ornella Bernabei Zaccaro, “Nueva estructura del Estado venezolano”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 65-116; César A. Loaiza Moyetones, “Determinación analítica del concepto de Estado”, en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I, Universidad Santa María, Caracas, pp. 25-84. Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 182 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 2001, pp. 42 y ss., 121 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 67-68.

Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, los cuales, además, ya tenían rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los Estados de competencias del Poder Nacional¹².

La distribución territorial o vertical del poder, en todo caso, implica autonomía territorial, y sobre ello, la Constitución de 1999, dispone que los Estados son "entidades políticas autónomas en lo político" (Art. 159); y que los Municipios gozan de "autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley" (Art. 168). A tal efecto, la Constitución establece los principios generales de la organización del Poder Público Estatal, conforme al principio de separación orgánica en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Consejos Legislativos Estadales cuyos miembros son electos por votación popular directa y secreta; y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989 (Arts. 160; 162). Además en la Constitución se prevé un órgano del Poder Público estatal con autonomía funcional, que es la Contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como Poder Contralor (Art. 163). En igual sentido, respecto de los Municipios también se establecen los principios generales de la organización del Poder Público Municipal, conforme al principio de separación orgánica en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Consejos Municipales cuyos miembros son electos por votación popular directa y secreta; y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Alcaldes (Art. 174), cuya elección se estableció a partir de 1989. Además en la Constitución se prevé un órgano del Poder Público municipal con autonomía funcional, que es la Contraloría municipal (Art. 176).

La consecuencia de lo anterior, es que en el ordenamiento constitucional venezolano, el principio de la distribución vertical del Poder Público conduce a la existencia de tres niveles autónomos de Administración Pública: la Administración Pública Nacional, la Administración Pública Estatal (Gobernaciones) y la Administración Pública

12 V., Carlos Ayala Corao, "Naturaleza y alcance de la descentralización estatal" en Allan R. Brewer-Carías et al, *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 99 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios n° 53, Caracas, 1999, pp. 122 y ss.

Municipal (Alcaldías), cada una integrada en una persona jurídica estatal distinta: la República, los Estados y los Municipios, respectivamente.

En efecto, la consecuencia del principio de la distribución vertical del poder público es que el Estado esta conformado por diversas entidades político-territoriales que actualizan la personalidad jurídica del Estado. El Estado, por tanto, en el ámbito interno no es una persona jurídica, sino que esta conformado por un conjunto de personas jurídicas que son las personas jurídicas estatales.

En consecuencia, en Venezuela, tratándose de un Estado con forma federal, conforme al cual “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” (Art. 136 de la Constitución), el “Estado” está básicamente conformado por un conjunto de personas jurídicas que conforman la organización política en el territorio como son la República, los estados y los municipios, y por otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional.

El Estado, por tanto, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno; lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad y que son las personas jurídicas estatales las cuales en definitiva, conforman el Estado. Estas personas jurídicas estatales, como sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, son las que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque en definitiva, son las que establecen las relaciones jurídico-administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados.

Las personas jurídicas estatales, sin embargo, no tienen una sola forma jurídica, sino que pueden tener la forma jurídica de derecho público o la forma jurídica de derecho privado, según se constituyan mediante mecanismos de derecho público regulados en la propia Constitución o en las leyes o mediante los mecanismos regulados en el derecho privado, particularmente en el Código Civil. En el derecho público venezolano, por tanto, hay dos clasificaciones de las personas jurídicas: las personas estatales y no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado o sector público; y las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, según la for-

ma jurídica adoptada para su creación¹³; clasificaciones que han sido acogidas por la Constitución de 1999¹⁴.

En efecto, el artículo 145 de la Constitución, establece la inhabilitación de los funcionarios públicos para celebrar contratos con entes que conforman el sector público, que abarca los municipios, los Estados, la República “y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales”. De esta norma, interesa destacar la doble distinción señalada que en ella se establece respecto de las personas jurídicas: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales. La prohibición de contratar que se impone a los funcionarios públicos, por supuesto, es con las personas jurídicas estatales, cualquiera que sea la forma jurídica que tengan, de derecho público o de derecho privado.

Estas dos clasificaciones o distinciones respecto de las personas jurídicas se recogen, además, en otras normas constitucionales: En cuanto a las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, en el artículo 322 de la Constitución, cuando al señalar que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, indica que aquélla se fundamenta en el desarrollo integral de

13 V., sobre estas clasificaciones, Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n° 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 223 a 248.

14 V., nuestra propuesta para incorporar en el texto de la Constitución estas clasificaciones y la terminología sobre personas jurídicas estatales y personas jurídicas de derecho público, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, *op cit.* pp. 169 y ss. Sobre la distinción en la Constitución, V., Allan R. Brewer-Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp.48-54; y “El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999 en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas, 2003, pp. 99-121.

la Nación y que su defensa es responsabilidad de los venezolanos y de las "personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado" que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Por otra parte, en los artículos 159 y 168, en los cuales se determina expresamente la *personalidad jurídica* respecto de los estados y municipios como personas jurídicas de derecho público territoriales; en los artículos 142 y 189,1, en los cuales se regula a los *institutos autónomos* como personas jurídicas de derecho público institucionales; y el artículo 318, el cual califica expresamente al Banco Central de Venezuela como "*persona jurídica de derecho público*".

En cuanto a la integración de las personas jurídicas a la organización general del Estado o al sector público, es decir, a las personas jurídicas estatales, el artículo 190, al regular las incompatibilidades de los diputados a la Asamblea Nacional, precisa, entre otros aspectos, dispone que los mismos no pueden ser propietarios, administradores o directores de empresas "que contraten con *personas jurídicas estatales*". Por otra parte, en el artículo 180, al regular la inmunidad tributaria de los entes o personas jurídicas político-territoriales (República, estados y municipios) entre sí, se señala que la inmunidad frente a la potestad impositiva de los municipios a favor de los demás entes político territoriales "se extiende sólo a *las personas jurídicas estatales* creadas por ellos". Además, el artículo 289, al regular las atribuciones de la Contraloría General de la República, precisa la competencia de este órgano para realizar inspecciones y fiscalizaciones respecto de "*las personas jurídicas del sector público*".

De toda esta normativa constitucional deriva, por tanto, como ya hemos señalado, que la expresión genérica de "Estado" comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización política del Estado federal se consideran como parte del mismo, conforme a los tres niveles de distribución territorial del Poder Público: nacional, estatal y municipal.

Se establecen así, en la Constitución, como hemos indicado, dos clasificaciones respecto de las personas jurídicas. La *primera*, que distingue entre las personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la *segunda*, que distingue según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas,

entre personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (*empresas del Estado, o empresas públicas* conforme las denominan los artículos 189,1 y 184,4, respectivamente, de la Constitución).

III. LA SEPARACIÓN ORGÁNICA (HORIZONTAL) DEL PODER PÚBLICO Y EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El tercer principio constitucional que condiciona el derecho administrativo en Venezuela, es el de la penta división horizontal o separación orgánica de poderes, que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral.

La Constitución de 1999, en efecto, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional, al hacerlo entre cinco Poderes, agregando a los tradicionales Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, dos nuevos, los Poderes Ciudadano y Electoral. Por tanto, en el nivel nacional se distinguen cinco ramas del Poder Público: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado "Ejecutivo Nacional"; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas.

En esta forma, la otrora clásica división del poder en la ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, se había roto en el constitucionalismo moderno desde el Siglo XX, de manera que en general, el Poder Público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido

constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que en el caso de Venezuela, ahora han sido erigidos en ramas formales del Poder Público¹⁵. Es el caso del Poder Ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (Art. 273), como la Contraloría General de la República (Art. 267); el Ministerio Público: (Art. 284) y la Defensoría del Pueblo (Art. 280); y del Poder Electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (Art. 293). En la Constitución de 1999, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose ahora las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (Art. 267).

Pero el principio de la separación orgánica de poderes en forma horizontal, no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estatales y municipales. En los Estados de la Federación, en efecto, como se ha dicho, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, conformados por los Consejos Legislativos de los Estados y por sus Gobernadores (Arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública estatal está integrada, en principio, en las Gobernaciones de Estado. En los Estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (Art. 163), que ejercen el Poder Estatal aún cuando la Constitución no los califique como tal Poder, que son las Contralorías estatales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estatal, aún cuando por supuesto, no forman parte de la Administración Pública *Central* de los Estados la cual depende de las Gobernaciones estatales.

Además, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los Poderes Legislativo y Eje-

15 Conforme lo ha señalado la sentencia n° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz) de 13-12-2004, la "redistribución orgánica del Poder Público" que establece la Constitución obedece, "según la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, a la necesidad de otorgar independencia y autonomía funcional a los órganos que están encargados de desarrollar determinadas competencias, especialmente las de ejecución de "procesos electorales, así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos". V., en *Gaceta Oficial* n° 38.120 de 02-02-2005.

cutivo locales, conformados, respectivamente, por los Concejos Municipales, como órganos colegiados que ejercen la función normativa (legislativa) a nivel local; y los Alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (Arts. 174 y 175)¹⁶. A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública *central* como complejo orgánico depende de los Alcaldes. Pero debe indicarse, que también en el nivel de los Municipios, la Constitución establece las Contralorías municipales, como órganos de control, vigilancia y fiscalización, que por ello gozan de autonomía funcional (Art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aún cuando por supuesto, no forman parte de la Administración Pública *Central* de los Municipios la cual depende de las Alcaldías.

En el ámbito municipal, además, se pueden identificar también como parte integrante de la Administración municipal que depende del Alcalde, a los Jueces de Paz, que si bien son de elección popular organizada por el Poder Electoral, se integran en la estructura organizativa administrativa del Municipio¹⁷, aún cuando ejerciendo funciones jurisdiccionales¹⁸.

La separación orgánica de poderes, sin embargo, no origina un solo grupo de órganos que conforman la Administración Pública y que serían los que ejercen el Poder Ejecutivo, la Administración Pública, en

16 Conforme lo ha señalado la sentencia n° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz) de 13-12-2004, la Constitución de 1999 "precisó el ámbito de competencias tradicionales entre el Poder Legislativo -Concejo Municipal- y el Poder Ejecutivo -Alcalde- en el nivel municipal, y *afianzó considerablemente la diferenciación funcional* que, entre ambos poderes existía en la legislación preconstitucional, concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal". V., en *Gaceta Oficial* n° 38.120 de 02-02-2005.

17 Como lo ha dicho la sentencia n° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz) de 13-12-2004, "la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz -no así del procedimiento de elección de sus jueces- es competencia exclusiva del Municipio, bien a través de la ejecución y administración que corresponda al Alcalde (artículos 174 y 175 de la Constitución)". V., en *Gaceta Oficial* n° 38.120 de 02-02-2005

18 Sentencia de la Sala Constitucional de 05-10-de 2000 (caso *Héctor Luis Quintero*), citada en sentencia n° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz) de 13-12-2004, en *Gaceta Oficial* n° 38.120 de 02-02-2005

Venezuela, en realidad, tiene en la Constitución de 1999, un carácter interorgánico, en el sentido de que, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás Poderes del Estado. Hay ciertamente una Administración Pública que se configura organizativamente hablando en el "Ejecutivo Nacional" (Administración Pública Central), pero la misma no agota dicho complejo orgánico en el Estado venezolano.

El Estado venezolano, en efecto y como se ha dicho, está constitucionalmente configurado como un Estado Federal (artículo 2 de la Constitución), en el cual se distinguen tres niveles de organización política: el nivel nacional, que corresponde a la República; el nivel estatal, que corresponde a los Estados miembros de la Federación; y el nivel municipal, que corresponde a los Municipios.

En cada uno de estos tres niveles políticos existe una "Administración Pública central" (nacional, estatal y municipal), que ejerce el Poder Ejecutivo, siendo ésta, el instrumento por excelencia de la acción política del Estado. Como instrumento, está compuesto por un conjunto de órganos e instituciones que le sirven para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos.

Pero como se ha dicho anteriormente, no toda "Administración Pública" del Estado es "Administración Pública central", en el sentido de que no sólo los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en los tres niveles político-territoriales o los que gozan de autonomía fundamental en virtud de disposiciones constitucionales, monopolizan, orgánicamente, a la Administración Pública del Estado.

Las diversas ramas de los Poderes del Estado en sus diversos niveles tienen su propia Administración Pública. Así, en el nivel nacional (Poder Nacional), hay una separación clara entre cinco grupo de órganos de la República: los órganos legislativos (Asamblea Nacional), los órganos ejecutivos (Presidente de la República, Ministerios, etc.), los órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia, Tribunales), los órganos de control (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo), y los órganos electorales (Consejo Nacional Electoral); y cada uno de estos órganos tiene su propia Administración Pública: los servicios administrativos de la Asamblea Nacional, la Administración de la justicia (Dirección

Ejecutiva de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, la Administración Electoral, y la Administración Pública Central que en principio corresponde a los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa nacional está en los órganos ejecutivos, en la "Administración Pública Nacional" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el Poder Ejecutivo Nacional, en cuyo vértice está el Presidente de la República.

Por su parte, en el nivel estatal (Poder de los Estados), hay una clara y precisa separación entre tres grupos de órganos en cada Estado: los órganos legislativos (Consejos Legislativos), los órganos ejecutivos (Gobernadores y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (Contraloría estatal); y cada uno de estos órganos tiene su propia administración: la administración de los Consejos Legislativos, la "Administración Pública central" que en principio corresponde a los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, y la Administración contralora. Así, puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa estatal está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública Estatal" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el Poder Ejecutivo de los Estados, en cuyo vértice están los Gobernadores.

Por último, en el nivel municipal (Poder Municipal), también hay una clara y neta separación legal entre tres grupos de órganos en cada municipio: los órganos legislativos (Concejos Municipales), los órganos ejecutivos (Alcaldes y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (Contralorías municipales); y cada uno de esos órganos tiene su propia administración: la administración de los Concejos Municipales como órganos colegiados, la "Administración Pública central" que en principio corresponde a los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo municipal y la Administración contralora. Así puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa municipal está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública Municipal" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el Poder Ejecutivo Municipal, en cuyo vértice están los Alcaldes.

Por tanto, la Organización Administrativa del Estado no se agota, por ejemplo, a nivel nacional, en el ámbito de la "Administración Pública Nacional central" que ejerce el Poder Ejecutivo, pues existen órganos administrativos que derivan de la nueva separación orgánica

de poderes que ha establecido la Constitución de 1999, regularizando así la existencia de órganos del Estado con autonomía funcional que en la Constitución de 1961 existían (Consejo de la Judicatura, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República) y que no encuadraban en la clásica trilogía de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, ni dentro de los órganos que ejercían el Poder Legislativo, ni dentro de los órganos que ejercían el Poder Ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercían el Poder Judicial, y que sin embargo, formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado, y en general, de lo que siempre se ha conocido como Administración Pública Nacional.

La situación anterior es la que ha sido precisamente regularizada constitucionalmente con las previsiones de la Constitución de 1999, de la cual se deriva que en ejercicio de las respectivas ramas del Poder Público, además de los órganos de la Administración Pública central que ejercen el Poder Ejecutivo, también configuran la Administración Pública del Estado, los órganos de la Asamblea Nacional que ejercen funciones administrativas en ejercicio del Poder Legislativo, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que ejerce el poder Judicial, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y los órganos que ejercen el Poder Electoral.

Por ello, la Constitución de 1999 contiene un extenso Título IV relativo al "Poder Público", cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el Poder Público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (Poder Municipal, Poder Estatal y Poder Nacional); y, en el nivel Nacional, en su distribución horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral)¹⁹. Y en el Capítulo I (Disposiciones fundamentales), de dicho Título IV relativo al Poder Público, se regularon todos los principios fundamentales sobre la Administración Pública relativos a la organización administrativa (artículos 236, ordinal 20) y a la administración descentralizada funcionalmente (artículos 142, 300); a de la actuación administrativa (Art. 141); a la función pública (artículos 145 a 149) y su responsabilidad, (Art. 139); a los bienes públicos (artículos 12, 181 y 304); a la información administrativa (Art. 143), a la contratación administrati-

19 V., nuestra propuesta sobre este título en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente* (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II, (9 Sept.-17 Oct. 1999), Caracas 1999, pp. 159 y ss.

va (Arts. 150 y 151), a la responsabilidad patrimonial del Estado (Art. 140); y al régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (Art. 62), como político (Art. 66), fiscal (Art. 287) y de gestión (Art. 315). De allí que lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el Poder Público y que pueden considerarse como tal "Administración Pública".

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del Poder Público (Nacional, Estadal y Municipal) que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las "Administraciones Públicas" *ejecutivas* de la República (administración pública nacional), de los Estados (administración pública estadal), de los Municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los Distritos Metropolitanos cuyos órganos ejercen el Poder Municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público, no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública *ejecutiva* (que ejercen el Poder Ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los Poderes Públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda, son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del Título IV de la Constitución, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del Po-

der Judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial²⁰.

En efecto, como se ha dicho, a nivel nacional, a partir de la Constitución de 1961, ya habían comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo Nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como persona político-territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, también denominado Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura; y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que formaban parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaban parte del Ejecutivo Nacional ni de la Administración Pública Central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia fue la que se consolidó en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del Poder Público, agregándose a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (Art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el Poder Electoral, como el Consejo Nacional Electoral. Igualmente, también puede considerarse que son órganos de la Administración Pública Nacional, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia. Todos esos órganos conforman la Administración Pública Nacional, aún cuando por supuesto, no la Administración Pública *Central* cuyos órganos son los que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional.

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, en todo caso, se ha dictado la Ley Orgánica de

20 V., en general, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1994, pp. 11 y 53.

la Administración Pública²¹, cuyas disposiciones son básicamente “aplicables a la Administración Pública Nacional” (Art. 2). La Ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración Pública que conforman los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional y aquéllos que conforman la Administración Pública Nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del Poder Público Nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica sólo se les aplican “supletoriamente” (Art. 2). En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los Poderes Públicos que derivan de la distribución territorial del Poder Público, conforme al artículo 2 de la LOAP “los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

IV. LAS FUNCIONES DEL ESTADO, SU EJERCICIO INTERORGÁNICO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Anteriormente nos hemos referido al marco constitucional del derecho administrativo que deriva de los principios de la distribución vertical y de la separación orgánica del Poder Público en las diversas ramas territoriales. Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 136 de la Constitución “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

21 *Gaceta Oficial* n° 37.305 de 17-10-2001. Esta Ley Orgánica sólo derogó expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante Decreto-Ley n° 369 de 14-9-99, en *Gaceta Oficial* n° 36.850 de 14-12-99.

La asignación de funciones propias, por tanto, no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica. Por tanto, todos los órganos del Estado, en una u otra forma ejercen todas las funciones del Estado, lo que conduce al principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, que se configura como otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo.

Es decir, la división de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la "separación" de las funciones estatales²², por lo que el hecho de que exista una separación orgánica "de poderes" no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, ya que paralelamente a las "funciones propias" de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales²³. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza²⁴.

Ahora bien, en la expresión constitucional, por "función" ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la

22 V., por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal (CF) de 19-6-53, en *Gaceta Forense (GF)* n° 1, 1953, p. 77; y sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sala Político Administrativa (SPA) de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en *GF* n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en *GF* n° 65, 1969, pp. 70 y ss.

23 V., la sentencia de la antigua CF de 19-6-53, en *GF* n° 1, 1953, p. 77; y la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación (CFC) en Sala Político-Administrativa (SPA) de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, p. 116.

24 V., la sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y 117.

actividad estatal²⁵; y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado²⁶.

En el mundo contemporáneo estas funciones como tareas inherentes a los órganos del Estado pueden reducirse a las siguientes: la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse todas las actividades del Estado. Estas funciones, realizadas en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, sin embargo, como se dijo, no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales.

Así, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general²⁷. La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional, al sancionar las leyes (Art. 203), se realiza también por otros órganos del Poder Público incluso con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley habilitante la Asamblea Nacional delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley (Art. 236,8), sin duda ejerce la función normativa; e igualmente, cuando reglamenta las leyes (Art. 236,10). Igualmente el Tribunal Supremo de Justicia también ejerce la función normativa cuando di-

25 V., Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 105.

26 El carácter flexible, no rígido ni absoluto, del principio en su aplicación en Venezuela, ha sido destacado repetidamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En particular, Sentencias de la CFC en SPA de 23-2-50 en GF, n° 4, 1950, pp. 84 a 39; de la CFC en CP de 26-5-51 en GF, n° 8, 1952, p. 114; y Sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63 en GF, n° 41, 1963, pp. 117-118; de 27-5-68 en GF, n° 60, 1969, pp. 115 a 118; de 22-4-69 en GF, n° 64, 1969, pp. 5 a 15; de 9-7-69, en GF, n° 65, 1969, pp. 70 a 74; y de 1-6-72, en *Gaceta Oficial (G.O.)*, n° 1.523, extraordinario, de 1-6-72, p. 9. V., además, Allan-R. Brewer-Carías, "Algunas bases del Derecho Público en la jurisprudencia Venezolana", en *RFD*, n° 27, 1963, pp. 143 y 144. Las referencias jurisprudenciales pueden también consultarse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973) y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, (El ordenamiento constitucional y funcional del Estado), Caracas, 1975, pp. 147 y ss.

27 V., la sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en GF n° 41, 1963, p. 116.

cta los reglamentos necesarios a los efectos de asegurar la dirección y gobierno del Poder Judicial (Art. 267)²⁸. Igualmente, ejercen la función normativa, los órganos del Poder Ciudadano cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad²⁹, al igual que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, cuando reglamenta las leyes electorales (Art. 293,1)³⁰.

La función normativa, por tanto, si bien es una "función propia" de la Asamblea Nacional, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea Nacional es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados leyes. Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, a excepción de los decretos leyes habilitados (dictados por el Presidente de la República una vez que se ha dictado la ley habilitante) lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales, y siempre bajo el condicionamiento de las leyes y nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal. Sin embargo, los decretos-leyes habilitados que puede dictar el Presidente de la República, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene, puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como jefe del Estado, es decir, como jefe del

28 V., por ejemplo, Art. 6, párrafo 1,10,12, *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 19-05-2004.

29 Artículos 3; 14,2; y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; Artículos 29; 20; 34; 36; 40; 43; 46 y 51 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

30 Además, artículos 32 y 29 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

Gobierno de la República³¹, dirigiendo la acción de gobierno (Arts. 226; 236,2). A través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (Arts. 236,4,9,20). También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de excepción, y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a pesar de que la Constitución dispuso que una Ley Orgánica deba regular la materia (Art. 338)³². La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en esta forma, realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política y la función administrativa³³. La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (Art. 338), no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado³⁴. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que

31 Aun cuando en algunos casos podría no haber coincidencia, podría decirse que, en general, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones de jefe del Estado en ejercicio de la función política, y de jefe del Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función administrativa.

32 V., la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley n° 32), G.O. n° 37.261 de 15-08-2001.

33 La distinción entre "gobierno y administración" es comúnmente empleada por la Constitución, por ejemplo, artículos, 21, 27, 30 y 191.

34 El legislador, por ejemplo, no podría limitar las atribuciones del Presidente de convocar a la Asamblea nacional a sesiones extraordinarias.

la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sub-legal³⁵.

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley³⁶, sea mediante leyes³⁷. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función política mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea nacional.

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República, pero aquí también ello no implica una atribución exclu-

35 Sobre la distinción entre los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución o en ejecución directa de la ley, *V.*, la sentencia de la CSJ en SPA de 13-2-68, en *GF* n° 59, 1969, p. 85. En todo caso, una cosa es atribuir a la función política rango legal y otra es atribuirle "naturaleza legislativa". El decreto de restricción de garantías constitucionales, por ejemplo, tiene rango legal, por cuanto puede "restringir" temporalmente la vigencia de una ley, lo que implica que la modifique ni la derogue. Si la derogara, el acto tendría "naturaleza legislativa". Sobre esta confusión, *V.*, en *Doctrina PGR*, 1971, Caracas 1972, p. 189.

36 Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para salir del territorio nacional. Art. 187,17 de la Constitución; o cuando reserva al Estado determinadas industrias o servicios, Art. 302.

37 La ley que decreta una amnistía, por ejemplo. Art. 186,5 de la Constitución.

siva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo³⁸, realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia³⁹, y la Asamblea Nacional también participa en la función jurisdiccional, cuando por ejemplo, autorizan el enjuiciamiento del Presidente de la República (Art. 266,2). Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (Art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias. Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar la "función judicial" (función jurisdiccional ejercida por los tribunales). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

Además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, supervisan y velan por la regularidad

38 V., la sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en GF n° 41, 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en GF n° 60, 1969, pp. 115 y 118; y de 9-7-69, en GF n° 65, 1969, pp. 70 y ss.

39 Cuando la Administración decide, por ejemplo, la oposición a una solicitud de registro de marca de fábrica, conforme a la Ley de Propiedad Industrial, G.O. n° 25.227 de 10-12-1956; o cuando decide la oposición a una solicitud de otorgamiento de una concesión de explotación forestal, conforme a la Ley Forestal, de Suelos y Aguas (Art. 6), en G.O. n° 997, Extr., de 8-1-66.

del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional. En efecto, la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo ejerce la función de control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos (Art. 187,3; 222); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública (Art. 226) y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, ejerce el control de las actividades de los órganos subordinados (Art. 293) , de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos (Art. 293); y el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado (Art. 259; 336).

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral. La función de control, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función de conducción del gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional) y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), el Estado ejerce la función adminis-

trativa, a través de la cual entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público⁴⁰. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa)⁴¹.

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares⁴², como sujeto de Derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, como se ha dicho, se concrete en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con la función normativa, política y jurisdiccional, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder

40 V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, "no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo". V., el "Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo", en *Scritti Minori*, Milano 1950, p. 363, cit., por J M. Boquera Oliver, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1972, p. 59. "Cuando el Estado juzga -señala J. González Pérez-, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho... cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico". V., en *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1966, Tomo II, p. 37.

41 En este sentido, antigua la Corte Suprema ha señalado al referirse a la función administrativa, que en ella el Estado "no realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa...". V., las sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en GF n° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27-5-68, en GF n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; de 9-7-69 en GF n° 65, 1969, pp. 70 y ss. En estas sentencias, sin embargo, como veremos, la Corte confunde la función estatal con el acto estatal.

42 V., la sentencia de la CSJ en SPA de 13-3-67, en GF n° 55, 1968, p. 107.

Público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos y electorales, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa⁴³, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o el Poder Ciudadano realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones⁴⁴. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos ejecutivos y electorales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen en el ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo en todo caso carácter sublegal.

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El Poder Público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e

43 V., la sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en GF n° 41, 1963, pp. 116 y 117; y de 27-5-68, en GF n° 60, 1969, p. 115.

44 V., además, Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la impugnación de los Actos de Registro en la vía contencioso-administrativa" en libro *Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza*, Caracas, 1975.

inherentes al Estado⁴⁵. La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que a nivel de cada una de las cinco ramas del Poder Público nacional (o de las dos ramas de los poderes públicos estatales y municipales), si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos, en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos nacionales, estatales y municipales⁴⁶; órganos ejecutivos nacionales, estatales y municipales; órganos de control nacionales, estatales y municipales; y órganos judiciales y electorales exclusivamente nacionales; pero las funciones normativas, política, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica:

De allí que como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional venezolano, puede afirmarse que la "división del Poder" no coincide exactamente con la "separación de funciones".⁴⁷ Por ello, no sólo en múltiples

45 V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 105 y ss.

46 V., por ejemplo, Sentencia de la CSJ en SPA de 14-3-62 en GF, n° 35, 1962, pp. 177 y ss.

47 En tal sentido, expresamente se pronunció la antigua Corte Suprema en varias oportunidades. V., por ejemplo, la Sentencia de la CF de 19-6-53 en GF n° 1, 1953, p. 77; Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en GF n° 41 1963 pp: 116 y 117; Sentencia de la CSJ en SPA de 27-5-63 en GF, n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y Sentencia de la CSJ en SPA de 9-7-69 en GF, n° 65, 1969, pp. 70 y ss.

oportunidades los órganos del Estado, además de sus "funciones propias" ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros.

V. LOS ACTOS ESTATALES, SU CARÁCTER INTERFUNCIONAL Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De lo anteriormente dicho sobre el principio del carácter interorgánico del ejercicio de las funciones estatales resulta, como se ha dicho, que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones.

Pero, en el ordenamiento jurídico venezolano, tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo, conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal⁴⁸. Ello conlleva a otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo que es el del carácter interfuncional de los actos estatales.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado en Venezuela a través de su órgano legislativo (Asamblea Nacional), de su órgano ejecutivo (Presidente de la República), o de sus órganos judiciales (Tribunales), de los órganos

48 La distinción entre funciones del Estado que la doctrina ha realizado, muchas veces se confunde al querer identificar un tipo de acto jurídico estatal con la función ejercida por el Estado. V., Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, pp. 91 y ss. Nosotros mismos hemos incurrido en esta confusión: V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 108 y ss. En igual confusión incurrió la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia. V., las sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en GF n° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27-5-68, en GF n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en GF n° 65, 1969, pp. 70 y ss. Asimismo, en Venezuela, a pesar de su intento de "distinguir" actividad de función, Gonzalo Pérez Luciani incurre en igual confusión al afirmar que "la actividad que tomada globalmente sea relevante jurídicamente se puede decir que es una función", en "Actos administrativos que en Venezuela escapan al Recurso Contencioso-Administrativo", *Revista de la facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1967-1968 n° 6, p. 196.

del Poder Ciudadano (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de los órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

En cuanto a la función política, la ejerce el Estado a través de su órgano legislativo (Asamblea Nacional) y de su órgano ejecutivo (Presidente de la República).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

La función de control la ejerce el Estado en Venezuela a través de su órgano legislativo (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (Tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de su órgano electoral (Consejo Nacional Electoral).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de su órgano electoral (Consejo Nacional Electoral), de su órgano legislativo (Asamblea Nacional), de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia) y de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República)

Consecuencialmente, de lo anterior no puede deducirse que todo acto realizado en ejercicio de la función normativa, sea un acto legislativo; que todo acto realizado en ejercicio de la función política, sea un acto de gobierno; que todo acto realizado en ejercicio de la función jurisdiccional, sea un acto judicial; que todo acto realizado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto realizado en ejercicio de la función administrativa, sea también un acto administrativo.

Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

En efecto, tal como hemos señalado, la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, política, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos

que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función normativa, es decir, crea normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legisladores, dicta *leyes* (Art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,19). Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo. Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función política, es decir, interviene en la formulación de las políticas nacionales, lo hace a través de *leyes* (Art. 303) o a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,10). En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la Asamblea Nacional concretiza su acción a través de un *acto parlamentario sin forma de ley* (Art. 266,2). Cuando la Asamblea Nacional ejerce sus funciones de control del Gobierno y de la Administración Pública también dicta *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,3). Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por la Asamblea Nacional, ella puede concretarse en *leyes* (187,9)⁴⁹, *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,12) o *actos administrativos* (Art. 187,22).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realiza la función normativa, ésta se concretiza en *decretos-leyes* y *reglamentos (actos administrativos de efectos generales)* (Art. 236,10; 266,5). En este caso de los *decretos-leyes*, estos pueden ser *decretos leyes* delegados dictados en virtud de una habilitación legislativa (Art. 203; 236,8); *decretos leyes* de organización ministerial (Art. 236,20) y *decretos leyes* de estados de excepción (Art. 236,7). En todos estos casos de decretos leyes, si bien todos son objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (leyes habilitantes o leyes orgánicas) autorizadas en la Constitución; los mismos tienen rango y valor de ley. Pero el Presidente de la República también realiza la función política, al dictar *actos de gobierno*, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 236, ordinales 2, 4, 5, 6, 19, 21). En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrati-

49 En el pasado, por ejemplo, eran las leyes aprobatorias de contratos estatales conforme al artículo 126 de la Constitución de 1961.

vos por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Presidente de la República, como jefe del Estado, "en cuya condición dirige la acción de Gobierno" (Art. 226); y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes.

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Presidente de la República, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución⁵⁰, en principio está reservado a la Asamblea Nacional; aún cuando esta pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el Presidente de la República mediante una ley habilitante (Art. 203), en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante decretos leyes habilitados (Art. 236,8) es un acto legislativo, aún cuando delegado. En esta forma, el criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por la Asamblea Nacional como el dictado por delegación por el Presidente de la República) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos, en que estos se dictan en todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sublegal, es decir, se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente es-

50 La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa en cumplimiento de atribuciones directamente establecidas en la Constitución (Art. 187,1; 203). En el solo caso de las leyes especiales que han de someterse a las leyes orgánicas pre-existentes (Art. 203) podría decirse que hay condicionamiento legislativo de la propia actividad legislativa. En igual sentido, los decretos-leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la función normativa, están condicionados por la ley habilitante o de delegación (Art. 236,8).

tablecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución⁵¹. Pero además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, *actos administrativos* (Art. 259; 266,5).

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales),⁵² cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial (Art. 267), dicta *actos administrativos*; y cuando ejerce la función jurisdiccional, dicta *actos judiciales (sentencias)* (Art. 266, 336). El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y del acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los Tribunales de la República, en tanto que el acto legislativo está reservado a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarlo en el Presidente de la República (leyes habilitantes) y el acto de gobierno está reservada al Presidente de la República⁵³; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al crite-

51 En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

52 Los reglamentos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Art. 6, Párrafo 1,10,12.

53 Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarla en el ejecutivo Nacional) y judiciales (reservada a los Tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

rio orgánico y a otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, el acto judicial está reservado a los tribunales, con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ciudadano realizan la función de control (Art. 274; 281; 289), la función normativa y la función administrativa, la misma se concreta en *actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares* (Art. 259; 266,5). Igualmente, cuando los órganos que ejercen el Poder Electoral realizan la función normativa (Art. 293,1), dictan *actos administrativos de efectos generales (reglamentos)* (Art. 293,1); y cuando realizan la función administrativa (Art. 293,3) y de control (Art. 293,9), la misma se concreta en *actos administrativos* (Art. 259; 266,5).

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); el ejercicio de la función política, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la función de control, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la función administrativa, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las leyes sólo emanan de la Asamblea Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los actos de gobierno emanan del Presidente de la República, actuando en ejercicio de la función política; que los decretos-leyes emanan también del Presidente en ejercicio de la función normativa; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; y que los actos judiciales (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional. En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejerci-

cio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por la Asamblea nacional; los actos de gobierno por el Presidente de la República; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública Central) cuando actúan, en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el Poder Electoral actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los decretos-leyes, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

VI. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico venezolano no hay actos estatales excluidos de control. De allí que dentro del marco constitucional del derecho administrativo también se identifique el de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del Poder Judicial.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, acción de amparo, recursos de revisión, recurso de casación), los demás actos estatales, están sujetos al control judicial por parte de los jueces competentes

para ejercer tanto la justicia constitucional como la justicia administrativa.

En cuanto al sistema de justicia constitucional, en Venezuela está concebido como un sistema mixto, en el cual el control difuso de la constitucionalidad está atribuido a todos los tribunales de la República (Art. 334), y el sistema concentrado, con relación a las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, está atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 336)⁵⁴, la cual tiene poderes anulatorios en la materia con efectos *erga omnes*.

Ahora bien, para asegurar la sumisión de los reglamentos y demás actos administrativos al derecho, conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de Derecho y a la tradición constitucional que se inicia en 1925 y se consolida en la Constitución de 1961, la Constitución de 1999, ha previsto la garantía judicial específica a cargo de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, al conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y la legitimidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla interviene⁵⁵. La norma fundamental que constitucionaliza esta jurisdicción en Venezuela está contenida en el artículo 259 de la Constitución de 1999⁵⁶, cuyo texto es el siguiente:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación

54 V., en general, Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, (*La Justicia Constitucional*), *op. cit.*, pp. 86 y ss.

55 Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.

56 V., en general Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Tomos, Caracas, 2004

de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional, que repite casi textualmente el contenido del artículo 206 de la anterior Constitución de 1961, que en Venezuela se ha desarrollado la jurisdicción contencioso-administrativa que se ejerce por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y otros tribunales establecidos por ley. La configuración de dicha jurisdicción, por otra parte, se ha completado en la Constitución de 1999, al regularse también en el artículo 297, a la “jurisdicción contencioso electoral” atribuyéndose su ejercicio a la “Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley”; especializándose así, el control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos del Poder Electoral.

Con base en el artículo 259 de la Constitución (equivalente al 206 de la Constitución de 1961), fue la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia la que elaboró las bases del contencioso administrativo⁵⁷, las cuales desarrolladas por la doctrina nacional⁵⁸, conduje-

57 En cuanto a la jurisprudencia, V., en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer-Carías y Luís Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Caracas, 1996; y: Luis Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

58 Luis Torrealba Narváez, “Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y Algunas Relaciones de éste con el de la Jurisdicción Judicial Civil”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1951; Hildegard Rondón de Sansó, *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*. Instituciones Procedimiento y Jurisprudencia, Ediciones Magón, Caracas, 1974. V., asimismo, Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, pp. 281 y ss; José Araujo Juárez, *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII (*Contencioso Administrativo*), Caracas-San Cristóbal, 1997; Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998. V., además, las siguientes obras colectivas: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho

ron a la elaboración de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁵⁹, en cuyas normas se reguló el procedimiento contencioso-administrativo ante la Corte; situación que continuó con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁰.

Ahora bien, la importancia del texto del artículo 259 de la Constitución, y su efecto inmediato, es la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, radica en los siguientes cuatro aspectos⁶¹.

En primer lugar, en la *universalidad del control* que la Constitución regula respecto de los actos administrativos, en el sentido, de que todos, absolutamente todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control judicial por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, por inconstitucionalidad o ilegalidad. La Constitución no admite excepciones, y como en su momento lo explicó la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 respecto de la norma equivalente (Art. 206), la fórmula "contrarios a derecho es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar fuera de control algunos actos administrativos".

Por tanto, la intención de los proyectistas de la norma, tanto en la Constitución de 1961 como en la de 1999, fue la de que a todos los

recho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993; *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1997; 8ª Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" (Enero 1983), *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1995; XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar, *Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*, 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

59 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 (LOCSJ) en *Gaceta Oficial* n° 1.893, Extraordinaria del 30-07-76.

60 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), *Gaceta Oficial*, n° 37942 de 20-05-2004

61 Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993.

actos administrativos, por cualquier motivo de contrariedad al derecho, pudieran ser controlados por los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello, por supuesto, trae una consecuencia fundamental: cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales, en particular, del propio Tribunal Supremo de Justicia.

A los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control⁶². Es la tendencia a la universalidad del control que hemos destacado en otro lugar⁶³, lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa⁶⁴.

En *segundo* lugar y como consecuencia de esta tendencia hacia la universalidad del control, está el elenco de *recursos y acciones* puestos a disposición de los particulares para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión de amparo constitucional, comprende el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos; y las accio-

62 V., por ejemplo la sentencia de la CSJ-SPA de 11.8.93, en *Revista de Derecho Público* n° 55-56, Caracas, 1993, p. 390.

63 V., Allan R. Brewer Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 19 y ss.

64 *Idem*, pp. 25 y ss.

nes para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en *tercer* lugar, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 259 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración*, en el sentido de lo establecido en el artículo 26 de la propia Constitución y en el artículo 18, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo. En esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucionalmente como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en *cuarto* lugar, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación al juez contencioso-administrativo de *amplísimos* poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. Por ello, el juez contencioso-administrativo, de acuerdo a los propios términos del artículo 259 de la Constitución, tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, y además, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa, incluyendo en la expresión "situaciones jurídicas subjetivas" no sólo el clásico derecho subjetivo, sino los derechos constitucionales y los propios intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

Se destaca, en este *último* aspecto del artículo 259 de la Constitución, por supuesto, el marco constitucional de la responsabilidad administrativa, tanto del Estado como de los funcionarios públicos. En efecto, la realización de actividades estatales, como resultado del ejercicio de competencias por los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto como resultado del ejercicio lícito de los Poderes Públicos como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado (los funcionarios públicos), como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos.

En cuanto a los funcionarios públicos, el artículo 139 de la Constitución, que recoge una norma que ha sido tradicional de nuestro constitucionalismo, relativa al principio de la responsabilidad individual de los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público. Dispone dicha norma que "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley". Esta norma recogió el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando además del abuso de poder y de la violación de la Constitución y la ley, a la "desviación de poder" dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cuando en ejercicio del Poder Público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al utilizarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos pero, en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario (Art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Ad-

ministración Pública, en relación con los funcionarios “de la Administración Pública”.

Debe indicarse, por otra parte, que la Constitución, además de haber sido reiterativa en el establecimiento de la responsabilidad individual de los funcionarios en ejercicio del Poder Público (Arts. 46,4; 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 281,4 y 5; 285,4; 315), la ha reafirmado en particular respecto de los jueces por los daños causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, por retardo o error judicial (Arts. 49,8 y 255).

Pero además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, fue la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del Poder Público (República, Estados y Municipios); por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961, el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47, que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por daños causados por “autoridades legítimas en ejercicio de su función pública”; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena “al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”.

En la Constitución de 1999, sin embargo, se incluyó una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

“Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

De la expresión “funcionamiento de la Administración Pública” se admite que la responsabilidad del Estado se puede originar cuan-

do la lesión se derive tanto del "funcionamiento normal" como del "funcionamiento anormal" de la Administración Pública.

Por otra parte, se observa de esta norma que la responsabilidad es del "Estado", es decir, de las personas jurídicas estatales, en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas.

En cuanto a la expresión "Administración Pública" utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aún cuando en forma impropia, al disponer que la responsabilidad patrimonial sería de la "Administración Pública", cuando esta, como se ha señalado, no es un sujeto de derecho o persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

"La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento".

La "Administración Pública", en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho. En la norma, sin duda, se ha utiliza-

do la expresión como equivalente a las personas jurídicas estatales cuyos órganos administrativos (Administración Pública) han causado el daño, de manera que la responsabilidad es propiamente de las personas jurídicas estatales político-territoriales, (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitanos), o descentralizadas (por ejemplo, los institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión "Estado".

Ahora bien, sobre el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, el principio deriva del proceso natural de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, pero sin haber tenido realmente un desarrollo autónomo⁶⁵. Sólo ha sido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo han venido avanzando en ello.

Por supuesto, convenimos en que hoy es perfectamente admisible englobar los dos aspectos mencionados de la obligación resarcidora del Estado bajo la denominación general de "responsabilidad administrativa", que englobaría todas las reparaciones debidas por el Estado por daños causados por actividades administrativas tanto lícitas como ilícitas. En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y lo mismo se puede decir de la responsabilidad por riesgo. De la norma del artículo 140 de la Constitución, en efecto, en nuestro criterio se deriva lo siguiente:

En *primer* lugar, que la responsabilidad del Estado se puede generar por daños causados a los particulares por culpa imputable a la Administración, como consecuencia de los actos u omisiones de sus funcionarios conforme a los principios del artículo 1.185 del Código Civil.

Se trata, en este caso, de daños causados por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración que es el que origina el hecho ilícito, es decir, por lesiones producidas por actividades ile-

65 V., Luis A Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995; José Ignacio Hernández G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*, Caracas, 2004. V., la jurisprudencia en Luis Ortiz Álvarez, *Jurisprudencia de la responsabilidad extracontractual del Estado (1961-1997)*, Caracas 1997.

gales, contrarias a derecho o que no son realizadas con sometimiento pleno a la ley y al derecho como lo exige el artículo 141 de la Constitución, y que sean imputables a los funcionarios o titulares de los órganos del Estado.

En *segundo* lugar, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración Pública, pero sin que sea necesario establecer culpa alguna de los funcionarios o titulares de los órganos del Estado, como consecuencia de la teoría del riesgo de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.192, 1.193 y 1.194 del Código Civil; y siempre que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad consagrada en dichas normas del Código Civil y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

En *tercer* lugar, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares, sin que haya culpa imputable a la Administración y, por tanto, aún cuando haya habido sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que por tanto sean derivados de lesiones causadas por el funcionamiento *normal* de la Administración. En estos casos, el Estado debe también reparar los daños causados por la lesión, pues el particular, conforme al principio de la igualdad ante las cargas públicas, no está legalmente obligado a soportar individualmente el daño que se le causa; y siempre, por supuesto, que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad que consagra el artículo 1.193 del Código Civil y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor⁶⁶

En estos casos, como lo ha señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, "lo determinante es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o

66 V., la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de 25-03-2003 (Caso CADAFE), en *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 131 y ss.

anormal” de la Administración⁶⁷. Por ello, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado que la responsabilidad administrativa” debe ser apreciada de manera objetiva”, en nuestro criterio es sólo porque descarta “la culpa del funcionario como *fundamento único* del sistema indemnizatorio”⁶⁸. Por ello, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, en sentencia de 21-08-2003 (Caso: *Rogelio Cartaza Acosta*) ha señalado que la Constitución de 1999 “Establece un sistema mixto de responsabilidad patrimonial del Estado, en el cual se combinan la responsabilidad objetiva o sin falta de la Administración y la responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal de la misma”; lo que condujo a la Sala a señalar que a los fines de establecer la responsabilidad del Estado, si bien debe constatarse “que se ha producido un daño patrimonial a un particular que no está obligado a soportar”. Ese daño o lesión puede darse como consecuencia de una actuación legítima de la Administración (en cuyo caso deben utilizarse la teoría del riesgo y del principio de igualdad ante las cargas públicas), o como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración (donde debe establecerse si hubo una violación a las obligaciones administrativas)⁶⁹.

67 V., la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de 09-10-2001 (Caso: *Hugo Eunices Betancourt*), en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 79 y ss.

68 V., la sentencia de 19-11-2002 (Caso: *Gladis de Carmona*) de revisión de la sentencia de 15-05-2001 de la Sala Político Administrativa, en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 110 y ss.

69 V., la cita en José Ignacio Hernández G., *Reflexiones críticas... cit.*, p. 48.

§ 2. LOS PODERES, ÓRGANOS, FUNCIONES DEL ESTADO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS *

Mi exposición se va a referir a tres aspectos que en mi criterio son los más esenciales para establecer el marco general del derecho administrativo, y que son los relativos al carácter interorgánico tanto de la Administración Pública como de la función administrativa; y al carácter interfuncional de los actos administrativos; temas que en aproximaciones sucesivas he venido construyendo y a los cuales tuve el privilegio de poder referirme en forma global precisamente aquí, en Colombia, en aquél recordado y multitudinario *Primer Congreso Bolivariano de Derecho Administrativo* que se celebró en Cartagena de 1983, y luego en Venezuela en las *Primeras Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público* que me correspondió organizar, en lo que fue el primer contacto masivo entre profesores de derecho público de nuestros países.

Se trata, por supuesto, de temas esenciales del derecho administrativo, que me conducen a formularles hoy las siguientes tres propuestas que van a guiar mi exposición. Primero, que no hay coincidencia entre el Poder Ejecutivo como uno de los poderes del Estado y los órganos de la Administración Pública, por lo que afirmo que la misma tiene un carácter inter-orgánico, en el sentido de que está también conformada por órganos de otros poderes del Estado; segundo, que no hay coincidencia entre los órganos del Estado y las funciones estatales, de manera que su ejercicio no es exclusivo y excluyente de los diversos órganos, por lo que afirmo que la función administrativa

* Texto de la conferencia dictada en las *Jornadas Académicas en Honor al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 19 de mayo de 2006.

también tiene carácter interorgánico en el sentido de que no sólo la ejercen los órganos ejecutivos, sino todos los órganos legislativos, judiciales y de control; y tercero, que tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos estatales que emanan de su ejercicio, de manera que los actos estatales son dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado y no solo en ejercicio de una de ellas, por lo que también afirmo que los actos administrativos no sólo son dictados en ejercicio de la función administrativa sino de las otras funciones del Estado y al contrario, tienen carácter inter-funcional.

Me referiré a estos tres aspectos separadamente.

I. EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES

En primer lugar, está el tema de la no coincidencia entre el Poder Ejecutivo como uno de los poderes del Estado y los órganos de la Administración Pública, lo que conduce a su carácter inter-orgánico, conformada por órganos que ejercen todos los poderes del Estado y no sólo el Poder Ejecutivo.

Uno de los principios cardinales del Estado constitucional del mundo moderno que condiciona totalmente tanto al derecho administrativo como al derecho constitucional, por supuesto, sigue siendo el de la separación orgánica de poderes, que origina su distribución horizontal entre los tres clásicos poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial que generalmente existen en los Estados constitucionales, o los cinco poderes o conjuntos de órganos supuestamente independientes y autónomos que se han regulado en la Constitución venezolana de 1999: los mismos poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, además, los poderes Ciudadano y Electoral.

Tenemos entonces en Venezuela una penta división del Poder Público, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y supuestamente separados, como son, respectivamente, primero, la Asamblea Nacional; segundo, el Presidente de la República, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado "Ejecutivo Nacional"; tercero, el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, incluyendo a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano de gobierno y administración del Sistema Judicial; cuarto, el Consejo Moral Republicano que compren-

de al Ministerio Público o Fiscalía General de la República, a la Contraloría General de la República y a la Defensoría del Pueblo; y quinto el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos teóricamente se encuentran separados teniendo cada uno sus competencias específicas, los cuales deberían ser autónomos e independientes entre sí, lo que sin embargo, no ha sido efectivo en los años de aplicación de la Constitución por el marco autoritario y contradictorio que tiene el propio Texto fundamental.

Lo que es importante destacar ahora de este esquema, es que se buscó constitucionalizar la tendencia que se observa en casi todos los países contemporáneos de venir estableciendo en la Constitución, en paralelo a los tres clásicos poderes del Estado, diversos órganos que han sido progresivamente dotados de autonomía funcional, y con funcionamiento independiente de los clásicos poderes, como también se pueden identificar en la Constitución colombiana. Lo único que hemos hecho en Venezuela es estructurarlos definitivamente como otros poderes públicos.

Pero sean tres los poderes del Estado o sean cinco, la separación orgánica de poderes no origina un sólo grupo de órganos que conforman la Administración Pública y que pudiera pensarse que son los que ejercen el Poder Ejecutivo. La Administración Pública, en realidad, tiene un carácter interorgánico, en el sentido de que como complejo orgánico no sólo está conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino además, por órganos que ejercen las demás ramas del Poder del Estado. Hay ciertamente una Administración Pública que se configura organizativamente hablando como dependiente del "Ejecutivo Nacional" que sería la Administración Pública *Central* del Estado, pero la misma no agota dicho complejo orgánico en el Estado.

Todas las diversas ramas de los Poderes del Estado en realidad tienen sus propios órganos que también conforman la Administración Pública. En el caso de la penta división del poder público en Venezuela, puede así decirse que la Administración Pública está conformada: primero, por los órganos de la administración de las Cámaras Legislativas; segundo, por los órganos de la Administración de justicia, es decir, los órganos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura; tercero, por la Administración Pública de los órganos de control (toda la estructura administrativa de la Contraloría General de la república, de la Fiscalía General de la República (que en Venezuela no

es un órgano judicial), y la Defensoría del Pueblo); cuarto, por la Administración Pública Electoral; y quinto, por la Administración Pública central que es la que corresponde a los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, si bien puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa nacional está en los órganos ejecutivos, en la "Administración Pública Nacional" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el Poder Ejecutivo Nacional y en cuyo vértice está el Presidente de la República; sin embargo la Administración Pública no se agota en ellos; situación precisamente regulada en las previsiones de la Constitución venezolana de 1999.

De todo esto es que, por tanto, resulta la primera premisa o propuesta que quería formularles: que la Administración Pública no sólo está conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino que tiene un carácter interorgánico, pues también la conforman órganos que ejercen otros poderes del Estado conforme a la separación orgánica u horizontal de poderes.

II. EL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Pero si de lo anterior resulta que no hay coincidencia entre poder y órgano, específicamente entre el Poder Ejecutivo y la Administración Pública; la segunda propuesta que quería formularles es que tampoco hay coincidencia entre los órganos del Estado y las funciones que ejercen, en el sentido de que el ejercicio de las funciones estatales no es exclusivo y excluyente de los diversos órganos estatales. De allí la afirmación de que la función administrativa también tiene carácter interorgánico en el sentido de que no sólo la ejercen los órganos del Poder Ejecutivo, sino todos los órganos estatales.

Esta noción de funciones estatales también es un concepto que ha sido constitucionalizado en Venezuela, en la misma norma (Art. 136) que regula la separación de poderes, al precisar, luego de formular la división y distribución del Poder Público, que cada una de sus ramas "tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado" (Art. 136).

Esta expresión constitucional de "funciones propias" se refiere a las funciones del Estado que se atribuyen esencialmente, pero no ex-

clusivamente, a los diversos órganos, y que resultan en tareas públicas que son inherentes a aquél, en el sentido de que sólo pueden cumplirse en ejercicio del Poder Público, no siendo posible su ejecución por los particulares. Por ello la noción de funciones del Estado apunta a determinar que la actividad que resulta de su ejercicio es una actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable. En otras palabras, que las diversas funciones del Estado son las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal; las cuales sin embargo, no están atribuidas en forma exclusiva y excluyente, cada una, a determinados órganos del Estado, sino que se ejercen por materialmente todos. Estos, como dije, tienen asignadas funciones propias, lo que no implica que cada órgano siempre tenga el ejercicio exclusivo de una función específica. Al contrario, todos los órganos del Estado, en una u otra forma, ejercen todas las funciones del Estado, lo que conduce al señalado postulado del ejercicio interorgánico de las mismas. Es decir, que la separación orgánica de la potestad estatal en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide en forma alguna con una supuesta "separación" paralela de las funciones estatales.

He hablado de cinco funciones del Estado: la normativa, la política, la jurisdiccional, de control y la administrativa. La *función normativa* es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas que integran el ordenamiento jurídico. Si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional en Venezuela o al Congreso en Colombia, al sancionar las leyes, también se realiza por otros órganos del Poder Público, incluso en algunos casos con rango y valor de ley. Por ejemplo, cuando el parlamento delega en el Presidente de la República la posibilidad de dictar decretos leyes, sin duda que éste ejerce la función normativa; al igual que cuando los órganos de la Administración reglamentan las leyes.

Pero además, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela también ejerce la función normativa cuando dicta los reglamentos necesarios para asegurar la dirección y gobierno del Poder Judicial (Art. 267). Asimismo, también ejercen la función normativa, los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad.

La función normativa, por tanto, -y fíjense bien que no hablo de función legislativa-, si bien es una "función propia" de la Asamblea Nacional como órgano que ejerce el Poder Legislativo, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues todos los demás otros órganos del Estado también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea Nacional es sólo el ejercicio de la función normativa *en una forma determinada*: como cuerpo legislador y mediante la emisión de actos estatales denominados leyes.

Por ello, los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, en general y con la excepción de los decretos leyes, lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales, siempre bajo el condicionamiento de las leyes y nunca en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En otras palabras, conforme al principio de la formación del derecho por grados, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; y los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales, en cambio, son solo actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal.

Pero aparte de la función normativa, como dije, en el Estado contemporáneo se puede identificar otra función primordial, esta vez atribuida como función propia del Presidente de la República como jefe del Estado y del Gobierno (Arts. 226; 236,2). Se trata de la *función política*, a través de la cual el Presidente de la República puede adoptar decisiones de orden político, en virtud de atribuciones que también le son conferidas directamente por la Constitución. Ello ocurre, por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (Arts. 236, ordinales 4, 9, 20), que son poderes incluso no condicionables por el Legislador. También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de excepción, y restringe garantías constitucionales (Art. 338).

La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla. Además, se trata de una función del Presidente de la República, que se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin con-

dicionamiento legislativo alguno, en el sentido de que el Legislador no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado, la cual se manifiesta en actos estatales de rango legal.

Pero si bien la función política se ejerce como función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley, sea mediante leyes formales, por ejemplo, al decretar una amnistía (Art. 186,5) o nacionalizar un sector de la economía. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otro órgano, es la *forma de su ejecución* en los casos autorizados por la Constitución: la función política ejercida mediante decretos ejecutivos, que son precisamente los llamados actos de gobierno, se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea Nacional.

Pero en tercer lugar, además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales también realizan la *función jurisdiccional*, -y fíjense que aquí tampoco hablo de función judicial- es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia a los tribunales de la República, pero aquí también, ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que al contrario, otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

Ello lo hacen los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia; y la Asamblea Nacional incluso participa en la función jurisdiccional, cuando por ejemplo autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República (Art. 266,2).

Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controver-

sias y declaran el derecho aplicable en casos concretos, se ejerce por diversos órganos del Estado en ejercicio del Poder Público: por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; pero también por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional.

La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos judiciales, tampoco es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional *en una forma determinada*, que es mediante actos denominados sentencias, que gozan de fuerza de verdad legal y efectos de cosa juzgada. En cambio, los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos, condicionados por la legislación.

Pero como antes dije, además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, los órganos del Estado también ejercen la *función de control*, cuando vigilan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades tanto de actividades estatales como de las que realizan los administrados.

En este caso, en Venezuela, el ejercicio de esta función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, pero ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen regularmente la función de control.

La Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo ejerce la función de control sobre el gobierno, la Administración Pública Nacional y sus funcionarios (Art. 187,3; 222); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública (Art. 226) y los órganos que la integran esencialmente controlan las actividades de los particulares, de acuerdo con la regulación legal de las mismas; el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, ejerce el control de las actividades de los órganos subordinados (Art. 293), y sobre los procesos electorales y los partidos políticos (Art. 293); y el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función de control judicial de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos del Estado (Art. 259; 336).

Por tanto, la función de control, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por todos los diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público. Por ello, si bien podría considerarse como una "función propia" de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

Pero aparte de las funciones normativas, política, jurisdiccional y de control, los órganos del Estado también ejercen otra quinta función, que es la *función administrativa*, precisamente aquella a través de la cual entran en relación con los particulares, como sujetos de derecho, en la gestión del interés público. De allí la distinción tradicional entre la función de crear el derecho (la normativa), la función de aplicar el derecho imparcialmente (la jurisdiccional), y la función que conduce al Estado a actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (la administrativa).

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, puede considerarse que es un tercero en las relaciones jurídicas que surgen; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares, como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado precisamente se concretiza en el derecho administrativo, en general y precisamente, cuando sus órganos ejercen la función administrativa (al igual que cuando ejercen la función de control).

Ahora bien, al igual que lo que sucede con las funciones normativa, política, de control y jurisdiccional, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia, por ejemplo, de los órganos ejecutivos y electorales, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente.

Al contrario, todos los demás órganos del Estado también ejercen la función administrativa: por ejemplo, la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función

administrativa; y los órganos que ejercen el Poder Judicial o el Poder Ciudadano también realizan la función administrativa al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios, o al imponer sanciones. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los diferentes órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo, del Poder Electoral y del Poder Ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos ejecutivos y electorales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales.

De lo antes dicho resulta, por tanto, que el concepto de funciones del Estado es distinto al de poderes del Estado. El Poder Público (con su división, sus ramas o su distribución), constituye en sí mismo una potestad o situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen la forma de ejercicio exclusivo de las actividades esenciales e inherentes al Estado.

Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídica constitucional o potestad, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando se realiza una función estatal es que hay ejercicio concreto del Poder Público, que en definitiva se manifiesta en determinados actos estatales.

De lo anterior resulta, por tanto, que en cada una de las ramas del Poder Público Nacional, si bien existe una diferenciación orgánica de poderes con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos del Estado, el ejercicio de las mismas por dichos órganos en general no es exclusivo ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos, ejecutivos, de control, judiciales y electorales; pero las funciones normativa, política, jurisdiccional, de control y adminis-

trativa del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica.

De allí que a la primera propuesta que les formulé del carácter interorgánico de la Administración Pública, le sigue esta segunda propuesta que quería formularles, del también carácter interorgánico del ejercicio de las funciones estatales, de manera que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones. Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus "funciones propias", ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros.

III. EL CARÁCTER INTERFUNCIONAL DE LOS ACTOS ESTATALES Y DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De lo dicho hasta ahora podemos concluir, primero, que no hay coincidencia entre poderes públicos y órganos del Estado, y segundo, que tampoco hay coincidencia entre órganos estatales y las funciones del Estado. Ahora también digo que tampoco hay coincidencia entre la función del Estado y los actos jurídicos que emanan de su ejercicio como manifestación de la voluntad estatal.

Y esta es la tercera premisa que quería formularles, del carácter interfuncional de los actos estatales, en el sentido de que no hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos estatales, de manera que los actos estatales son dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado y no siempre en ejercicio de una sola, por lo que he afirmado que los actos administrativos no son dictados en ejercicio de la sola función administrativa y al contrario tienen carácter interfuncional.

Por ello, es que precisamente los actos del Estado no pueden clasificarse según la función estatal que realizan los órganos del Estado al dictarlos, pues de ser así tendríamos que hablar por ejemplo de actos normativos, de actos políticos, de actos jurisdiccionales, de actos de control o de actos de administración; clasificación que jurídicamente no nos conduce a nada, pues, por ejemplo, tan acto normativo sería una ley de la Asamblea nacional como un reglamento administrativo; tan acto político podría ser una ley de la Asamblea como un

acto de gobierno; tan acto jurisdiccional podría ser una sentencia judicial como un acto administrativo de alguna Administración independiente de regulación; tan acto de control, podría ser un acto parlamentario sin forma de ley, como una sentencia judicial o un acto administrativo; y tan acto de administración podría ser una ley, un acto parlamentario sin forma de ley, como un acto administrativo.

He dicho que los diversos órganos del Estado realizan las diversas funciones del Estado, de lo cual resulta que los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo. Hagamos el ejercicio de aplicar esta afirmación, particularmente analizando el régimen constitucional venezolano.

Fijémonos primero en el órgano legislativo. Tal como lo he señalado, la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, políticas, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos.

En efecto, cuando ejerce la función normativa, es decir, crea normas jurídicas de carácter general, la Asamblea Nacional lo puede hacer sancionando *leyes* (Art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,19). Ambos pueden considerarse actos legislativos por emanar del Legislador, pero de distinto valor normativo.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función política, es decir, interviene en la formulación de las políticas nacionales, lo puede hacer también a través de *leyes* (Art. 303) o de *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,10); y cuando participa en el ejercicio de la función jurisdiccional al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la Asamblea Nacional concretiza su acción a través de un *acto parlamentario sin forma de ley* (266,2). Cuando la Asamblea Nacional ejerce sus funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública también dicta *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,3); y por último, cuando ejerce la función administrativa, ella puede concretarse en *leyes* (187,9), en *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,12) e incluso en *actos administrativos* (Art. 187,22).

Veamos ahora la situación de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente de la República. Estos pue-

den realizar la función normativa, lo cual se puede concretizar tanto en *decretos-leyes* como en *reglamentos*, estos últimos considerados como actos administrativos de efectos generales (Art. 236,10; 266,5) y, por tanto, de rango sublegal. En cambio los decretos leyes tienen rango y valor de ley.

Pero el Presidente de la República, además de la función normativa, también realiza la función política cuando dicta *actos de gobierno*, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 236,2,4,5,6,19,21). Adicionalmente, los órganos del Poder Ejecutivo, en general, ejercen la función jurisdiccional cuando resuelven conflictos entre partes y, por supuesto, realizan la función administrativa y la función de control de actividades tanto del propio Estado como de los particulares, en cuyo ejercicio emanan actos administrativos. En esta forma, los órganos del Poder Ejecutivo ejercen todas las funciones del Estado y dictan *decretos leyes*, *actos de gobierno* y *actos administrativos*.

Pero veamos ahora lo que ocurre con los órganos que ejercen el Poder Judicial. Cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, en su ejercicio dicta *reglamentos* o actos administrativos de efectos generales; cuando ejerce la función administrativa y la función de control respecto de los órganos de la administración de justicia (Art. 267), dicta *actos administrativos*; y cuando ejerce la función jurisdiccional, dicta *actos judiciales (sentencias)* (Art. 266, 336).

Otro tanto ocurre con los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral: cuando realizan la función normativa, dictan *reglamentos*, como actos administrativos de efectos generales; y cuando realizan la función administrativa y de control, la misma se concreta en *actos administrativos*.

Puede decirse, entonces, que si bien la separación orgánica de poderes puede tener concordancia con algunos actos estatales, como por ejemplo, los actos de gobierno como reservados al Presidente de la República; los actos legislativos como reservados a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarlos en el Ejecutivo Nacional; y los actos judiciales reservados a los Tribunales; esta concordancia termina allí, pues los actos administrativos, al contrario, no están reservados a ningún órgano estatal específico, sino que se dictan por todos ellos.

Otro tanto ocurre con los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral: cuando realizan la función normativa, dictan reglamentos, como actos administrativos de efectos generales; y cuando realizan la función administrativa y de control, la misma se concreta en *actos administrativos*.

De lo que he dicho hasta ahora, resultan entonces los siguientes actos estatales: las leyes; los actos parlamentarios sin forma de ley; los decretos-leyes; los actos de gobierno; las sentencias y los actos administrativos sean reglamentarios o de efectos particulares. Si relacionamos dichos actos con el ejercicio de las funciones del Estado, resulta que el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); que el ejercicio de la función política, se manifiesta a través de actos de gobierno, de leyes y de actos parlamentarios sin forma de ley; que el ejercicio de la función jurisdiccional, se manifiesta a través de actos parlamentarios sin forma de ley, de actos administrativos y de sentencias; que el ejercicio de la función de control, resulta en leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y que el ejercicio de la función administrativa, se concretiza a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las *leyes* sólo emanan de la Asamblea Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los *actos de gobierno* emanan del Presidente de la República, actuando en ejercicio de la función política; que los *decretos-leyes* emanan también del Presidente en ejercicio de la función normativa; que los *actos parlamentarios sin forma de ley* emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; y que los *actos judiciales* (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional.

En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de

ley por la Asamblea Nacional; los actos de gobierno y los decretos leyes por el Presidente de la República; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los *actos administrativos* en cambio, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública Central) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el Poder Electoral actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los decretos-leyes, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa, sino en ejercicio de todas las funciones del Estado. El criterio esencial que los distingue de todos los demás, es de orden formal, en el sentido de que siempre tienen rango sublegal.

En ello coinciden con los actos judiciales, por lo que para la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, los mismos sí se pueden distinguir con base tanto en el criterio orgánico como en el criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los tribunales como órganos independientes y autónomos, con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, porque la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, la hacen mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

En conclusión, por tanto, en cuanto a la distinción entre los actos estatales, no siendo posible realizarla globalmente conforme al crite-

rio orgánico, ya que no hay total coincidencia entre los órganos del Estado y las naturales de los actos que los mismos dictan; ni conforme al criterio funcional, pues tampoco hay coincidencia entre el ejercicio de las funciones del Estado y los actos que emanan de su ejercicio; debe recurrirse al más que clásico principio de la formación del derecho por grados derivado del nivel de ejecución de las normas constitucionales y legales, lo que por lo demás origina los dos grandes sistemas de control judicial de los actos estatales: la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En efecto, de lo que he dicho hasta ahora, podemos fijar la distinción entre aquéllos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes constitucionales, y aquéllos actos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución, es decir, actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Los primeros, como son las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los decretos leyes y los actos de gobierno, son actos realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidos a lo que dispone el Texto fundamental, no teniendo competencia general el Legislador para regularlos mediante leyes, salvo cuando haya una autorización expresa constitucional. Los segundos, en cambio, como son las sentencias y los actos administrativos, son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, por lo que y precisamente por ello, además de estar sometidos al texto fundamental como toda actividad estatal, están sometidos a las regulaciones establecidas en las leyes y en todas las otras fuentes del derecho.

Los primeros, por otra parte, los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidos al control de constitucionalidad a cargo de la Jurisdicción Constitucional que en Colombia corresponde a la Corte Constitucional y en Venezuela a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Arts. 334, 336,2 y 4); los segundos, los dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, en cambio, están sometidos al control tanto de constitucionalidad como

de legalidad que corresponden a las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la Casación en lo que concierne a los actos judiciales; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Arts. 259, 297) cuando se trata de actos administrativos.

Los actos administrativos, por tanto y por esencia, constituyen actos estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello se dice que esencialmente son de carácter sublegal, pues están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por supuesto, como antes dijimos, también los actos judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre uno y otro de carácter orgánico, en el sentido que los actos judiciales siempre los realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial, con fuerza de verdad legal.

De lo anterior resulta, por tanto, que lo que constituyen las normas de derecho en relación con cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el Legislador, "legalidad" quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que los condicione, dando origen al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales (Jurisdicción constitucional).

Pero es evidente que el principio de legalidad desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación. Aquí ha sido donde el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial o jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa), y por consiguiente, al derecho administrativo.

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad, es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. La Asamblea o el Parlamento están sometidos a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado o de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido en general, a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la "legislación", la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación a la actividad administrativa del Estado contemporáneo.

Por supuesto, y para concluir, en un Estado constitucional y democrático de derecho, este último tema de la legalidad es el más esencial para el derecho administrativo, pues en definitiva, para asegurar su garantía es que existe nuestra disciplina, que busca conformar el marco de jurídico de constitucionalidad y legalidad al cual debe ajustarse el Estado y la Administración Pública, y permitirle a los ciudadanos poder controlar las actuaciones inconstitucionales e ilegales de los poderes públicos. Para ello, por supuesto, no basta con normas, principios y balances constitucionales entre los órganos del Estado, por más excelsos que sean; es necesario que funcionen efectivamente como garantías constitucionales, para lo cual es indispensable que existan Poderes Públicos efectivamente autónomos e independientes entre sí, que se controlen mutuamente -no sólo en el papel, que como bien sabemos puede servir para todo-, y en particular, que exista un Poder Judicial autónomo e independiente que pueda realmente controlar al Poder. Si esto no existe, es muy difícil tener razón, pues nadie es capaz de darla.

SEGUNDA PARTE
SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§ 3 EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA*

El 10 de abril de 2001, se publicó en el Perú la Ley n° 27.444 del Procedimiento Administrativo General, con la cual el país se incorporó en la corriente contemporánea de la codificación formal del procedimiento administrativo, cuyo antecedente remoto, sin embargo, puede situarse en el *Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo* que se dictó también en el Perú, mediante Decreto Supremo n° 006-67-56 de 1967. Este fue el primer cuerpo normativo en la materia en América Latina, al cual luego siguieron diversas leyes de procedimiento administrativo, la primera de las cuales fue la Ley de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549, de Argentina de 1972.

El destino quiso que fuera precisamente el profesor Valentín Paniagua, destacado profesor de derecho administrativo en su país, cuya amistad personal me honró durante muchas décadas hasta su inesperado fallecimiento, quien como Presidente de la República mandara a publicar y a cumplir dicha Ley. Y quien mejor para ello, que un profesor de larga trayectoria académica tornado en Jefe de Estado. Por ello, y precisamente a los efectos del libro que se publica en su honor, he escogido tratar el tema del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, porque no sólo se trata de una formulación teórica del derecho administrativo, sino de un pilar fundamental del Estado de derecho y del

* Estudio elaborado para el *Libro Homenaje al profesor Valentín Paniagua*, Lima 2007.

régimen democrático que tanto defendió Paniagua, tanto en su país, como en toda la América Latina.

En efecto, uno de los objetivos esenciales de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina ha sido el reforzamiento del principio de legalidad, es decir, el buscar asegurar el sometimiento de la Administración al derecho, de manera de garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. Por ello precisamente, la mencionada Ley sobre Procedimiento Administrativo General del Perú, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

“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”.

Con esta disposición se precisa con claridad, no sólo que la Administración sólo puede actuar sometida al derecho, sino además dentro del preciso marco de las competencias que las normas le asignan, y siempre en acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas dichas competencias. Este es el principio universal en la materia, y que puede analizarse en el ámbito de las leyes latinoamericanas, haciendo referencia a las modalidades del sometimiento de la Administración al derecho, y al significado que tienen las leyes de procedimiento administrativo en esa tarea.

I. EL PRINCIPIO DEL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO

1. *El sometimiento al derecho y sus fuentes*

El solo hecho de que se dicte una ley de procedimientos administrativos en un país puede considerarse como un enunciado formal de que la Administración tiene que someterse al derecho y, a su vez, de que ese sometimiento puede ser objeto de control por parte de los tribunales contencioso-administrativos. Se trata, nada más y nada menos, que de uno de los signos de afianzamiento del Estado de derecho.

Ese sometimiento al derecho, sin embargo, como principio del Estado de derecho, tiene diverso alcance según los órganos del Estado y

los diversos actos estatales. Por ejemplo, las leyes dictadas por el Congreso o Parlamento y los *interna corporis* son actos estatales que sólo están sometidos a la Constitución en cuanto que se dictan en ejecución directa e inmediata de la misma; asimismo, los llamados “actos de gobierno” del Poder Ejecutivo son también actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por lo que el derecho que los condiciona es el que contiene la Constitución. En esos casos, por ello, no puede haber una ley que se interponga entre la Constitución y un *interna corporis* o un acto de gobierno, ya que el ámbito de derecho aplicable a estos actos estatales está circunscrito a la Constitución. Por tanto, en general, el ámbito del derecho aplicable a los actos de los órganos del Estado depende de la posición del órgano que lo dicta en la jerarquía de las normas y de la forma en que emana en relación con la Constitución.

En cuanto a la actividad administrativa, ésta, al ser siempre de rango sublegal, por supuesto que está no sólo sometida a la Constitución sino también a todas las otras fuentes del ordenamiento jurídico, respetándose “la jerarquía normativa” de las fuentes, como lo indica la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras (1987) (Art. 2) e, incluso, a las fuentes no escritas. De allí la importancia de los principios generales del derecho administrativo que han guiado la elaboración de las leyes de procedimiento administrativo formulados inicial y paulatinamente a través de su aplicación jurisprudencial, y que han terminado siendo positivizados en las leyes.

Como consecuencia de ello, al analizar el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, conforme a las leyes de procedimiento administrativo se constata que ya no se trata sólo de un principio general del derecho, pues el mismo tiene cada vez con más frecuencia y precisión, una expresión formal en los textos. Uno de estos enunciados está, por ejemplo, en la Ley n° 9784 que regula el procedimiento administrativo en la Administración Pública Federal de Brasil (1999), que impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (Art. 2, Parágrafo Único, I); y en el Reglamento de procedimiento administrativo de la Secretaría de la Comunidad Andina (1997), al disponer su artículo 5° que precisamente en virtud del *principio de legalidad*

“La Secretaría deberá someterse en su actuación a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad” ajustándose a lo establecido “en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Art. 8)”.

Otras leyes nacionales también enuncian este principio en forma expresa. Por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (1978) señala que: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (Art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

“La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos”.

Este principio de *legalidad* o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho, es que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la Jurisdicción Constitucional como de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela (2001) expresa formalmente el principio, vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

“Artículo 4º. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas”.

Se destaca de esta norma, como se dijo, la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho aplicables a la Administración: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; y la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la *legalidad*, además, se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose en la Constitución venezolana (1999) como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (Art. 141), y en ese país es una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, consistente en velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (Art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 de la mencionada Ley Orgánica de Venezuela recoge la previsión del artículo 7 de la Constitución del país, y precisa que “todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución”. Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

Por otra parte, la Ley General de Costa Rica, consagra en su propio texto no sólo la sujeción de la Administración a la ley escrita, sino también a las normas no escritas del ordenamiento jurídico. Incluso llega a enumerar con precisión y expresamente, la jerarquía de las fuentes, las cuales el artículo 6,1 sujeta al siguiente orden:

- a) La Constitución Política;
- b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
- c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;
- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;
- e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y
- f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas”.

Además, en dicha Ley General se enumeran las siguientes fuentes no escritas: “la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho”, que deben servir para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (Art. 7).

La Ley 27.444 del Perú puede decirse que culminó este proceso de positivización de las fuentes del derecho administrativo, como fuentes del procedimiento administrativo. Por una parte, indica que “el ordenamiento jurídico-administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho” (Art. V, Título Preliminar), consagrando así la autonomía del derecho administrativo para lo cual precisa, el mismo artículo V,1, que “el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho”. Por otra parte, enumera las siguientes fuentes del derecho administrativo:

- “2.1 Las disposiciones constitucionales
- 2.2 Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
- 2.3 Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente
- 2.4 Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.
- 2.5 Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
- 2.6 Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.
- 2.7 La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
- 2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
- 2.9 Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
- 2.10 Los principios generales del derecho administrativo”.

Sin embargo, en cuanto a la jurisprudencia, a los precedentes, a las consultas interpretativas y a los principios generales del derecho administrativo, la Ley Peruana señala que: “sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren”. (Art. V, 3, Título Preliminar).

Por otra parte, para completar el proceso de positivización del principio de la legalidad, el artículo 8 de la Ley General de Costa Rica agrega también este enunciado:

“El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”.

Con ello también encuentra consagración en el derecho positivo el enunciado del principio del necesario equilibrio entre el Poder de la Administración (la eficiencia de la Administración) y los derechos de los particulares.

Aparte de esto, la Ley Costarricense señala otros principios a los cuales queda sometida la Administración, como son los relativos al servicio público, “para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios” (Art. 4).

Ahora bien, este principio del sometimiento de la Administración al derecho encuentra en este conjunto de leyes una consagración expresa en tres aspectos que hay que destacar: en primer lugar, en el carácter siempre sublegal de la actividad de la Administración y del acto administrativo; en segundo lugar, en la regulación misma del régimen de los procedimientos, que tiene carácter obligatorio, proscribiéndose las vías de hecho; y, en tercer lugar, aún cuando no haya regulación general del procedimiento, en la importancia del principio del paralelismo de las formas como un elemento que debe guiar la actuación de la Administración.

2. *El carácter sublegal de la actividad administrativa*

A. *El respeto a la legalidad*

Toda actividad administrativa es de carácter y rango sublegal; por ello, el acto administrativo se distingue del acto de gobierno del Poder Ejecutivo y de los actos del Parlamento, que son siempre de rango legal, por ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y sometidos, por tanto, al solo control de la Jurisdicción Constitucional. En cambio, los actos administrativos, al ser siempre de rango sublegal, están sometidos al control de la conformidad con el derecho (y no sólo con la Constitución) que ejercen los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Ahora bien, el carácter sublegal de la actividad administrativa que implica el sometimiento o sujeción de la Administración a la ley, exige precisar el esquema de relaciones entre la Ley y el acto normativo de la Administración que es el reglamento.

En tal sentido puede decirse que con carácter general en América Latina, al contrario de lo que sucede en el sistema constitucional francés, no hay áreas normativas reservadas a la Administración. La función normativa por excelencia corresponde al Legislador, órgano que tiene la posibilidad de ejercer su potestad normativa con los solos límites constitucionales. Por tanto, el principio del derecho constitucional francés de la existencia de áreas reservadas al Poder Ejecutivo para ser reglamentadas, que limitan la potestad reguladora del Parlamento, no existe en América Latina. Al contrario, en nuestros países, la potestad normativa del legislador en principio es ilimitada en cuanto a las materias que puede abarcar, por lo que puede regular todo dentro del marco de la Constitución. Es decir, la competencia normal de carácter normativo corresponde al Parlamento, no habiendo áreas reservadas al reglamento; al contrario, lo que sí puede haber y existen son áreas reservadas al Legislador, lo que configuran la reserva legal como limitación a la potestad reglamentaria.

En consecuencia, el primer principio que deriva del carácter sublegal de la actividad administrativa es el del necesario respeto a la ley; cuyo antecedente normativo, en todo caso, se encuentra en la legislación española, específicamente en la vieja y ya derogada Ley de Procedimientos Administrativos (1957), que estableció el principio de que "la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las

leyes...” (Art. 57). En sentido similar, la Ley de Honduras precisa que los órganos de la Administración no pueden, mediante actos de carácter general “alterar el espíritu de la ley, variando el sentido y alcance de ésta” (Art. 40,a). Esta ha sido un principio tradicional del constitucionalismo venezolano que impone a la potestad reglamentaria el límite de que con ella no se puede “alterar el espíritu, propósito y razón de la Ley” (Art. 236,10).

B. *El respeto a la reserva legal*

De lo anterior resulta, por tanto, que si bien no existen áreas de regulación normativa reservadas al Reglamento, que siempre está sometido y subordinado a la ley; en cambio, sí existen áreas que están reservadas al legislador, que implican una limitación a la potestad reglamentaria y al acto administrativo normativo. Estas áreas de la reserva legal derivan tanto de principios constitucionales como de normas expresas de la Constitución.

En efecto, no es infrecuente encontrar en las Constituciones reservas legislativas expresas, por ejemplo, en materia de organización administrativa, como sucede en el caso venezolano, donde la Constitución precisa, por ejemplo, que “La Ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República...” (Art. 290); o que “La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá... por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los Estados” (Art. 169). Por lo tanto, en materia de organización, en estos casos, es la Constitución la que establece expresamente la reserva legal.

Estas materias de reserva legal, por tanto, no pueden ser objeto de regulación mediante reglamentos. Como lo precisa la Ley de Honduras, los órganos de la Administración no pueden mediante actos de carácter general, “regular, salvo autorización expresa de una Ley, materias que sean de la exclusiva competencia del Poder Legislativo” (Art. 40,b).

En otros casos, la reserva legal deriva de principios constitucionales que comienzan a encontrar su expresión positiva en las leyes. En efecto, las áreas reservadas al Legislador y que implican un límite a la

potestad reglamentaria normativa, derivan de tres ámbitos clásicos de regulaciones constitucionales: el régimen de los derechos y garantías constitucionales, es decir, la limitación de los derechos humanos; el establecimiento de sanciones e infracciones; y el establecimiento de tributos y contribuciones; todas áreas de regulación reservadas al Legislador.

Estos ámbitos de reserva legal, si bien se han ido construyendo por la jurisprudencia, es decir, tanto por el juez contencioso administrativo como por el juez constitucional, paulatinamente han comenzado a encontrar su expresión concreta en textos normativos, como las leyes de procedimientos administrativos.

En particular, en cuanto al régimen de derechos y garantías constitucionales, la Ley General de la Administración de Costa Rica establece que: el mismo "está reservado a la ley." (Art. 19,1).

En el caso de Venezuela, en cuanto al régimen sancionatorio e impositivo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982) establece que:

"Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley (Art. 10)".

En esta forma se regula la reserva legal en materia de sanciones, lo cual se corrobora en la Ley de Honduras, que establece que los órganos de la Administración no pueden, mediante actos de carácter general, "establecer penas, ni prestaciones personales obligatorias, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice la Ley" (Art. 40,c).

En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica dispone que:

"Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer penas, exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares (Art. 124)".

Se encuentran así, en la legislación de Costa Rica, las tres clásicas áreas constitucionales de reserva legal consagradas en forma expresa

en la Ley General: el régimen de los derechos constitucionales, el régimen de las sanciones e infracciones, y el régimen de los tributos o exacciones, que sólo pueden establecerse por ley.

II. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *El régimen legal del procedimiento*

A. *El ámbito de aplicación*

Otro signo del desarrollo legislativo del principio del sometimiento de la Administración al derecho es el hecho de la regulación formal expresa del procedimiento mismo, lo que ha dado origen a un cuerpo de enunciados sobre el ámbito de aplicación de estas leyes, basado en su obligatoria aplicación y acatamiento; habiendo incluso algunas leyes, como la Ley 27.444 del Perú, definido el propio procedimiento administrativo, como:

“Conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados (Art. 29)”.

a. *El principio de la generalidad*

El principio fundamental que rige en esta materia es el de la generalidad, es decir, dictada una ley de procedimiento administrativo, ésta establece un régimen básico, común (de allí la nueva denominación de la Ley Española como ley de “Régimen Común”) o general (de allí la denominación de la Ley Peruana) que se aplica a toda la Administración Pública, salvo excepciones siempre expresas.

Por supuesto, hablar de la Administración Pública exige precisar si ésta debe definirse desde el punto de vista orgánico o funcional, y lo cierto, en general, es que las leyes de procedimiento administrativo han optado por un criterio orgánico para definir su ámbito de aplicación, siendo la excepción la definición de dicho ámbito de aplicación mediante criterios funcionales.

Esta excepción se da, sin embargo, en el caso de Brasil y Colombia. La Ley de Brasil, en efecto, prescribe que los preceptos de la misma “se aplican a los órganos de los Poderes Legislativos o Judicial de la Unión, cuando desempeñen la *función administrativa*” (Art. 1, Parágrafo 1º). Por su parte, en Colombia, el Código Contencioso Administrativo (1984), en el libro sobre Procedimientos Administrativos, prescribe que sus normas se aplican al *ejercicio de la función administrativa*, sea cual sea el órgano o entidad que la ejerza: puede tratarse de los órganos de todas las ramas del Poder Público, de entidades descentralizadas, de órganos desconcentrados de rango constitucional y de entidades privadas “cuando unos y otros cumplan funciones administrativas” (Art. 1).

Por ello, la definición del ámbito de aplicación del Código de Colombia es funcional; sea quien sea que ejerza la función administrativa se rige por sus normas, trátese de un órgano del Congreso, de la Administración, o de las entidades particulares cuando dictan actos administrativos.

En esta misma orientación se ubica la Ley del Perú, en la cual si bien se dispone que “será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública, la misma entiende por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública para los fines de su aplicación, las siguientes:

- “1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerio y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia (Art. 1)''.

Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo II, según el cual la ley "regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades" (Art. II, 1, Título Preliminar).

Pero, como antes se dijo, esta definición funcional es excepcional, en cuanto al ámbito de aplicación de las leyes de procedimiento administrativo, pues en el resto de los países latinoamericanos se ha optado por el criterio orgánico. Normalmente se aplican a la Administración Pública Centralizada como sucede en la Ley de Venezuela (Art. 1°), en el decreto 500/991 sobre Normas Generales de actuación administrativa y regulación del procedimiento en la Administración Central de Uruguay (1991) (Art. 1°), en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México (Art. 1°) y en la Ley Argentina de Procedimientos administrativos (Art. 1°); y en algunos casos, la aplicación de las leyes se extiende a la Administración Pública Descentralizada funcionalmente, como sucede en las leyes de Venezuela y Argentina.

b. *El principio de extensión*

Ahora bien, una consecuencia del criterio orgánico para precisar el ámbito de aplicación de las leyes de procedimiento administrativo, es la previsión en general, en su texto, de la posibilidad de extensión de su aplicación a otros órganos no comprendidos en dicho ámbito orgánico, como norma supletoria, siempre que haya posibilidad de su aplicación.

En aquellos países con un régimen federal, por ejemplo, Argentina, Brasil, México y Venezuela, la distribución territorial del Poder Público en forma vertical hace que los órganos políticos de los Estados o Provincias y municipales tengan autonomía, incluso para regular los procedimientos administrativos, no existiendo una sola y general ley nacional de procedimientos administrativos. Por ello, en México y en Brasil, la Ley se denomina "Ley Federal" de procedimientos administrativos, para distinguirla de las leyes de cada uno de

los Estados o Provincias de la Federación sobre procedimientos administrativos. En el caso argentino, la "ley nacional" de procedimientos administrativos es distinta e independiente de las leyes provinciales sobre procedimientos administrativos, las cuales, incluso, históricamente son anteriores a la ley nacional.

En el caso de Venezuela sucede lo mismo: siendo la forma del Estado la de un Estado federal, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos nacional en principio no está destinada a los Estados y Municipios, entidades que en principio tienen autonomía normativa para regular sus propios procedimientos administrativos. Sin embargo, por el principio de la extensión, la propia Ley Orgánica nacional señala que las disposiciones de la misma rigen respecto de los Estados y Municipios, "en cuanto les sea aplicable" (Art. 1°). En esta forma, a través de este principio de extensión se permite, a nivel de los principios del procedimiento, controlar la legalidad de la actuación de los Estados y los Municipios, hayan ellos dictado o no sus propias leyes u ordenanzas sobre procedimientos administrativos, lo que por la tendencia centralizadora ha sido excepcionalísimo.

En Venezuela, incluso, el principio de extensión condujo a prever la aplicabilidad de la Ley Orgánica a lo que eran las Administraciones Públicas funcionalmente autónomas de rango constitucional, como la Contraloría General de la República, el Consejo de la Judicatura y el Ministerio Público; entidades que han sido configuradas, en la Constitución de 1999, como órganos que forman parte de la penta división del Poder Público. Por ello, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la República habría que agregar, entre esas entidades a las cuales se debería aplicar la Ley "en cuanto su normativa les sea aplicable", a la Defensoría del Pueblo, al Consejo Nacional Electoral e, incluso, a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, creada con la eliminación del Consejo de la Judicatura.

Puede decirse, que este principio de la extensión ha adquirido una nueva dimensión en la Constitución venezolana de 1999 al haber establecido no sólo la forma federal del Estado sino al haber dispuesto a nivel nacional (Poder Público Nacional) la antes mencionada penta división del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) y haber regulado en el propio texto constitucional algunos aspectos de la Administración Pública. En efecto, la

Constitución de 1999 contiene un extenso Título IV relativo al "Poder Público", cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el Poder Público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (Poder Municipal, Poder de los Estados y Poder Nacional); y, en el nivel Nacional, en su distribución horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral).

En dicho Título se incorporó una sección relativa a "la Administración Pública", cuyas normas se aplican a todos los órganos y entes que ejercen esos Poderes Públicos. De allí que lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el Poder Público y que pueden considerarse como tal "Administración Pública".

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles territoriales del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal) que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las "Administraciones Públicas" *ejecutivas* de la República (administración pública nacional), de los Estados (administración pública "estadal"), de los Municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los Distritos Metropolitanos cuyos órganos ejercen el Poder Municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público, no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública *ejecutiva* (que ejercen el Poder Ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los Poderes Públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del Título IV de la Constitución de Venezuela, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, el Poder Electoral y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del Poder Judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial.

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, se ha dictado la mencionada Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), la cual, como lo indica su artículo 1º, tiene por objeto general:

- “1º) Establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública;
- 2º) Establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la administración descentralizada funcionalmente;
- 3º) Regular los compromisos de gestión;
- 4º) Crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y
- 5º) Establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos”.

Siendo una ley nacional, por supuesto, sus disposiciones son básicamente “aplicables a la Administración Pública Nacional” (Art. 2). La Ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración Pública que conforman los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional y aquéllos que conforman la Administración Pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del Poder Público Nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica sólo se les aplican “supletoriamente” (Art. 2). En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al

artículo 2 de la Ley Orgánica, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los Poderes Públicos que derivan de la distribución territorial del Poder Público, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública “los principios y normas [de la Ley Orgánica] que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados, Distritos metropolitanos y Municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

En cuanto a las demás regulaciones de la Ley Orgánica, rige el mismo principio de su posible aplicación supletoria a las Administraciones Públicas de los Estados y Municipios (Art. 2).

c. *Los procedimientos excluidos*

Como excepción al principio de la generalidad, muchas leyes de procedimiento administrativo establecen excepciones expresas y precisas respecto de su aplicabilidad a determinados procedimientos. En Venezuela, por ejemplo, quedan excluidos de la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, “los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado” (Art. 106).

En sentido similar, el Código colombiano precisa que sus normas:

“No se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas. (Art. 1)”.

En Colombia también se excluyen de la aplicación del Código los procedimientos “para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción” (Art. 1).

En Argentina, en esta materia, la Ley de Procedimientos Administrativos autoriza al Poder Ejecutivo para dictar el procedimiento administrativo que regirá respecto de los organismos militares y de defensa y seguridad, a propuesta de éstos, adoptando los principios básicos de la Ley y su reglamento. (Art. 2).

En México, la Ley Federal establece una amplia exclusión de la aplicabilidad de la Ley, al disponer que la misma no será aplicable a:

“Las materias de carácter fiscal, financiero, responsabilidades de los servidores públicos, electoral, competencia económica, justicias agraria y laboral, así como al Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales. (Art. 1)”.

B. *Los procedimientos especiales y el principio de supletoriedad*

Otro principio derivado de la regulación del procedimiento administrativo es el principio de supletoriedad vinculado al régimen de los procedimientos especiales.

En efecto, en todas las leyes de procedimiento administrativo se señala que pueden haber procedimientos especiales, que serían los aplicables en el caso concreto, conforme al principio de la especialidad. Paralelamente, sin embargo, se regula el principio de la supletoriedad, en el sentido de que en estos procedimientos especiales se aplica el régimen general de la Ley, en todo lo no regulado en los referidos procedimientos especiales.

Es el caso del Código Colombiano, en cuyo artículo 1º se prescribe que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, se rigen por éstas y, en todo lo no previsto en ellas, se aplican las disposiciones del Código. En igual sentido, el régimen venezolano de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que si hay procedimientos regulados en leyes especiales, estos se aplican con preferencia al procedimiento ordinario previsto en la Ley, en las materias de su especialidad (Art. 47). La supletoriedad también la regula con precisión la Ley peruana, al disponer que los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia:

“Se rigen supletoriamente por la presente ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto (Art. II, 2)”.

En esta forma, el principio supletorio es un rasgo común de estas leyes de procedimiento administrativo, que también recogen las leyes

de México (Art. 2), de Argentina (Art. 2), de Brasil (Art. 68) y de Honduras (Art. 2).

C. *El régimen supletorio del procedimiento civil*

Otro principio general supletorio que se puede identificar en el régimen de las leyes de procedimiento administrativo, es el relativo a la aplicabilidad de las normas procesales generales respecto de los procedimientos administrativos. Entre las leyes de procedimiento administrativo que regulan este aspecto están las de Costa Rica, México, Honduras y Perú.

En efecto, la Ley General de Costa Rica destinada a regular los procedimientos que se desarrollan ante la Administración, precisa que en ausencia de disposición expresa de su texto se deban aplicar "supletoriamente", en lo que fueren compatibles, las otras leyes que contengan normas procesales, que son, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código de Procedimiento Civil (Art. 229). En sentido similar, el artículo 150 de la Ley de Honduras dispone que:

"Artículo 150. Para la resolución de cuestiones no previstas expresamente en esta Ley, serán de aplicación supletoria los principios generales del procedimiento administrativo y, en su defecto, las normas del Código de Procedimientos Civiles siempre que no fueren incompatibles con el régimen establecido por la misma".

En el Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que "la regulación propia del derecho procesal civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo" (Art. IV,2); y en México, la Ley Federal también prescribe que el Código Federal de Procedimiento Civil se aplicará, supletoriamente a esta Ley, en lo conducente (Art. 2).

Este, en todo caso, ha sido uno de los temas tradicionalmente más discutidos en relación al régimen procesal administrativo. Las leyes administrativas están regidas por el principio del informalismo y el principio de la flexibilización de la acción administrativa, por lo que, como principio, el Código de Procedimiento Civil no debería aplicarse al procedimiento administrativo. Incluso en países como Venezuela, los tribunales contencioso-administrativos han tenido un rechazo

sistemático respecto de admitir la aplicación de los principios del Código de Procedimiento Civil al procedimiento administrativo, precisamente, entre otros factores, por los principios del informalismo y antiritualismo que deben regir al procedimiento administrativo.

Por ello, en los casos de Costa Rica y de México, donde sí se remite expresamente al Código de Procedimiento Civil para lo no previsto en la ley, podría identificarse una fuerte contradicción entre el anti-formalismo del procedimiento administrativo y el excesivo formalismo que caracteriza las normas de procedimiento civil.

D. *El principio de exclusividad*

Ahora bien, regulado un procedimiento administrativo, sea en una ley especial o en una ley general de procedimiento administrativo, dicho procedimiento es el que debe aplicarse exclusivamente, siendo el único válido y admisible.

Por tanto, una vez regulado un procedimiento administrativo, puede decirse que queda eliminado todo ámbito de discrecionalidad de la Administración respecto de poder escoger o aplicar un procedimiento cualquiera.

Este es uno de los principios claves derivados 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. Lo contrario atentaría contra el régimen mismo del procedimiento.

Por tanto, como garantía de los particulares, en materia de procedimientos administrativos, el principio de exclusividad conduce, en relación a la Administración al principio de obligatoriedad.

2. *La obligatoriedad del procedimiento*

A. *El principio de la imperatividad*

En efecto, regulado legalmente un procedimiento, el mismo es de obligatoria aplicación. Así lo señala la Ley Federal mexicana, al prescribir que las disposiciones sobre procedimiento administrativo:

“Son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa. (Art. 12)”

Sin embargo, en las leyes de procedimiento administrativo se pueden identificar algunos supuestos en los que si bien se regula el procedimiento administrativo, el mismo podría no ser obligatorio. Es el caso, por ejemplo, de procedimientos que no afecten a los particulares. El procedimiento administrativo en último término, es una garantía de los particulares, por lo que, en definitiva, como lo señala la Ley de Honduras, los órganos y entidades de la Administración Pública:

“Estarán sujetos a la presente Ley, cuando declaren, reconozcan o limiten los derechos de los particulares (Art. 1)”.

Por su parte, la Ley General de Costa Rica también establece expresamente, en su artículo 308, que el procedimiento ordinario que regula, será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

- “a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
- b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente”.

Por ello, también agrega la Ley General de Costa Rica que el trámite que regula, se aplica “cuando el acto final haya de producir efectos en la esfera jurídica de otras personas” (Art. 215), es decir, pueda causar perjuicios o afectar a otros particulares, o cuando exista una contradicción o participación de particulares.

B. *Las clases de procedimiento*

Lo antes dicho permite distinguir los procedimientos administrativos según sus efectos y, entre ellos, los que afecten a los particulares y los que no los afecten, de lo que deriva su obligatoriedad.

Por ello, si el procedimiento es de efectos internos exclusivamente respecto de los órganos de la Administración, la Ley de Costa Rica prescribe que la Administración puede regularlo discrecionalmente. En consecuencia, la obligatoriedad es total cuando el procedimiento implique actos o acciones que vayan a afectar a los administrados, como lo señala la Ley de Honduras. Al contrario, cuando ésta afectación a los particulares no existe, la Administración tendría la libertad de escoger cualquier otra modalidad de procedimiento.

Una excepción a la obligatoriedad se encuentra en la Ley Federal mexicana cuando se refiere a aquellos casos en que “medie una situación de emergencia o urgencia, debidamente fundada y motivada”, supuesto en el cual la autoridad puede emitir el acto administrativo sin las formalidades del procedimiento, pero siempre respetando las garantías individuales (Art. 61). Con ello, en situaciones excepcionales podría obviarse el principio de la obligatoriedad, así como también el procedimiento, y dictarse el acto sin regirse por la norma preestablecida, pero siempre respetando las garantías de los particulares.

C. El principio de la responsabilidad

La obligatoriedad del procedimiento trae como consecuencia, en todas las leyes, la aplicación del principio de la responsabilidad. En consecuencia, la mora o la no aplicación del procedimiento o trámites compromete la responsabilidad tanto de la Administración como del funcionario.

Así está expresamente regulado en la Ley venezolana (Art. 6), en el Código colombiano y en la Ley peruana. En la primera, se declara responsable al funcionario por “retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo” establecido en la Ley (Art. 100); y en el Código de Colombia se destina uno de los títulos del Libro Primero a la responsabilidad del funcionario por no aplicar el procedimiento administrativo en la forma legalmente prescrita. (Arts. 76 a 79). La responsabilidad disciplinaria, en estos casos, en general, origina la aplicación de sanciones pecuniarias como se dispone en el Art. 151 de la Ley de Honduras; en el Art. 68 de la Ley de Brasil; y en el Art. 100 de la Ley de Venezuela.

En la ley del Perú, además, se detallan los supuestos de responsabilidad de los funcionarios por falta administrativa en el procedimiento administrativo, en los siguientes casos:

- “1. Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas.
2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos.
3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo.
4. Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia.
5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedito para ello.
6. No comunicar dentro del término legal la causa de abstención en la cual se encuentre incurso.
7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones.
8. Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones.
9. Incurrir en ilegalidad manifiesta.
10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial”.

En la Ley de Honduras, por su parte, se regula el procedimiento de queja ante el superior inmediato del presunto responsable, en relación con “los retrasos injustificados o defectos de tramitación durante el procedimiento”, a los efectos de la determinación de la responsabilidad disciplinaria, con intervención de la Contraloría General de la República (Art. 117). La Ley del Perú también regula en detalle el procedimiento de queja contra los defectos de tramitación (Art. 158).

3. *El principio del paralelismo de las formas*

Un principio que también se debe indicar como consecuencia de la regulación del procedimiento administrativo, es el principio del paralelismo de las formas.

Es decir, regulado un procedimiento para la producción de un acto administrativo, cualquier modificación posterior del acto dictado, aun cuando no esté regulada expresamente, debe seguir las mismas formas y formalidades prescritas para su producción inicial. Este principio puede tener una aplicación importante, porque muchas veces el ordenamiento sólo regula el procedimiento para la emisión del acto, pero no sus modificaciones. El principio del paralelismo de las formas obliga a que las modificaciones también se rijan por los mismos principios que guiaron la emisión.

La consagración de este principio, por ejemplo, está en la Ley del Perú, la cual al regular la potestad de la Administración para rectificar los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos indica que “la rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original” (Art. 201,2).

En todo caso, se trata de un principio que ha sido admitido por la jurisprudencia con mucha frecuencia, el cual puede conducir a nuevos ámbitos de control de la legalidad.

4. *La proscripción de las vías de hecho*

La consecuencia de la regulación del procedimiento y del necesario sometimiento a la ley que lo regula es la necesidad de que la Administración, en su actuación, tenga que seguir siempre las vías legales. La consecuencia de esto es que quedan proscritas las vías de hecho, las cuales existirían en toda actuación de la Administración que se aparte del procedimiento legalmente establecido o cuando la Administración pretenda adoptar una decisión sin que exista un acto previo que la autorice.

Este principio se encuentra regulado, por ejemplo, en la Ley Orgánica venezolana, en materia de ejecución de actos administrativos, al establecer que:

“Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a los actos. (Art. 78)”.

En sentido similar, la Ley de Honduras prescribe que:

“Ninguna actuación material que limite derechos de los particulares podrá iniciarse sin que previamente haya sido adoptada y legalmente comunicada la decisión que le sirva del fundamento jurídico (Art. 20)”.

Por ello, la actuación de la Administración mediante actos materiales se considera como una vía de hecho si no tiene su fundamento en un acto administrativo formal previo de la propia Administración.

En el caso de la legislación argentina, la regulación de las “vías de hecho” es expresa al imponer a la Administración la abstención de “comportamientos que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales” (Art. 9,a).

Incluso, en la Ley argentina se califica como “vía de hecho” la actuación consistente en poner en ejecución un acto administrativo cuando está pendiente algún recurso administrativo de los que impliquen efectos respecto de la ejecución del acto; o cuando habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado (Art. 9,b).

**

Como puede apreciarse de esta aproximación general sobre el significado de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina para el afianzamiento del principio de legalidad, sin duda, la Ley 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú tiene una significación muy especial por la riqueza de sus disposiciones, pues hasta cierto punto fue el punto culminante de la progresión legislativa en la materia. Como latinoamericano, una vez más felicito a todos aquellos que contribuyeron a su elaboración y sanción, y a su puesta en ejecución. En todo caso, el hecho de que dicha Ley se haya sancionado durante la Presidencia de Valentín Paniagua, además, la hace indisolublemente unida a su nombre, a su trayectoria académica como administrativista y a sus ejecutorias como hombre público de profunda vocación democrática.

Tuve el privilegio de haber sido su amigo, por lo que me complace mucho haber tenido esta oportunidad de rendirle, una vez más, homenaje así sea con este modesto trabajo.

§ 4. LA TÉCNICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO MECANISMO DE CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA*

Si algo caracteriza a la legislación dictada en Venezuela en los últimos y recientes años, ha sido la utilización indiscriminada en las leyes, de multitud de conceptos jurídicos indeterminados, lo que podría originar como apariencia, una supuesta ampliación del poder discrecional de los funcionarios llamados a aplicarlas.

Un ejemplo reciente, muy poco conocido por lo demás, es el caso de la nueva *Ley sobre Nacionalidad y Ciudadanía* de 2004, que entró en vigencia el 1º de enero de 2005⁷⁰, en cuyo artículo 52 se ha establecido, en una forma evidentemente inconstitucional, que el ejercicio de la ciudadanía puede suspenderse, además de por la inhabilitación política o la interdicción civil, que son las únicas causas establecidas en la Constitución, entre otras "causales", por ejemplo, por la aceptación de "hombres" de otro Estado, o por "la ofensa a los símbolos patrios".

Aparte de que estas "otras causales" de suspensión de la ciudadanía, es decir, de suspensión del ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos son evidentemente inconstitucionales, pues establecen restricciones a los derechos de los venezolanos y a la ciudadanía no autorizadas en la Constitución, el problema es determinar en los otros casos qué significa aceptar "hombres" de otro Estado. Por

* Texto de la conferencia en las Jornadas organizadas por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo sobre la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, Caracas 2005. Publicado en *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 217 ss.

70 *Gaceta Oficial* n° 37.971 del 1 de julio de 2004.

ejemplo, ¿a quien se le confiera la orden de Caballero de la Legión de Honor por el Estado francés, por los aportes a la cultura universal, estaría incurso en esta causal? ¿Es eso aceptar “honorés” de otro Estado”? Peor aún, ¿qué es o puede ser eso de “ofensa a los símbolos patrios”? ¿Usar una chaqueta con los colores de la bandera nacional en una fiesta o un mitin político podría ser tal ofensa?

Otra ley de reciente sanción ha sido la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* de 2004⁷¹, en la cual, también en una forma evidentemente inconstitucional, a la posibilidad de remoción de Magistrados de dicho Tribunal por decisión de la Asamblea Nacional por mayoría calificada como lo exige la Constitución (Art. 265), se ha agregado la posibilidad de remoción de dichos Magistrados por mayoría simple (Art. 23, 4) mediante “la anulación del acto administrativo de designación de los mismos por la Asamblea, en los casos en los cuales “la actitud pública” de los Magistrados “atente contra la majestad o prestigio del Tribunal Supremo, de sus Salas o de los Magistrados”; o cuando atente contra el funcionamiento del Tribunal Supremo, de alguna de sus Salas o del Poder Judicial”. Quedó así, a la merced de la mayoría política de la Asamblea la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo por estas causales basadas precisamente en conceptos jurídicos indeterminados.

Pero una de las leyes de mayor interés reciente en la materia, ha sido la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, también de 2004⁷² la cual, conforme a su artículo 1, tiene:

“[...] por objeto establecer, en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, para fomentar el equilibrio democrático entre sus deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y de contribuir con la formación de la ciudadanía, la democracia, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral

71 *Gaceta Oficial* n° 37.942 del 19 de mayo de 2004

72 *Gaceta Oficial* n° 38.081 del 7 de diciembre de 2004

de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

Esta Ley se caracteriza, entre otros aspectos, precisamente por la amplia utilización de conceptos jurídicos indeterminados, particularmente a los efectos de la imposición de sanciones, lo que sin duda puede dificultar su aplicación; destacándose, por ejemplo, las referencias a imágenes que “tengan un carácter soez” (Art. 6); imágenes que “tengan carácter obsceno, que constituyan imprecaciones” (Art. 6); “mensajes que atenten contra la formación integral de los niños” (Arts. 7, 28); “mensajes que tengan por objeto impedir o dificultar a los usuarios percibirlos conscientemente”; “mensajes que inciten al incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente” (Art. 28); “mensajes que inciten a alteraciones del orden público” (Art. 29); o que empleen “técnicas amarillistas”. ¿En qué consisten en definitiva estas expresiones?

Lo importante a señalar en relación con estos conceptos, en todo caso, es que la Administración no dispone en su aplicación, de poder discrecional alguno, por lo que la actividad administrativa que se realiza al aplicárselos, puede y debe estar efectivamente sujeta a control judicial contencioso administrativo.

El tema, por supuesto, no es nuevo en nuestra disciplina, pero siempre vale la pena recordarlo particularmente ante nuevas leyes limitativas y restrictivas del ejercicio de derechos ciudadanos.

Ha sido precisamente la consolidación del principio de legalidad y la ampliación progresiva de las técnicas de control de la actividad administrativa, la que han conducido a la tendencia de reducción progresiva de campos de actividad administrativa que antaño se consideraban como propios de la discrecionalidad de la Administración, es decir, de la libertad de apreciación de la oportunidad y conveniencia de la actuación, atribuida legalmente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control jurisdiccional.

Y ha sido, precisamente, el fenomenal esfuerzo por reducir la discrecionalidad administrativa, el que ha conducido a la identificación de estos llamados conceptos jurídicos indeterminados, para precisamente excluirlos del campo de la discrecionalidad.

Como sabemos, ello correspondió inicialmente a los juristas alemanes⁷³, y posteriormente, en España lo destacó inicialmente Eduardo García de Enterría⁷⁴, al estudiar esos denominados “conceptos jurídicos indeterminados” como “naciones jurídicas imprecisas”, y que la doctrina italiana tradicionalmente ha calificado como “discrecionalidad técnica”⁷⁵, para darle individualidad y diferenciarla de la discrecionalidad propiamente dicha.

Bajo este ángulo, es frecuente entonces, y a veces demasiado frecuente, encontrar en la legislación, regulaciones establecidas de una manera más o menos indeterminada, lo que sucede, precisamente cuando por ejemplo se utilizan expresiones como las antes indicadas, o como: orden público, interés general, justo precio, urgencia, buenas costumbres, interés general, moral pública, interés superior, y tantas otras.

Se trata, precisamente, de estos conceptos jurídicos indeterminados, que existen en todos los casos de regulaciones en las cuales el sentido concreto para la aplicación de la norma, no está resuelto ni está determinado con exactitud en la ley.

Es claro que tradicionalmente se había admitido que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados encajaba dentro de la discrecionalidad administrativa⁷⁶; pero con la identificación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, dicha discrecionalidad se ha reducido, al diferenciársela de aquellos.

En la discrecionalidad auténtica, la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, de manera que cualquier solución

73 Cfr. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 123 y ss.; Hans Klecatsky, “Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración”, *RCIJ*, Vol. IV, n° 2, Verano de 1963, p. 237. V., las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 224 ss.

74 E. García de Enterría. “La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo” (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *RAP*, n° 38, 1962, p. 171.

75. V., por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Administrativo*, Napoli, 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pp. 27 ss.

76 V., M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable. Cuando la ley dispone por ejemplo, que la Administración podrá adoptar las medidas que estime necesarias para el logro de un fin determinado (enumerando, incluso, las diversas medidas admisibles), según su apreciación de la oportunidad y conveniencia de la acción, cualquier decisión que se adopte puede considerarse como jurídicamente aceptable. Así, por ejemplo, en materia sanitaria, si la ley le atribuye a la Administración competencia para tomar medidas para prevenir la propagación de una enfermedad, pudiendo decidir, por ejemplo, la cuarentena de áreas determinadas, la vacunación obligatoria o el aislamiento de los enfermos, según su apreciación de la gravedad de la situación, cualquiera de la medida que se adopte dentro de los criterios de lógica, razonabilidad, proporcionalidad, es aceptable.

En cambio, en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados, la decisión que adopte la Administración solo puede ser una. Por ejemplo, en los casos de inmuebles en ruina. Cuando la Administración por ejemplo, tiene competencia para adoptar determinadas medidas para proteger a la ciudadanía ante las edificaciones que puedan encontrarse en estado de ruina, la elección de las medidas no es libre, pues en este caso, se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto, que admite sólo una solución justa.

Es común, así, que las Ordenanzas municipales sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones establezcan en general la necesidad de demoler o modificar según los casos, las edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina". Este es precisamente un concepto jurídico indeterminado, de manera que ante una edificación determinada, no cabe más que una sola solución justa: o la edificación se encuentra en ruina o no lo está; y esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional⁷⁷.

Como lo han indicado Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández,

"[...] la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la inten-

77 Cfr. E. García de Enterría, "La lucha contra...", *loc. cit.*, p. 174.

ción de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

"[...] Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite..."⁷⁸.

De ese criterio García de Enterría y Fernández, surge entonces otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados⁷⁹, y es que en la discrecionalidad, la operación que debe realizar la Administración es siempre de naturaleza *volitiva*; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta⁸⁰

En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración *Cree, juzga, estima, aprecia* que la edificación, por ejemplo, amenaza ruina.

Esta distinción provoca efectos importantes: mientras en el caso de la discrecionalidad no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley se la atribuye expresamente, dejando a salvo, sin embargo los límites de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos⁸¹.

78 *Curso de derecho administrativo*, Madrid. Ed. Civitas. 1998. Tomo I. p. 450

79 V., Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.*, p. 154

80 V., sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, n° 27.344 de 13 de enero de 1964.

81 Alejandro Nieto. "Reducción jurisdiccional. . .", *loc. cit.*, pp. 154-155.

El tema se ha considerado en la jurisprudencia venezolana desde hace más de 20 años. La primera decisión que se adoptó en la materia, fue la sentencia líder dictada por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 19 de mayo de 1983 (Caso: *RCTV- Programa Hola Juventud*), en la cual el problema se planteó en sus justos términos, en relación, precisamente, con transmisiones de Televisión⁸².

El caso fue el siguiente:

Conforme al Reglamento para las transmisiones de Televisión de 1980, entre los programas que podían transmitir las estaciones televisoras, estaban "los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito" (Art. 15).

De acuerdo con esta normativa, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones en un caso concreto de un programa denominado "Hola Juventud" que en una fecha determinada transmitía Radio Caracas Televisión, en el cual se había proyectado una escena de una obra de teatro, consideró que se ofendió la moral pública, "por cuanto aparecía la figura de un hombre desprovisto de vestimenta", razón por la cual sancionó a la empresa con la suspensión por un día del programa referido.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro brasileña denominada "Macunaima", y que personificaba el nacimiento de dicho personaje que era un héroe mitológico indígena. Se alegó que no podía considerarse que la escena ofendía la moral pública, razón por la cual no podía considerarse que la transmisión del programa había violado el Reglamento.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia respectiva declaró la nulidad de la Resolución impugnada, basándose en la siguiente argumentación:

82. V., sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público*, n° 34, Caracas, 1988, p. 69.

“El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada”⁸³.

Con base en esas premisas, la Corte Suprema de Justicia precisamente analizó en particular el concepto de “moral pública”, como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), y que, por tanto -dijo- “cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres”. “De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública -sostuvo la Corte-, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó”, concluyendo que “En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta

83. *Idem.* En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de “interés público” para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que “siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley” *Revista de Derecho Público*, n° 38, Caracas, 1989, p. 96.

afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad”⁸⁴.

Conforme a esta jurisprudencia, se consolidó en Venezuela la distinción entre lo que es el ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, como reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación de la Administración, y la consecuente ampliación de los poderes de control jurisdiccional.

Así, entonces, la discrecionalidad sólo existe cuando la Administración puede elegir entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una decisión es jurídicamente admisible⁸⁵.

En consecuencia, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública, o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público⁸⁶; o no se da; o una actuación es contraria a las buenas

84 *Idem*. La Corte, en su sentencia, continuó su argumentación: así: “En todo acto que supuestamente sea susceptible de afectar la moral, nuestra sociedad, toma hoy muy en cuenta la intención o el propósito que lo anima así como su forma de expresión. Tiene suficiente criterio para distinguir entre una imagen pornográfica sin duda torpe, despreciable y repudiable- la representación del cuerpo humano desnudo como creación artística o con una finalidad científica o por un requerimiento docente”.

“La Sociedad Venezolana actual admite como permisible la exhibición del cuerpo humano desnudo no sólo en los museos de arte o de ciencia, en la pintura y en la escultura, sino igualmente en revistas y otras publicaciones especializadas o de información general, así: como en las proyecciones cinematográficas y en las creaciones teatrales”.

“Se trata de hechos y aptitudes públicas y notorias que no exigen demostración especial, porque pertenecen a la experiencia diaria de la colectividad nacional”.

85 V., Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 234.

86 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 3742 de fecha 22-01-2003, al analizar los conceptos de “orden público” y “buenas costumbres” para resolver sobre la caducidad o no de una acción de amparo, hizo los siguientes razonamientos:

costumbres, o no lo es o el precio que se señala en la expropiación, por ejemplo, es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende; o existe un interés superior del niño⁸⁷ o no existe.

“Ahora bien, como ello no basta para declarar la caducidad de la acción interpuesta, debe verificarse la naturaleza de las infracciones denunciadas, particularmente, si las mismas atañen a la noción de orden público o lesionan las buenas costumbres, en cuyo caso debe estimarse que la caducidad se excepciona (*vid. stc. n° 150/2000*).

“Con miras a ello, debe apuntarse que ambas nociones: *orden público y buenas costumbres*, constituyen conceptos jurídicos indeterminados que adquieren significación práctica cuando el sentenciador vacía su contenido frente al caso concreto. La Sala ha entendido que, en materia de amparo, las infracciones al orden público o a las buenas costumbres son producto de actuaciones u omisiones que impliquen un total desconocimiento por parte del agente lesivo, del núcleo esencial de los derechos fundamentales que invisten al justiciable, cuyos efectos sean de tal entidad, que resulte lesionada la sociedad en general o parte de ella.

“De allí, que el consentimiento de esta clase de lesiones impida el nacimiento de la caducidad prevenida en el artículo 6 de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues de aceptarse la infracción podría generarse un caos social (*vid. stc. n° 1167/2001*). Contrario sensu, cuando la lesión denunciada afecta la sola esfera de intereses particulares de quien se erige como agraviado, nada impide que opere la caducidad, si éste no ejerciere en tiempo oportuno esta acción de tutela de sus derechos fundamentales”.

87 En la sentencia de la Sala Constitucional n° 1917 de 14-07-2003 , al referirse al concepto indeterminado “interés superior del Niño, se dispuso lo siguiente:

“El “interés superior del niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

“El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (Mendizábal Osés, L. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid. Ed. Pirámide. 1977. p. 49)

“Por ello, el “interés superior del niño” previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más

En estos casos, no hay una tercera posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble o está en estado ruinoso o no lo está. Como lo puntualiza García de Enterría, “hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”. Por ello califica el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados como un “proceso reglado”, porque no admite más que una solución justa; es, como se ha dicho, “un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas”⁸⁸.

Así lo puntualizó por ejemplo, en España, el Tribunal Supremo al calificar el concepto de “justo precio” en la expropiación, como un concepto jurídico indeterminado, indicando que sólo puede conducir a que el precio que se determine deba ser real y efectivamente “el verdadero y justo valor”. Se trata de la sentencia de 28-4-1964, pionera en este campo en el mundo de habla hispana, donde dicho Tribunal señaló:

“[...] las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho”⁸⁹.

Pero en Venezuela, además de la mencionada sentencia de 1983 del Caso: *Hola Juventud*, en otra sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, n° 2127 de fecha 9-10-2001, también se ha tratado el tema de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad administrativa, en este caso, con ocasión

allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social”.

88 V., E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

89 V., la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 273.

de decidir la impugnación de un acto administrativo de revocación de una visa de ingreso dada a un extranjero, por razones de “interés general”, típico concepto jurídico indeterminado. La Sala, en ese caso, declaró sin lugar la impugnación, siguiendo los siguientes razonamientos:

La Sala consideró que “el acto revocatorio de la visa cuando está soportado en razones de interés público, es un acto de naturaleza administrativa, que colinda entre los denominados actos administrativos soportados en la potestad discrecional y los actos administrativos cuyo sustrato es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, -dijo la Sala- tiene una mixtura por tener propiedades de ambos, y allí discurre”. Por eso, precisó la Sala- “su particularidad y distinción con el común de los actos administrativos”.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala distinguió:

“[...] la potestad discrecional [es decir], facultad que otorga la Ley a la Autoridad Administrativa para escoger entre varias soluciones igualmente autorizadas *ex lege* en un caso concreto (donde en más de las veces será por razones de oportunidad que se tome o no la decisión); y los actos que atienden a conceptos jurídicos indeterminados...que sólo admiten una justa solución, es decir, que el ordenamiento jurídico sólo permite o autoriza una específica resolución con absoluta exclusión de otras”.

En el caso concreto, la Sala precisó en materia de revocación de visas, “en una primera fase (la de los conceptos jurídicos indeterminados) la Administración tendrá que evaluar si el interés público se encuentra o no negativamente comprometido, es decir, si se revela una situación que atenta contra dicho interés” en cuyo caso, “tendrá que ponderar los elementos de juicio que se le presentan con la debida racionalidad”

Pero cuando queda de manifiesto una situación trasgresora del interés público, entonces, señaló la Sala,

“[...] se pasa a la segunda fase, donde la Administración con su arbitrio dispondrá o no la pertinencia de la revocatoria de la visa, a su entera discreción. Y sin lugar a dudas en el marco de la norma tal ejercicio es potestativo, ya que bien puede escoger por no revocar la Visa y así permitir la permanencia legal del ciudadano de que se trate, sin perjuicio

que los hechos violentadores del orden jurídico pueda comportar para él transgresor sanciones de otra índole (verbigracia, penas privativas de libertad por estar incurso en hechos penalmente sancionables)".

En la primera de las fases mencionadas, concluyó la Sala, "no hay discrecionalidad alguna, sino una racional evaluación de si el interés público se encuentra o no comprometido"; en cambio, "en la segunda fase, si existe un alto margen de discrecionalidad (revocar o no la visa)".

En otra sentencia, mas antigua, la nº 396 de 01-08-1991, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (Caso: *RCTV vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones*), resolvió otra impugnación contra un acto administrativo del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que también había suspendido una edición de un programa de televisión denominado "La Escuelita", por considerar que el mismo incitaba a la indisciplina, declarando, también en este caso, sin lugar dicha impugnación.

Para decidir la Sala se refirió a los diversos conceptos jurídicos indeterminados establecidos en la normativa entonces vigente para los programas de televisión (artículos 11 de la Ley Orgánica de Educación, 53 y 62 del Reglamento de Radiocomunicaciones y 20-ordinal 50- de la Ley Tutelar del Menor), en particular los conceptos: "contrario a la moral pública o a las buenas costumbres", "incitación a la indisciplina", "relatos de hechos poco edificantes", "presentación de una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa"; haciendo las siguientes consideraciones:

"La presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, ciertamente no concede *per se* discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, pues -como lo ha dejado establecido ya esta Corte- la discrecionalidad se define como el arbitrio de elegir entre dos o más soluciones justas, mientras que el concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo de 1983, citada)".

Dicho esto, en el caso concreto, la Sala advirtió que el recurrente había incurrido en una contradicción, “al alegar violación de los límites de la discrecionalidad y, al mismo tiempo [alegar], que la “contrariedad a la moral pública” es un concepto jurídico indeterminado” en el cual no sería subsumible el supuesto de hecho que habría motivado la suspensión del número “La Escuelita”; y estableció lo siguiente:

“a) El concepto “contrariedad a la moral pública”, si bien -según declaró la Sala en la sentencia antes citada- es cambiante, de acuerdo con las condiciones culturales del pueblo, no lo es hasta el punto de no tener ninguna sustantividad, ni puede considerarse al público como el “juez idóneo” para determinar su contenido. En efecto, si no tuviera ninguna sustantividad, tampoco tendría sentido alguno su consagración legislativa; y si su contenido debiera establecerse según el criterio de la “opinión pública” tampoco sería razonable que una autoridad (la policía de espectáculos) velara porque los medios de comunicación social no incurrieran en él, pues la “opinión pública” es fácilmente manipulable, a corto o a largo plazo, aun por los propios medios de comunicación. Por esto último, bien dispone el Código de Ética de la Televisión Venezolana que el criterio que ha de considerar el juez para establecer tal concepto es el de un “sector *responsable*” de la comunidad (artículo 35), y no cualquiera”.

Partiendo de estos razonamientos, la Sala señaló que no tenían “demasiada relevancia los argumentos de la actora sobre la “finalidad jocosa” del número suspendido, ni sobre la ausencia de “escándalo público” causado por el mismo, agregando lo siguiente:

“[...] un programa, en efecto, con “finalidad jocosa” puede traspasar los límites exigidos por la moral pública, las buenas costumbres o el respeto a la institución educativa o a la dignidad de la persona o a la disciplina escolar, etc.; y, por otra parte, el “escándalo público”, entendido como manifestaciones callejeras, o protestas similares, no se exige para que se configure alguno de los conceptos jurídicos indeterminados que comentamos. Basta que a un sector “sustancial y *responsable*” de la comunidad pueda parecer objetable, lo cual es una medida que se deja a la prudencia del funcionario administrativo o del juez, para la determinación de los conceptos, similar a la que en Derecho Civil se usa para calificar la culpa (“buen padre de familia”); para que, en consecuencia, no resulte “arbitraria”, aunque -como queda dicho- sea “prudencial”.

El tema básico en discusión, en todo caso, incidía en el análisis de los conceptos invocados por la Resolución impugnada para ordenar la suspensión del programa, tales como "relatos de hechos poco edificantes" o "incitación a la indisciplina", "patético" "sensación", "sombrio". La Sala constató que en dicho programa de "La Escuelita", resultaba un hecho no discutido, que era que una maestra amenazaba con armas de fuego (aun cuando era de juguete), y con objetos contundentes a sus alumnos, en un salón de clases, mientras éstos hacían alusiones políticas en forma burlona. De ello observó la Sala, para declarar sin lugar el recurso de nulidad, que ciertamente:

"[...] de tales hechos no se desprende que el número [del programa] objeto de la medida de suspensión definitiva fuera de los que producen terror en los niños, ni de los que incitan a la deformación del lenguaje ni al irrespeto a la dignidad personal ni al odio ni a la violencia. En cambio, sí incitaba -estima la Corte- a la indisciplina y presentaba una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa, sin que sea óbice para ello la naturaleza jocosa del número, pues bien pueden ejecutarse guiones cómicos sin necesidad de agredir la imagen de la institución y, en general, respetando la moral pública, las buenas costumbres, la disciplina y los demás conceptos por los que debe velar la policía de espectáculos".

Como se puede apreciar de estos precedentes jurisprudenciales, el tema de los conceptos jurídicos indeterminados en relación con las regulaciones relativas a los programas de radio y televisión no es nuevo. Se ha planteado y con la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, sin duda, se seguirá planteando.

El tema, en todo caso, también se ha planteado en otras latitudes, como en España, y en Italia, con base en la distinción entre la llamada "discrecionalidad administrativa" y la "discrecionalidad técnica". La discrecionalidad administrativa, en esta forma, se ha definido "como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido"⁹⁰; en cambio en la "discrecionalidad técnica" no existe tal escogencia; como lo destacó Sandulli, en la discrecionalidad técnica "la escogencia del

90 V., P. Virga *op. cit.*, p. 19.

comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, ya fue realizada a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por el Legislador”, por lo que a la Administración sólo le queda realizar una valoración sobre la base de conocimientos (y por lo tanto, de reglas) técnicos, como son aquellos de la medicina, de la ética, de la economía..., como es el caso, por ejemplo, del valor económico de un bien⁹¹. La “discrecionalidad técnica” por tanto, en realidad no es discrecionalidad, derivando su denominación de lo que Giannini llamó un error histórico de la doctrina⁹².

Por esta razón, por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que “en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica” autorizando al Juez para “controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad” (Art. 16).

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo de los conceptos jurídicos indeterminados, (aún cuando sin utilizar el concepto) mediante el desarrollo del control jurisdiccional en cuanto a la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos⁹³.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914⁹⁴, en el cual se consideró el poder de un Prefecto, conforme a la Ley de 13 de julio de 1911, para negar el otorgamiento de permisos de construcción en determinadas áreas urbanas de París, cuando el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública no se encontrase acorde a las prescripciones hechas en interés de la seguridad pública, de la salubridad o de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en su decisión, a requerimiento del Sr. Gomel, en par-

91. V., Aldo M. Sandulli, *op. cit.*, p. 574.

92. V., Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, p. 488.

93. V., A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 531-549.

94. CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. Vid. en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^o ed., París, 1978, p. 124

ticular entró a apreciar si la construcción atentaba contra “la perspectiva monumental existente” como había sido considerado por la Administración, concluyendo que en el caso concreto de la plaza Beauveau de París, en la cual se proyectaba la construcción que podría ser observada en su conjunto como formando una perspectiva monumental, consideró que el Prefecto, al negarse a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se ha considerado como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez contencioso administrativo, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe verificar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifiquen la decisión tomada⁹⁵. Es así que el juez contencioso administrativo ha controlado de una manera constante el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de una película (CE 18 déc 1959, *Société Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. Mayras)⁹⁶.

Pero posteriormente, esta reducción del ámbito de la discrecionalidad, también se ha producido en Francia a través del denominado control jurisdiccional del “error manifiesto de apreciación” y de la aplicación por el juez del principio del “balance-costos-beneficios. En el primer caso, André De Laubadère, se refirió a los casos de “aparición de control del poder discrecional”, precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales “el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en que casos hay poder reglado, transformándose entonces una com-

95 V., Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 125.

96 *Idem*, p. 125.

petencia aparentemente discrecional en una competencia reglada⁹⁷, o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, “descubre” las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión.⁹⁸

En el caso del principio “balance-costo-beneficio”⁹⁹, también ha conducido a la jurisprudencia francesa a descubrir competencias regladas en lo que aparentemente es el ejercicio de poderes discrecionales, desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de “utilidad pública”.

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional de lo que se creía era poder discrecional se sitúa en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971¹⁰⁰, con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaró de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que implicaba el proyecto, podía evitarse si se disponía de un proyecto distinto al de la autopista programada. El proyecto, se dijo, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada, lo que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar “la utilidad pública de la operación” y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó:

[...] que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo fi-

97 V., A. De Laubadère, *loc. cit.*, p. 535.

98 *Idem.*

99 V., Jeanne Lemasurier, “Vers un nouveau principe général du droit. Le principe “bilan-cout-avantages””, *Melanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 551-562.

100. CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé “Ville Nouvelle Est”*, Rec. 409, Conclusiones de Braibant. Vid. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 561-574.

nanciero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta”¹⁰¹.

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el *arrêt Ville Nouvelle Est*, a propuesta de G. Braibant, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, habida cuenta del balance de las ventajas e inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma sino también su costo social¹⁰². Marcel Waline, al comentar el “considerando” del *arrêt* constató que:

“El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo”¹⁰³.

En el mismo sentido del *arrêt Ville Nouvelle Est*, el Consejo de Estado se pronunció en el *arrêt Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972¹⁰⁴, juzgó sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba el Hospital Psiquiátrico Sainte-Marie, lo que no sólo implicaba oponer el interés general a los intereses particulares, sino que comportaba un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su *arrêt*, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la inconveniencia de la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor

101. V., en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 563.

102. *Idem*, pp. 568-569.

103. M. Waline, “L’appréciation par le juge administratif de l’utilité d’une project”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, 1973, p. 454; *cit.*, por J. Lemasurier, *loc. cit.*, p. 555.

104. CE 20 octobre 1972, Rec. 657, Conclusiones de Morisot.

de un hospital, que no solo le producía ruido sino que lo privaba de toda posibilidad de expansión futura¹⁰⁵.

En todos estos casos, las decisiones del juez no inciden realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admiten una solución justa: o la obra es o no es de utilidad pública. El balance costo-beneficios que ha efectuado el Consejo de Estado, es precisamente lo que la Administración está obligada a hacer en cada caso para adoptar la única solución justa que derive de concretizar el concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" en un proyecto de expropiación. El juez contencioso administrativo, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance, lo que controla no es el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, "corrige las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas", como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos¹⁰⁶.

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

105 V., en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 569.

106 V., M. Waline, "L'appréciation..." *loc. cit.*, p. 461. El problema se plantea, incluso, en los casos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina y Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló "si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema, están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos" (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: "si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo", Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 216.

“La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad”¹⁰⁷.

Se destacan, en esta forma, los avances que en su momento significó esta jurisprudencia para el control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, basada, sin decirlo, en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que contribuyó a identificar lo que era sólo una apariencia de discrecionalidad.

En todo caso, con una legislación como la venezolana reciente, que ha sufrido una inflación de conceptos jurídicos indeterminados, resulta indispensable para los abogados tener presentes estas técnicas de control judicial, pues tarde o temprano podremos volver a tener una jurisdicción contencioso-administrativa autónoma que pueda realmente juzgar la actuación de la Administración.

107 *Cit. Por A. De Laubadère, loc. cit. p. 540.*

§ 5. NOTAS SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SOBRE SU DELIMITACIÓN Y SUS LÍMITES*

I. LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: ENTRE LA ACTIVIDAD REGLADA Y EL PODER DISCRECIONAL

El principio de la legalidad es la más acabada garantía establecida en el Estado de derecho en beneficio de los administrados, “contra las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva”¹⁰⁸, para lo cual, el ordenamiento jurídico debe establecer el marco legal de la misma. Sin embargo, no toda la actividad a cargo de la Administración tiene que tener establecida “precisos límites” en dicho ordenamiento a los cuales deba aquella ceñirse, por lo que en muchos casos es la propia ley la que otorga a la Administración amplios poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones. Ello sucede, por ejemplo, en los casos en los cuales, la ley faculte a la Administración para obrar, por ejemplo, como lo indicó la antigua Corte Federal de Venezuela en sentencia de 6 de noviembre de 1958:

“El uso del verbo “poder”, en la oración “podrá reducir las penas” [de una norme legal], indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho -no el deber ni la obligación-, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artícu-

* Documento preparado para el Taller Estratégico sobre “Procedimientos administrativos y justicia administrativa en América Latina”, Programa Estado de derecho para América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, Ciudad de México, 28 y 29 de mayo de 2007

108. Corte Federal (Venezuela) sentencias de 17 de julio o 23 de octubre de 1953, *Gaceta Forense* n° 1, Caracas 1953, p. 151 y n° 2, Caracas 1953, p. 64.

lo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad"¹⁰⁹.

Ello ha sido, precisamente, lo que ha dado origen a la distinción clásica en materia de actividad administrativa, entre la administración reglada y el poder discrecional; distinción a la cual se refirió hace varias décadas la misma antigua Corte Federal de Venezuela de Venezuela al expresar que:

"Los actos administrativos son de dos categorías: los *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y los *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley"¹¹⁰.

En este sentido, en otra sentencia la misma antigua Corte estableció la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos, indicando que estriba

"[...] en que en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o

109 V., sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, Caracas 1958, p. 133.

110 V., Sentencia de la Antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 1, Caracas 1953, p. 151.

consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*¹¹¹.

Entendida en esta forma, la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar actividades y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación¹¹².

En todo caso, el ejercicio de una actividad discrecional tiene siempre su fundamento y su razón de ser en una ley. La discrecionalidad, dijo hace años Ballbe, "no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación"¹¹³. En este mismo sentido, la jurisprudencia venezolana sostuvo hace años que el funcionario sólo tiene las facultades que la ley le señala expresamente, por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente"¹¹⁴. Por todo ello, puede decirse que el primer límite del poder discrecional está en la ley que lo autoriza.

Este poder discrecional, que se da siempre que la ley otorgue a la autoridad administrativa la potestad de elegir entre varias decisiones conforme a su libre apreciación, por ello, obra como un aspecto me-

111 V., Sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 26, Caracas 1959, p. 125.

112 V., Sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, Caracas 1958, p. 133.

113 V, Manuel Ballbé, "Derecho Administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1949, p. 64 cit. por M. F. Clavero Arévalo, "La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública*, n° 7, Madrid 1952, p. 89.

114 V., Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 11 de agosto de 1949 en *Gaceta Forense*, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, n° 2, Caracas 1949, p. 140.

dular del derecho administrativo, al punto de que Marcel Waline afirmó hace más de medio siglo que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo, podría decirse "que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para salvaguardar los derechos de terceros (administrados o agentes públicos)"¹¹⁵.

Por tanto, si bien es cierto que el poder discrecional de las autoridades administrativas es una condición indispensable de toda buena y eficiente administración, también es cierto que su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes.¹¹⁶ Así, los dos extremos siempre presentes en el derecho administrativo, por una parte la salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional, y por la otra, la salvaguarda de los derechos de los administrados por la limitación de ese poder, en este campo deben también conciliarse para que el Estado no se vuelva anárquico o arbitrario¹¹⁷.

Es por ello que el derecho administrativo ha experimentado en las últimas décadas, en casi todos los países, un proceso progresivo de reducción de las llamadas "inmunidades de poder", donde tradicionalmente se había enmarcado el poder discrecional¹¹⁸; siendo este proceso uno de los aspectos de mayor interés comparativo en materia

115 Marcel Waline, "Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration", *Études et documents*, Conseil d'Etat, n° 10, París, 1956, p. 25.

116 Sobre los poderes discrecionales y sus límites, V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 52 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas 1980, pp. 203-222; Allan R. Brewer-Carías, "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas 1966, pp. 255-278 y en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, n° 2, Caracas 1966, pp. 9-35.

117 Cfr. Marcel Waline, "Étendue et limites...", *loc. cit.*, p. 25; J. M. Hernández Ron, "La potestad administrativa discrecional" en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nos. 35-36, Caracas 1943, p. 8.

118 V., el clásico trabajo de Eduardo García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo" (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *Revista de Administración Pública*, n° 38, Madrid 1962, pp. 159 a 205.

contencioso-administrativa, y donde la labor de los jueces ha sido fundamental¹¹⁹.

Esa evolución, en efecto, no ha sido ni ha podido ser la obra de puras y abstractas regulaciones legales, sino que la reducción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo, fue inicialmente el resultado de todo un "vasto movimiento de lucha por el derecho"¹²⁰ en el que naturalmente, no fue sólo responsable y ni siquiera primariamente el legislador; sino que en ella se destacó la obra de la *jurisprudencia*, en la cual se pueden distinguir dos fases que se han agrupado dentro de la expresión "control del poder discrecional". Tal como lo señaló en su momento Alejandro Nieto, en "el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control -en la medida de lo posible- de lo que sí es discrecional"¹²¹.

Por ello, al referirnos al poder discrecional y, en particular, a sus límites, debemos distinguir, primero, aquellas áreas del actuar administrativo que no se configuran realmente como ejercicio del poder discrecional y que corresponde al ámbito de los llamados conceptos jurídicos indeterminados; segundo, los límites derivados de la vigencia del principio de la legalidad y que permite el control de los actos administrativos en lo que no es realmente discrecionalidad; y tercero, los límites que efectivamente constituyen la reducción de la discrecionalidad o de la "libertad de apreciación de los hechos"¹²², impuestos por los principios generales del derecho.

119. En relación a la jurisprudencia clásica venezolana sobre el tema, V., en Allan R. Brewer-Carías, "El Poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, n° 28, Caracas 1964, pp. 187-194; en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas 1975, pp. 575-621.

120 E. García De Enterría, "La lucha...", *loc. cit.*, p. 166.

121 Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *Revista de Administración Pública*, n° 44, Madrid 1964, p. 153.

122 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, Caracas 1958, p. 133.

II. LA REDUCCIÓN DEL CÍRCULO DE LA DISCRECIONALIDAD POR LA IDENTIFICACIÓN DE LO QUE NO ES DISCRECIONALIDAD: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

En la actividad administrativa han existido áreas de actuación que décadas atrás se habían considerado que pertenecían al campo del ejercicio del poder discrecional, es decir, de la apreciación de la oportunidad de la actuación que corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control judicial. Esas áreas han sido objeto de un gran esfuerzo doctrinal y jurisprudencial de reducción, para excluirlas de la discrecionalidad, lo que inicialmente adelantaron los juristas alemanes¹²³, y que en España fue destacado por Eduardo García de Enterría¹²⁴ mediante la identificación de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados" o "noción jurídicas imprecisas"; calificados por la doctrina italiana como casos de "discrecionalidad técnica"¹²⁵

El proceso se verificó igualmente partiendo del principio de la legalidad y de la consideración de que la ley puede regular la actividad administrativa de una manera más o menos indeterminada, por ejemplo, cuando se utilizan expresiones como justo precio, urgencia, interés general, orden público y otros similares. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular, no la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata¹²⁶. Por esa indeterminación, tradicionalmente se admitía que la calificación de los hechos en estos casos determina-

123 Cfr. E. Forsthoﬀ, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pp. 123 y ss.; Hans Klecatsky, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Vol. IV, nº 2, Verano de 1963, p. 237. Vid. las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 224 ss

124 E. García de Enterría. "La lucha contra...", *loc. cit.*, p. 171.

125 V., por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Administrativo*, Napoles 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano 1972, pp. 27 ss.

126 Cfr. E. García de Enterría, "La lucha contra..." *loc. cit.*, p. 171; A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.*, p. 154.

dos encajaba dentro de la discrecionalidad¹²⁷; sin embargo, lo cierto es que los conceptos jurídicos indeterminados han servido para reducir la discrecionalidad.

A tal efecto, la diferencia entre la discrecionalidad y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se puede fijar, como mínimo, en que en la discrecionalidad auténtica, la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas, en principio es jurídicamente irreprochable; en cambio, en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados la elección no es libre, sino que se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto y que admite sólo una solución justa. Por ejemplo, cuando una Ordenanza municipal establece la posibilidad de que la autoridad pueda ordenar la demolición o modificación de las edificaciones que “amenacen o se encuentren en ruina”, lo que se configura es un concepto jurídico indeterminado, en el sentido de que ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la misma se encuentra en ruina o no lo está. Esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional¹²⁸.

Esto significa, como lo dijo Alejandro Nieto¹²⁹, que en la discrecionalidad la operación que debe realizar la Administración es de naturaleza *volitiva*, como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y un límite mínimo claramente determinado¹³⁰; en cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de naturaleza *intelectiva*, en el sentido de que la Administración estima, juzga o determina que la edificación amenaza ruina. Tal distinción provoca efectos importantes, pues mientras en el primer caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley la ha atribuido expresamente, en el segundo caso siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya

127 V., M. Stassinopoulos, *Traite des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, n° 82, Atenas, 1954, pp. 185 y ss.

128 Cfr. E. García de Enterría, “La lucha contra...”, *loc. cit.*, p. 174.

129 V., Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, p. 154

130 V., sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial*, n° 27.344 de 13 de enero de 1964.

equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales¹³¹.

Como ejemplo de este control puede citarse lo resuelto en sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 19 de mayo de 1983¹³², al conocer de la impugnación de un acto administrativo que había decidido la suspensión de un programa de televisión por ofensas a la moral pública. En el caso, el Reglamento relativo a la Radiodifusión Audiovisual (Televisión) de 1980, establecía que dichas estaciones, entre los programas que podían transmitir, estaban "los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito" (Art. 15). El Ministerio respectivo con competencia en materia de comunicaciones, consideró que en el caso, referido a un determinado programa (Hola Juventud), transmitido por una estación de televisión, en una fecha determinada, "se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta", razón por la cual la Administración sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro denominada "Macunaima" de Brasil, y que personificaba el nacimiento de dicho personaje, quien era un héroe mitológico indígena; y que no podía considerarse que ofendía la moral pública, razón por la cual se consideró que la transmisión del programa no había violado el Reglamento aplicado.

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia, al anular la Resolución impugnada, se basó en la siguiente argumentación:

"El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan

131 Alejandro Nieto. "Reducción jurisdiccional. . .", *loc. cit.*, pp. 154-155.

132. V., sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público*, n° 34, Caracas 1988, p. 69.

al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada¹³³.

Con base en esas premisas, la antigua Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de "moral pública", como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), el cual, consideró, "cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres". "De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública -sostuvo la antigua Corte-, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó", concluyendo que "En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad"¹³⁴.

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, ha conducido a una reducción

133 *Idem*. En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de "interés público" para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que "siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley" *Revista de Derecho Público*, núm. 38, Caracas, 1989, p. 96.

134 *Idem*.

efectiva del ámbito de la libertad de apreciación y a una ampliación de los poderes de control judicial. La consecuencia es que la discrecionalidad sólo existe cuando la ley deja a la Administración la elección entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una sola decisión es la jurídicamente admisible¹³⁵. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, una actividad es de utilidad pública, o no la es; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala para un bien es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay un tercer género o posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está.

Como lo puntualizó García de Enterría, "hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta". Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un "proceso reglado", porque no admite más que una solución justa: "es un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas"¹³⁶.

Sobre esto, el Tribunal Supremo de España, en relación con el concepto de "justo precio" como un concepto jurídico indeterminado, indicó que sólo podía conducir a determinar el precio en una expropiación como real y efectivamente un "verdadero y justo valor". Así, en una la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, de 28 de abril de 1964, el Tribunal señaló:

"[...] las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida

135. V., F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 234.

136. *Vid.* E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho"¹³⁷.

Esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados como área de actividad pública que no pertenece a lo discrecional, también se ha adoptado en Italia pero sobre la base de la distinción entre la llamada "discrecionalidad administrativa" y "discrecionalidad técnica". La discrecionalidad administrativa, así, se ha definido "como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido"¹³⁸; en cambio en la "discrecionalidad técnica" no existe escogencia alguna. Como lo destacó hace años Aldo Sandulli, en la discrecionalidad técnica "la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, fue realizada por el legislador a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por lo que a la Administración sólo le corresponde realizar una valoración sobre la base de conocimientos y de reglas técnicas, como son aquellas de la medicina, de la ética, de la economía, como sería el caso, por ejemplo, de la determinación del valor económico de un bien"¹³⁹. La "discrecionalidad técnica" por tanto, como lo destacó en su momento Massimo Severo Giannini, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina¹⁴⁰.

Por esta razón por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que "en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica" autorizando al Juez para "controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad" (Art. 16).

137. V., la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 273.

138. V., Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, p. 19

139. V., Aldo M. Sandulli, *op. cit.*, p. 574.

140. V., Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, p. 488.

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo aún cuando sin denominarlo como de los conceptos jurídicos indeterminados, y sin dejar de considerarlo como parte del ejercicio de potestades discrecionales, mediante el desarrollo del control jurisdiccional en relación con la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos¹⁴¹.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914¹⁴², en el cual se juzgó el poder legal de un Prefecto, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en los casos en los que se considerara que el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública, no se encontrase acorde con el interés de la seguridad pública, de la salubridad y, en particular, de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en un caso concreto en París, entró a apreciar si la construcción permitida atentaba contra “la perspectiva monumental existente” en una conocida plaza de París (Place Beauveau), concluyendo en el caso concreto que la misma no chocaba con la “perspectiva monumental” del sitio, por lo que consideró que el Prefecto, al haberse rehusado a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se consideró en su momento como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe verificar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada¹⁴³. Ello llevó al Consejo de Estado a controlar, por ejemplo, el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280,

141. V., A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français”, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, París 1974, t. II, pp. 531-549.

142. CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. V., en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^o Ed. París, 1978, p. 124

143. V., Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 125.

AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Société Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. Mayras)¹⁴⁴.

En este último caso, el Consejo de Estado estimó que el Alcalde respectivo, al haber prohibido la exhibición de un film en el municipio, había tomado la decisión correcta, al precisar el concepto jurídico indeterminado del "carácter inmoral" del film.¹⁴⁵ En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Société Les films Marceau*, Rec, 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinématographique*, Rec. 731), anulando la prohibición de exhibición de un film. En otro caso, rechazó el recurso contra la prohibición de proyectar otro film¹⁴⁶. En estos casos, se trató, de una operación de control de la calificación jurídica de los hechos por parte del juez o, si se quiere, de la aplicación por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Después de estas primeras manifestaciones, la reducción del ámbito de la discrecionalidad condujo en Francia, al control jurisdiccional en casos de "error manifiesto de apreciación" y mediante la aplicación del principio del "balance-costo-beneficios",

En cuanto al principio del "error manifiesto de apreciación" como mecanismo de control de la discrecionalidad, el mismo se aplicó por ejemplo en el *arrêt Société anonyme Libraire François Maspero*, de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. Braibant)¹⁴⁷, en el cual el Consejo de Estado decidió, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Interior de prohibir la circulación de la edición francesa de la *Revista Tricontinental*, editada en Cuba, que había sido adoptado

144. *Idem*, p. 125.

145. *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 490-493.

146. *Ibid.*, p. 493.

147. *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 575 ss.

en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación, distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que dicha decisión no podía ser discutida en la jurisdicción contencioso administrativa, al no estar “viciada de error manifiesto”, en cuanto a la apreciación del Ministro del Interior sobre el peligro que representaba la revista para el orden público¹⁴⁸.

En esta decisión, sin embargo, a pesar de tratarse de un tema propio de los conceptos jurídicos indeterminados, como se ha analizado, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual consideró que sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación. En sentido similar la doctrina consideró que en estos casos en los cuales

“[...] el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa”, activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la calificación jurídica de los hechos, sino solamente la legalidad de la motivación de la decisión. En estos casos, como en el *arrêt Maspero*, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella: “de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional”¹⁴⁹.

En todo caso, este criterio del “error manifiesto de apreciación” puede considerarse en Francia, como fundamental en cuanto a la limitación y control al poder discrecional conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad, particularmente cuando es aplicado a casos en los cuales se trate del verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el *arrêt Maspero*, en el cual sólo se trataba de juzgar si la Revista prohibida pre-

148. *Ibid*, p. 576.

149. *Ibid.*, *cit.*, p. 580.

sentaba peligro para el orden público de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André De Laubadère, cuando se refirió a los casos de "apariencia" de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales "el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada"¹⁵⁰, o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, "descubre" las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión.¹⁵¹

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se buscó descubrir competencias regladas en lo que aparentemente era el ejercicio de poderes discrecionales, fue el conocido principio del "balance-costo-beneficio"¹⁵², desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" .

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se puede situar en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971¹⁵³, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que había declarado de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de

150. V., A. De Laubadère, *loc. cit.*, p. 535.

151. *Idem*

152. V., Jeanne Lemasurier, "Vers un nouveau principe général du droit. Le principe "bilan-cout-avantages"", *Melanges offerts a Marcel Waline*, Paris, 1974, t. II, pp. 551-562.

153. CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle Est"*, Rec. 409, concl. Braibant. V., en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 561-574.

Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se hubiera dispuesto de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar “la utilidad pública de la operación” y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó “que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta”¹⁵⁴.

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el la decisión comentada, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, realizando el balance entre las ventajas y los inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma, sino también su costo social¹⁵⁵. Marcel Waline, al comentar el “considerando” del *arrêt* constató que:

“El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo”¹⁵⁶.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en otra decisión, *Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de

154. V., en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 563.

155. *Idem*, pp. 568-569.

156. M. Waline, “L’appréciation par le juge administratif de l’utilité d’une project”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, 1973, p. 454; *cit.*, por J. Lemasurier, *loc. cit.*, p. 555.

1972¹⁵⁷, al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba un Hospital Psiquiátrico (Sainte-Marie), caso en el cual no sólo se oponía el interés general a los intereses particulares, sino en el cual surgía un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su decisión, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, como inconveniente, no solo por el ruido que se producía sino porque privaba al hospital de toda posibilidad de expansión futura¹⁵⁸.

En todos estos casos, las decisiones del juez no incidieron realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admitían una solución justa: o la obra era o no era de utilidad pública. El balance costo-beneficio que efectuó el Consejo de Estado fue precisamente lo que la Administración estaba obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa al concretar el concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" en un proyecto de expropiación. El Consejo de Estado, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controló no fue el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, corregir "las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas", como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos¹⁵⁹.

157. CE 20 octubre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

158. V., en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 569.

159. V., M. Waline, "L'appréciation..." *loc. cit.*, p. 461. El problema se plantea, incluso, en los casos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina y Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló "si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y...media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos" (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: "si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en mate-

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

“La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad”¹⁶⁰.

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como lo continuó razonando la doctrina francesa, fue un importante avance inicial en cuanto al control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyeron a identificar lo que sólo era una apariencia de discrecionalidad.

III. LOS ASPECTOS REGULADOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DONDE NO TIENE CABIDA LA DISCRECIONALIDAD

Pero dejando aparte estos aspectos de reducción del círculo de la discrecionalidad, otro aspecto que contribuye a aislar el poder discrecional se refiere a los aspectos regulados (principio de legalidad) de los administrativos, tanto reglados como discrecionales, al estar sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y determina los efectos jurídicos a los mismos. En estos casos, es el principio de la legalidad el que impone que todos los ac-

ria de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo”, Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 216.

160. Cit. por A. De Laubadère, *loc. cit.* p. 540.

tos administrativos deban emitirse de acuerdo con las disposiciones preexistentes¹⁶¹.

Es decir, como lo estableció hace décadas la antigua Corte Federal de Venezuela de 17 de julio de 1953, si bien la Administración obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que pueda obrar al arbitrio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto"¹⁶².

Por tanto, los requisitos de forma de los actos administrativos siempre han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional¹⁶³; y es por ello, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1982 disponga que la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia de los actos administrativos. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley. En el mismo sentido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia¹⁶⁴, señalando que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia"¹⁶⁵.

161 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 26, 1959, p. 125.

Por otra parte, V., la sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa* de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, p. 193.

162 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 1, Caracas 1953, p. 151.

163 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, Caracas 1958, p. 134.

164 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, Caracas 1958, p. 134.

165 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 11, Caracas 1956, p. 28.

Pero en esta materia, hay elementos de fondo de los actos administrativos que la Administración está obligada a observar, quizá con mayor atención, cuando ejerce poderes discrecionales, y que se refieren al elemento causa o a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo y a su finalidad. Adicionalmente está, también, el principio de la igualdad que la Administración está obligada a observar en todas sus actuaciones.

1. *Las exigencias impuestas por la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional y la forma de apreciación de los hechos*

Dentro de los elementos de fondo de los actos administrativos, se destaca el elemento fáctico, es decir, los presupuestos de hecho del acto que configuran el elemento denominado causa¹⁶⁶. La determinación de estos presupuestos de hecho constituye una de las etapas que debe seguir la Administración para manifestar su voluntad, la cual no comprende ningún elemento de apreciación ni de juicio¹⁶⁷.

Por tanto, en esta determinación de los hechos, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, la Administración debe ceñirse a determinados límites en relación con la comprobación de los presupuestos de hecho del acto; en relación con la certeza de los mismos; y en relación con la correcta calificación de ellos. Estos tres son condicionantes de la actividad administrativa, incluso de la realizada en ejercicio del poder discrecional.

166 Cfr. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, p. 453. En este sentido Georges Vedel incluyó los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: V., *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, París, 1934, p. 361, cit. por Rafael Núñez Lagos, "La causa del acto administrativo" en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 113. Vid. asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 127.

167 Cfr. Michel Stassinopoulos, *Traite des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, n° 82, Atenas, 1954, p. 154; J. C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), París, 1959, p. 48.

A. *La comprobación de los hechos*

Como lo ha determinado la jurisprudencia, las decisiones administrativas se hayan condicionadas por "la *comprobación previa* de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la Administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente"¹⁶⁸.

Conforme a esta doctrina, por ejemplo, en un caso llevado ante la antigua Corte Suprema de Venezuela, la sentencia respectiva declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se le había concedido la nacionalidad venezolana a una extranjera, por el hecho de que la Administración no comprobó suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial impugnada, señalando, en el caso, "no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente". La Corte concluyó en el caso, por falta de elementos de prueba, que la "Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en hechos no comprobados* y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal"¹⁶⁹.

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la Administración. En consecuencia, en cuanto al acto discrecional, esta exigencia implica: En primer lugar, que todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho, no pudiendo haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe

168 V., sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 22 de mayo de 1963.

169 Sentencia de la antigua *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964.

hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes. Esto implica que la carga de la prueba en la actividad administrativa, recae sobre la Administración, como principio general muy importante.

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión"¹⁷⁰ evita, por otra parte, el llamado error de hecho¹⁷¹ que puede ser controlado también judicialmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad"¹⁷².

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo, acordando su nulidad, que "el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad*, de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto*", resultando procedente el recurso de nulidad solicitado¹⁷³.

B. *La calificación de los presupuestos de hecho*

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación de todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, la Administración, después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder a la subsunción de los hechos al presupuesto de derecho¹⁷⁴, es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "calificación jurídica de los hechos"¹⁷⁵ como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, que permite el control judicial de lo que la juris-

170 M. Letourneur, "El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente" en *Revista de Administración Pública*, nº 7, Madrid 1952, p. 221.

171 Cfr. M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 175 y sig.

172 Sebastián Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder como vicio del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 23, Madrid 1957, p. 138.

173 Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 33, Caracas 1961, p. 20.

174 Cfr. J. C. Venezia, *op. cit.*, p. 25

175 M. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 182.

prudencia italiana llamó la tergiversación de los hechos¹⁷⁶, y que en la actualidad se configura como el vicio de falso supuesto; es decir, el vicio que se configura "en la errada fundamentación fáctica del procedimiento administrativo, pues, la Administración fundamentó su decisión en hechos inexistentes, falsos y no relacionados con el asunto objeto de la decisión".¹⁷⁷

En este elemento está quizás, el área más rica de vicios del acto administrativo: el vicio en la causa, en la comprobación de los hechos, en la calificación de los hechos, e inclusive, en la propia existencia del supuesto de hecho. Por ello, el falso supuesto del derecho procesal encuentra aquí su asidero fundamental en materia de derecho administrativo. Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados.

Por otra parte, la Administración no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darle el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente.

En este sentido la jurisprudencia hace años indicó que "si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad*

176 Vid. en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo... cit.*, pp. 67-68. En la jurisprudencia italiana: Sebastián Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder. . .", *loc. cit.*, p. 135.

177 V., por ejemplo, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Caracas 2003, p. 400. El vicio es similar a la institución existente en el proceso civil en materia de casación, cuando se alega infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, y que procede, cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto*, atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un *hecho* con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia.

discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad"¹⁷⁸.

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se reducen a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, en la aplicación de este precepto legal, no tergiverse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación¹⁷⁹, ni falsee el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En tal sentido Sebastián Martín Retortillo consideraba que un acto se dictaba con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se fundase sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resultaban inexistentes o existentes, sino también bastaba con que en su realidad tales hechos fueran sustancialmente distintos a como fueron aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no consideraba debidamente elementos esenciales o por lo contrario, diera excesiva importancia a elementos accesorios¹⁸⁰.

La función de calificación de los hechos y sus límites, ciertamente es una actividad reglada y, por tanto, controlable en todos los actos administrativos, pero su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional. Como lo ha destacado la jurisprudencia, este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en "hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa"¹⁸¹, lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la Administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergi-

178 Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 17, Caracas 1957, p. 136.

179 Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 17, Caracas 1957, p. 136.

180 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.*, p. 131. Vid. asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964.

181 Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 17, Caracas 1957, p. 135.

versación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho¹⁸².

En esta materia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, establece en el artículo 12, como otro límite a la discrecionalidad, que el contenido del acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen su causa.

2. *Las exigencias impuestas por el principio de la finalidad*

El mismo artículo 12 de la Ley Orgánica, además, exige que el acto discrecional tenga adecuación con los fines de la norma que prevé su emisión por la Administración. Con esto se consagra legalmente el principio de la necesaria adecuación a la finalidad legal de los actos administrativos, de manera que el funcionario, al dictarlos, no puede desviar esos fines, y perseguir fines distintos a los previstos en la norma, así sean ellos plausibles desde el ángulo del servicio público. La no adecuación a los fines previstos en la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, regulado en el artículo 259 de la Constitución venezolana.

Sin embargo, en sus inicios ello fue destacado por la jurisprudencia al indicar que "la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la Administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que se persiguen con la norma legal, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público"¹⁸³.

De allí que otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, haya sido este de la finalidad perseguida, en el sentido de que la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración nacional, estatal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*"¹⁸⁴.

182 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder. . .", *loc. cit.*, p. 138

183 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 17, Caracas 1957, p. 135.

184 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 11, Caracas 1956, p. 28

La desviación de poder, por tanto, como vicio en la finalidad de los actos administrativos, "surge cuando la Administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley"¹⁸⁵, por lo que su configuración es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado¹⁸⁶, sino que dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente conforme al *fin específico* para cuyo logro le son concedidas las facultades determinadas que ejercita¹⁸⁷.

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación concreta del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita¹⁸⁸. En este sentido, un acto administrativo "aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, [está viciado si] en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*"¹⁸⁹.

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados*; por ello no puede la Administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, "aun cuando aquéllos respondan a la más estricta licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin"¹⁹⁰ que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

185 Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 20, Caracas 1958, p. 99.

186 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 1, Caracas 1953, p. 153.

187 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, "La desviación de poder en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, Madrid 1957, n° 22, p. 137.

188 *Cfr.* M. Latourneur, "La desviación de poder en Francia", *Cuadernos de Derecho Francés*, Nos. 14-15, Barcelona, 1960, pp. 19 y 21.

189 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 5, Caracas 1954, p. 218.

190 *Idem.*

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa, viene a ser otro de los límites impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

3. *Las exigencias impuestas por el principio de la igualdad*

Como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha, además, para que éste obre "según su *prudente arbitrio*, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*"¹⁹¹. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, como a toda actuación de la Administración, es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad -hay desigualdad y parcialidad- cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro¹⁹².

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional y, por tanto, aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio¹⁹³. De ahí que se haya hablado de la "irracionalidad de la desigualdad"¹⁹⁴.

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado judicialmente cuando de la actuación administrativa surge un disparate trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la Administración ha discriminado entre supuestos similares, dando a

191 Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, 1958, p. 133.

192 Cfr. Stasinopoulos, *op. cit.*, p. 212.

193 Cfr. Rafael Entrena Cuesta, "El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n° 37, Madrid 1962, p. 67.

194 J. F. Linares, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 197-229

unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos¹⁹⁵. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir, que ambas amenazan ruina, la autoridad administrativa ordena a uno la demolición, y al otro no.

La aplicación del principio de la igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada "vinculación del precedente"¹⁹⁶. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y, como consecuencia, dicho acto puede ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la Administración frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir en forma también idéntica.

4. *La motivación de los actos administrativos y el control de la discrecionalidad*

Uno de los elementos de forma de los actos administrativos de mayor importancia en cuanto al control de los mismos, particularmente de los discrecionales, es la motivación de ellos, es decir, la necesaria expresión formal de los motivos o causa de los actos. Ello es esencial para permitir que los jueces contencioso-administrativa puedan hacer realmente efectivos los límites impuestos al poder discrecional¹⁹⁷.

Esta exigencia de motivación de los actos administrativos, ciertamente que en la actualidad está consagrada formalmente en todas las leyes de procedimientos administrativos, pero sin duda, también fue la jurisprudencia la que la impuso en ausencia de aquellas. Ello se evidencia, por ejemplo, de la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la antigua Corte Federal donde se estableció lo siguiente:

195 Cfr. E. García De Enterría, "La interdicción. . .", *loc. cit.*, p. 149.

196 E. García De Enterría, "La interdicción. . .", *loc. cit.*, p. 150.

197 Cfr. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 198; José Guillermo Andueza, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública*. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, p. 13.

“Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o discrecional el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, ha de ser motivado, o mejor dicho, fundamentado con los razonamientos en que se apoya... En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, ha llegado a considerarse sustancial, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto”¹⁹⁸.

IV. LOS LÍMITES PROPIAMENTE DICHOS AL PODER DISCRECIONAL

Pero dejando aparte lo que sólo es apariencia de discrecionalidad que hemos englobado en torno a la aplicación, por la Administración, de los conceptos jurídicos indeterminados, y al cumplimiento de los aspectos regulados de los actos administrativos, el ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto: el acto administrativo que se adopte con base en el ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente¹⁹⁹.

198 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 17, 1957, pp. 132 y ss.

199. Allan R. Brewer-Carías, “Los límites...”, *loc. cit.*, p. 11.

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional²⁰⁰ y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho²⁰¹, y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, históricamente existieron en todos los países contemporáneos, donde con frecuencia se formuló el principio de que el juez no podía juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia para la adopción de un acto administrativo porque: "el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes"²⁰².

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina, desde hace décadas se aprecian esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que habiendo sido inicialmente librada por los jueces, ha venido teniendo como aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

200. En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (Caso *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos del ejercicio del poder discrecional, que siempre "puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad", *Gaceta Forense*, núm. 22, p. 134. Cf. Allan R. Brewer-Carías, "Los límites...", *loc. cit.* p.14.

201. Sobre la "veracidad y la congruencia de los hechos" como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (caso *Depositaria Judicial*) de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas 1982, p. 130.

202. *Idem.*

1. *Los principios generales del derecho*

Hace medio siglo, por ejemplo, uno de los clásicos tratadistas venezolanos, J. M. Hernández Ron, señalaba que “la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la equidad y a los principios generales del derecho*, hará la Administración”²⁰³. Ello implica que la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los principios generales del derecho y puede suponer un control judicial que no implica “una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial”²⁰⁴. Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico²⁰⁵.

Un punto de partida contemporáneo en este esfuerzo, puede situarse en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela adoptadas en los años cincuenta. En la primera (caso Municipalidad de Maracaibo) de fecha 24 de febrero de 1956, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que “la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no

203 J. M. Hernández Ron, “La Potestad Administrativa discrecional”, *loc. cit.*, p. 8.

204 A. Nieto, “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, p. 157.

205 Cfr. E. García de Enterría, “La lucha por...”, *loc. cit.*, pp. 178-179. En este mismo sentido M. F. Clavero Arevalo, “La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico”, *Revista de Administración Pública*, nº 7, 152, p. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho “constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho”.

obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin”²⁰⁶.

En la segunda sentencia (caso: *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, la antigua Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad discrecional, y decidir que “la manera como el funcionario administrativo ejerció la facultad discrecional” que le reconoce la ley no podía ser revisado por la Corte, el Supremo Tribunal reconoció que en los casos de atribución de poder discrecional debe entenderse que la Ley autoriza al funcionario: “para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”²⁰⁷.

Puede decirse que en este considerando la antigua Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela, fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios se agrega el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada²⁰⁸, y

206. *Gaceta Forense*, núm. 11, Caracas, 1956, pp. 27-30, V., en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, Caracas, 1975, pp. 611-612.

207. *Gaceta Forense*, n° 22, Caracas, 1958, pp. 133-134.

208. *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”, *loc. cit.*, pp. 27-33. *Vid.* los comentarios a nuestro análisis en Gustavo Urdaneta Troconis, “Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos” en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, pp. 395-399. En Colombia, al referirse a la necesaria sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho, Consuelo Sarría los resume así: “la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad* o *razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo con la razón con la lógica y congruente

debe agregarse también el principio de la *buena fe*, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal²⁰⁹.

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se englobaron en la exigencia de la "razonabilidad" en la actuación administrativa²¹⁰, en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se desarrolló particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía²¹¹, al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del *cómo* debe realizarse la función policial. La jurisprudencia argentina, así, conformó cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, exigiendo que la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas²¹².

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad

con la motivación, en cuanto la discrecionalidad no implica arbitrariedad; *la justicia*: el actuar de la Administración, aunque sea discrecional en el sentido de que puede evaluar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones, no puede ser injusto, deberá siempre ser equitativo, respetando los intereses de la Administración y de los administrados; *la igualdad*: la autoridad administrativa tendrá que respetar el principio de la igualdad que se aplica a todas las actuaciones del Estado enfrente a los particulares, en cuanto estos serán tratados en igualdad de condiciones, sin que pueda haber favoritismo por parte de las autoridades; *la proporcionalidad*: que debe existir entre los medios utilizados por la Administración y los fines de la medida; *el derecho a la defensa*: en cuanto la Administración antes de tomar una medida, debe oír al administrado", Consuelo Sarria, "Discrecionalidad Administrativa" en J.C. Cassagne y otros, *Acto Administrativo*, Tucumán, 1982, p. 118.

209. V., sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172.

210. V., Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

211. V., Ramón F. Vásquez, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, pp. 41 ss. y 122 ss.

212. Bartolomé A. Fiorini, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1958, p. 149.

administrativa (en lugar de “*bonus pater familiae*” el “*bonus magistratus*”) y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde, etc²¹³. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal como lo decidió la antigua Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar que “los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios”²¹⁴.

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria)²¹⁵.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27 de septiembre de 1971 afirmó que “los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio”²¹⁶.

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se desarrolló inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado con base en considerar que unas medidas eran injustificadas a todas luces e incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se censuraron jurisdic-

213. *Idem*, p. 158; Juan Francisco Linares, *op. cit.*, p. 164.

214. Caso *Reyes* de 25 de septiembre de 1959, Fallos t. 244, *cit.* por A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

215. Juan Francisco Linares, *op. cit.*, pp. 164 ss.

216. *V.*, en J. P. Cajarville, *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1988, p. 106.

cionalmente las actuaciones administrativas contrarias al “respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración” (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o “cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción” (sentencia de 25-3-72).

El Tribunal Supremo también acudió al principio *favor libertatis* para obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad²¹⁷.

2. *La progresión legislativa y jurisprudencial*

Ahora bien, esta interdicción de la arbitrariedad o la exigencia de la razonabilidad en la actuación de la Administración, como límite al ejercicio del poder discrecional, ha encontrado en América Latina, en muchos casos, consagración legislativa, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

En tal sentido, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece varias normas relativas al ejercicio del poder discrecional y al control judicial del mismo que deben destacarse. El artículo 15.1 de la Ley General, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder discrecional está “sometido en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable”, atribuyéndose el juez potestad para controlar la legalidad no sólo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino “sobre la observancia de sus límites” (Art. 15.2).

Ello lo refuerza la propia Ley General al prescribir en su artículo 216 que:

“La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél”.

217. Eduardo García de Enterría y Tomas R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1983, pp. 449-451.

El artículo 16.1 es reiterativo, en cuanto a este principio de la razonabilidad, al establecer que “en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia” (Art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a “los derechos del particular” (Art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

La Ley General, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso, y agrega en el artículo 160, que:

“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso”.

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, “deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento”. El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser “proporcionado al fin legal” del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional²¹⁸, con precisas referencias a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

218. V., los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica”, en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, 1981, p. 52; Eduardo Ortiz, “Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública”, *idem*, p. 386; Gonzalo Fajardo, “El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública”, *idem*, pp. 523-524.

La Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en la norma que hemos comentado del artículo 12, que prescribe:

“Aún 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”.

Se consagró así, expresamente, como antes hemos analizado, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino que se erigió como límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de “mantener la debida proporcionalidad”. Así se estableció también en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control judicial del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta última, en particular en América Latina, fue abandonando la vieja inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que está sometida plenamente a control judicial; de lo que sí es, propiamente, ejercicio del poder discrecional y en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, se impusieron en el materia de oportunidad, que tradicionalmente había estado excluida de control.

Es precisamente, por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de esos principios generales del derecho, por lo que la jurisprudencia ha reiterado²¹⁹ que “la discrecionalidad no es arbitrariedad”²²⁰ Entre esos límites, deben específicamente destacarse, los que derivan de los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia

3. *Los límites impuestos por el principio de la proporcionalidad*

Como hemos dicho, por ejemplo, las leyes de Colombia y Venezuela establecen que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

Por supuesto, la proporcionalidad, como límite a la discrecionalidad, no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que adopte la Administración.

Este límite había sido tradicionalmente elaborado por la jurisprudencia que había señalado expresamente que “el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)”²²¹. Se trata de la aplicación del

219 *V.*, sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, nº 1, 1953, p. 151. *Vid.* Además, la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 11, 1956, p. 28.

220 *Cfr.* J. M. Hernández Ron, “La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes”, *loc. cit.*, p. 8.

221 *V.*, sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 11, Caracas 1956, p. 28.

principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional²²². En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada judicialmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva*, configurando una arbitrariedad²²³.

La proporcionalidad también se establece en la Ley de procedimiento Administrativo de Argentina, al prescribir dentro de los "requisitos esenciales del acto administrativo", la necesidad de que "las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas" a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades al órgano administrativo (Art. 7.f).

Estas normas incorporaron, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad²²⁴, conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

"[...] cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la

222 Cfr. E. García De Enterría, "La interdicción...", *loc. cit.*, p. 130; Merikoski, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration*, Bruselas, 1958, p. 44, *cit.* por E. García De Enterría, "La interdicción...", *loc. cit.*, p. 163.

223 Cfr. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, p. 410, nota nº 3.

224 V., Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 46; Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) "las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador". Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, pp. 800 ss.

norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto”²²⁵.

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso- Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23 de abril de 1976 al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción, señaló que esta “aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal”²²⁶.

Por su lado, en la Ley de Procedimientos Administrativos del Perú, entre los principios del procedimiento administrativo que enumera y describe el artículo IV del Título Preliminar, se destaca el de razonabilidad señalándose, al efecto, que:

“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (Art. IV, 1.4)”.

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia comentada relativa al “error manifiesto de apreciación”, el cual según lo afirma Guy Braibant, aparece cuando la Administración

225 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de “desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma”, *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 119.

226 V., en J. P. Cajarville, *op. cit.*, p. 106.

“ha ido más allá de los límites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad”²²⁷. De allí la celebre frase del mismo Braibant en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad: “El poder discrecional comporta el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave”²²⁸.

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indicaron Long, Weil y Braibant, que el juez “no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional”²²⁹.

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisprudenciales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, como hemos dicho, se trata de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados²³⁰. Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación en tanto que control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido se pueden encontrar en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, *Denizet*, Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange*, Rec. 121; CE 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. 304)²³¹.

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando a veces se afirmó que no

227 Concl. CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert*, cit., por A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français”, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, París, 1974, t. II, p. 540.

228 Concl. CE, 2 de noviembre de 1973, *Librairie François Maspero*, Rec. 611, Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 585.

229 Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 580.

230 V., todas las referencias jurisprudenciales en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, con ocasión de los comentarios al *arrêt Maspero*, pp. 580-585; J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, pp. 399-400.

231 V., las referencias en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 581.

había sido reconocido plenamente en el sistema francés²³², fue aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el *arrêt Benjamin* del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que “la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un *grado de gravedad* tal que no pudiera, sin prohibir la conferencia, mantener el orden decretando las medidas de policía que le correspondía tomar”²³³. En este caso, como lo observaron Long, Weil y Braibant, el juez verificó “no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también si esta medida era apropiada, por su naturaleza y su gravedad a la importancia de la amenaza; controlando así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan”²³⁴.

Se trató, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también tuvo aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta²³⁵. En otra decisión del Consejo de Estado en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que “si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción mas grave dentro de la escala de las penas”²³⁶.

232 Guy Braibant, “Le Principe de la proportionnalité”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974 t. II pp. 297 ss.

233 Rec. 541, concl. Michel. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 217 ss.

234 *Idem*, p. 221.

235 *Cf.* Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 583.

236 *Cit.*, en J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. 11, p. 400; G. Vedel y Pierre Devolvé, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 801.

4. Los límites impuestos por el principio de la racionalidad

Pero además del límite al poder discrecional derivado del principio de la proporcionalidad, otro importante límite al mismo es el que se ha construido por la jurisprudencia derivado del principio de la racionalidad o razonabilidad. Como lo dijo la antigua Corte Federal de Venezuela, en los casos de ejercicio del poder discrecional, la ley autoriza al funcionario para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”²³⁷.

En sentido similar, en otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos, los cuales conforme a la legislación, están sometidos a la suprema inspección de la Administración, la antigua Corte Federal venezolana también señaló que “esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*”²³⁸.

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo²³⁹.

237 Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 22, 1958, p. 133.

238 En este mismo sentido la antigua Corte Federal y de Casación, en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: “Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y racional* el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración”. V., en *Memoria* de 1938, Tomo I, p. 374.

239 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder...”, *loc. cit.*, p. 147.

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que "la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la *oportunidad de obrar* ello no quiere decir que se obre al arbitrio"²⁴⁰, es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese "momento" se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el viejo Reglamento General de Alimentos de Venezuela establecía que correspondía al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación, teniendo potestad para adoptar "cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país"²⁴¹. Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo "considere *conveniente*", puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el "momento" sea el congruente con la medida adoptada (por ejemplo, la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el "momento" lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (por ejemplo, prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países). En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican "un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas"²⁴².

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Era muy clara en este sentido una norma

240 V., sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 1, 1953, p. 157.

241 Artículo 1º, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

242 V., sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 33, 1961, p. 14.

del mismo viejo Reglamento General de Alimentos citado, que inicialmente era única en el derecho positivo, que establecía que: "Cuando en este Reglamento se deje alguna medida, reglamentación o providencia, a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que tal medida, reglamentación o providencia debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria" (Art. 2). Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, en el sentido de que éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene sustancias capaces de alterar el alimento.

Este principio del viejo Reglamento, como se dijo, se recogió textualmente en el artículo 12 de la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, al disponer que "Aún 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".

5. *Los límites impuestos por el principio de la justicia*

Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo*. El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que obre "según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad*"²⁴³. Por ello la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia*"²⁴⁴, y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario ad-

243 V., sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 22, 1958, p. 132.

244 V., sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 11, 1956, p. 28.

ministrativo, "no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad"²⁴⁵.

En este sentido, puede ser controlada judicialmente la falta de equidad manifiesta o "iniquidad manifiesta"²⁴⁶ en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta²⁴⁷.

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia, funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, "como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administradores"²⁴⁸.

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Es clásico el ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se "anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio"²⁴⁹, lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

De todo lo antes expuesto resulta, en consecuencia, que "la discrecionalidad no implica arbitrariedad"²⁵⁰. Es decir, la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, además de estar enmarcada su actuación dentro de los requisitos legales generales, la misma debe ser racional, justa, igual y

245 V., sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 17, 1957, p. 135.

246 Cfr. Eduardo García De Enterría, "La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, n° 30, 1959, p. 164; M. M. Díez, *El Acto Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 197.

247 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loc. cit.*, p. 148.

248 M. M. Díez, *op. cit.*, p. 198.

249 S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.*, p. 149.

250 V., sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 11, 1956, p. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 1, 1953, pp. 151-152; y sentencia de la misma Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 26, 1959, p. 125.

proporcional, pues de lo contrario sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada judicialmente por los tribunales contencioso-administrativa. Por ello, precisamente, en materia de ejercicio del poder discrecional es que se ha hablado, y tan bien, de la "*interdicción de la arbitrariedad*" como limitación al mismo²⁵¹.

251 E. García de Enterría, "La Interdicción...", *loc. cit.*, p. 160.

TERCERA PARTE
SOBRE EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE
LAS PERSONAS

§ 6. RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA*

INTRODUCCIÓN

La más elemental definición de un Estado combina sus elementos esenciales, que son una población, asentada en un territorio, organizada políticamente. Es decir, para que exista un Estado no sólo es necesario existencia de un territorio con un sistema de organización política, sino que por sobre todo es necesario que exista un pueblo asentado en el mismo, integrado por personas que gozan de derechos y tienen obligaciones.

Por ello, entre los elementos fundamentales de la organización política del Estado, está el estatuto de las personas, el cual se refiere, por una parte a los nacionales, quienes además pueden ser ciudadanos al corresponderle el ejercicio de los derechos políticos; y por la otra, a los extranjeros; clasificación que deriva de la existencia o no del vínculo jurídico esencial que tienen las personas con el Estado y que es el que origina la nacionalidad.

Y en ese sentido, el artículo 4 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de 2004²⁵², define la nacionalidad como el “vínculo jurídico y político que une a la persona con el Estado” (ord. 6); en tanto que considera como extranjero, a “toda persona que no sea nacional de la

* El texto de este párrafo y los tres siguientes se publicaron como Introducción general al libro *Régimen legal de la nacionalidad, ciudadanía y extranjería (Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Ley de Extranjería y Migración, Ley Orgánica sobre Refugiados y Asilados)*, Colección Textos Legislativos n° 31, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, pp. 9-84.

252 *Gaceta Oficial* n° 37.971 de 01-07-2004.

República Bolivariana de Venezuela" (ord. 5). El mismo concepto lo repite el artículo 3 de la Ley de Extranjería y Migración de 2004²⁵³, cuando precisa que a los efectos de dicha Ley, "se entiende por extranjero o extranjera toda persona que no sea nacional de la República Bolivariana de Venezuela".

El régimen de los nacionales y de los extranjeros, como personas, en principio está regido por el principio de la igualdad y no discriminación, que consagra el artículo 21 de la Constitución, razón por la cual, en principio tienen iguales derechos y obligaciones, con las solas excepciones establecidas en la Constitución, y que básicamente se refieren a los derechos políticos que derivan de la ciudadanía, que en principio corresponde sólo a los nacionales. En tal sentido, el artículo 45 de la Constitución de 1961 establecía que "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes". Dicha norma, sin embargo, desapareció del texto de la Constitución de 1999²⁵⁴ y en ella nada se establece al respecto. No obstante, es evidente que el principio sigue rigiendo en la misma forma expresada, derivado del mencionado derecho fundamental a la igualdad ante la ley (Art. 21) y de la regulación expresa en la Constitución de la nacionalidad y de la ciudadanía, lo que por exclusión permite construir el régimen de los extranjeros. La Ley de Extranjería y Migración, en todo caso, ha recogido el mismo principio en su artículo 13, al indicar que:

"Artículo 13. Los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, tendrán los mismos derechos que los nacionales, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes".

Entre esas limitaciones están, precisamente, como se ha señalado, los derechos políticos que sólo corresponden a los nacionales que gocen de la ciudadanía; estando definida ésta, en el artículo 3 de la

253 *Gaceta Oficial* n° 37.944 de 24-05-2004.

254 *V.*, el texto de la Constitución de 1999 en *Gaceta Oficial* n° 5.453 de 24-03-2000. *V.*, en general los comentarios a la misma en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 Tomos, Caracas 2004.

Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, como “la condición jurídica obtenida por la nacionalidad venezolana, la cual permite el goce y el ejercicio de los derechos y deberes políticos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes” (ord. 4).

El régimen de las personas, es decir, el que concierne tanto a los nacionales como a los extranjeros, aparte de tener su fundamento en la Constitución²⁵⁵, está ahora regulado detalladamente en las mencionadas Ley de Nacionalidad y Ciudadanía²⁵⁶ y Ley de Extranjería y Migración dictadas en julio y mayo de 2004, respectivamente, a cuyo análisis se destinan estas notas²⁵⁷.

En cuanto a la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía (LNC), la misma derogó la Ley de Naturalización de 1955²⁵⁸ así como todas las demás disposiciones que colidieran con ella o la contravinieran; y conforme a su artículo 1º, la misma “tiene por objeto establecer las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la revocación y nulidad de la naturalización, además del desarrollo de los principios constitucionales referidos al ejercicio de la ciudadanía y las causales de suspensión del mismo”.

El “ámbito de aplicación” de las disposiciones de la Ley fue precisado en el artículo 2º, respecto de “todas las personas que se en-

255 V., Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, cit.*, Tomo I, pp. 217 y ss.

256 La Ley se dictó conforme al artículo 38 de la Constitución de 1999, el cual precisamente remite a la ley que debía dictarse de conformidad con las disposiciones de la Constitución, conteniendo las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la revocación y nulidad de la naturalización.

257 Para una visión general del régimen de la nacionalidad venezolana conforme a la Constitución de 1961 V., Gonzalo Parra Aranguren, “La nacionalidad venezolana originaria en la Constitución de 23 de enero de 1961”, *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Caracas 1963; Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico-administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965.

258 *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 24.801 de fecha 21 de julio de 1.955 (en lo adelante G.O.). Conforme a la Disposición Final Tercera, la Ley entró en vigencia a los 180 días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial. Ello ocurrió el 1 de julio de 2004 (G.O. n° 37.971), por lo que la Ley entra en vigencia el 1º de enero de 2005.

cuentren en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela”, lo cual es completamente incorrecto, pues tratándose la nacionalidad de un régimen de las personas, las normas de la ley se aplican a las mismas, sea cual fuere el lugar donde se encuentren. Por tanto, si las personas nacionales están residenciadas o se encuentran en territorio extranjero, las normas de la ley se les aplican. No tiene sentido alguno indicar, como lo hace la norma mencionada, que la Ley sólo se aplica a las “personas que se encuentren en el territorio de la República”.

El órgano competente tanto para la aplicación de esta Ley sobre Nacionalidad y Ciudadanía (Art. 3 LNC) como sobre los extranjeros, conforme al Decreto n° 5.246 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional²⁵⁹, es el Ministerio del Interior y Justicia; órgano al cual conforme al artículo 5 de la LNC, toda autoridad de la República está obligada a proporcionarle los informes y certificaciones que éste le solicite en ejercicio de las funciones que la Ley le asigne.

En cuanto a los extranjeros, el régimen de los mismos está establecido en la Ley de Extranjeros y Migración (LEM)²⁶⁰ de 2004, la cual tiene por objeto regular todo lo relativo a su admisión, ingreso, permanencia, registro, control e información, salida y reingreso a la República, la misma derogó no sólo la Ley de Extranjeros de 1937²⁶¹, sino la Ley sobre Actividades de los Extranjeros en el Territorio de Venezuela de 1942²⁶² y la Ley de Inmigración y Colonización de 1966²⁶³, así como todas las demás disposiciones que la contraven- gan²⁶⁴.

Por último, en particular, en relación con los extranjeros refugiados y asilados, se dictó la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (LRA)²⁶⁵ de 2001.

259 G.O. n° 38.654 de 28-3-2007.

260 G.O. n° 37.944 de 24-05-2004.

261 G.O. n° 19.329 de fecha 3 de agosto de 1937.

262 G.O. n° 20.835 de fecha 29 de junio de 1942.

263 G.O. n° 1.032 Extraordinario de fecha 18 de julio de 1966.

264 Disposición Derogatoria única.

265 G.O. n° 37.296 del 3 de octubre de 2001.

I. EL RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD VENEZOLANA

La nacionalidad venezolana, es decir, el vínculo jurídico especial que une a la persona con el Estado venezolano, se tiene y se puede adquirir de dos maneras: en primer lugar, por el hecho del nacimiento, en cuyo caso se trata de la nacionalidad originaria, y el elemento esencial que la origina es lógicamente el nacimiento de la persona cuando aparece vinculado por el territorio de la República o por la filiación; y en segundo lugar, por un hecho posterior al nacimiento, en cuyo caso se trata de la nacionalidad derivada²⁶⁶.

El régimen de la nacionalidad, en todo caso, es de la primera importancia para el Estado y su soberanía, pues la misma es la que puede originar el vínculo político de las personas con el Estado. Por ello, la antigua Corte Federal y de Casación, con razón, en 1951 ya señalaba que:

“La nacionalidad es, sin duda, una de las cuestiones más íntimamente vinculadas al principio de soberanía del Estado; en tal materia está grandemente interesado el orden público puesto que en ella está sentado uno de los aspectos más fundamentales de la existencia de cada Nación.

De aquí, por consiguiente, el que los países al legislar sobre el principio de la nacionalidad, sean extremadamente cuidadosos y procedan muy de acuerdo con su seguridad, con sus intereses y con sus deberes, sobre todo cuando se trata de otorgar o atribuir la nacionalidad a un extranje-

266 En este sentido, la antigua Corte Federal y de Casación en sentencia de 5 de abril de 1945 señaló: “Recuérdese que hay dos clases de Nacionalidad, la de origen y la adquirida. Desde el momento de su nacimiento en el territorio nacional, adquiere el individuo el goce de dicha condición; o desde que un extranjero renuncia a su nacionalidad, expresa o tácitamente y se somete a otra ley, la cual viene a ser la suya. El sistema en Venezuela descansa en la voluntad presunta de los nacidos en el territorio de la República o de padres venezolanos, cualquiera que sea el lugar de su nacimiento; en la voluntad expresa de los hijos mayores de edad, de padre o madre venezolanos por naturalización, nacidos fuera del territorio de la República; en la voluntad expresa de las personas nacidas en España o en las Repúblicas Iberoamericanas; en la voluntad expresa de los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza; y en la voluntad tácita de la mujer casada con venezolano por naturalización; y en la voluntad expresa de la misma, cuyo matrimonio ha sido disuelto”; V., en *Memoria* de 1946, Tomo I, p. 188.

ro. En el cumplimiento, pues, de todas las condiciones establecidas por la ley y por la Constitución Nacional para la adquisición de la nacionalidad, está estrechamente ligado al interés social y al orden público-“²⁶⁷.

Ahora bien, a pesar de las propuestas que se formularon ante la Asamblea Nacional Constituyente para modernizar el régimen de la nacionalidad²⁶⁸, en la Constitución 1999, y salvo por lo que se refiere a la admisión de la doble nacionalidad, no se logró avanzar mayormente en relación con el régimen que establecía la Constitución de 1961, particularmente en cuanto a la regulación del *jus soli* y del *jus sanguinis* como elementos determinantes de la nacionalidad, los cuales en general, continúan teniendo una consagración de carácter absoluto²⁶⁹; y en cuanto a la igualdad entre los nacionales por nacimiento y por naturalización, respecto de la cual se continuaron estableciendo muchas excepciones.

1. *La nacionalidad venezolana originaria o por nacimiento*

En el mismo sentido que se regulaba en el artículo 35 de la Constitución de 1961, el artículo 32 de la Constitución de 1999 establece que son venezolanos por nacimiento:

- “1. Toda persona nacida en territorio de la República.
2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano y madre venezolana por nacimiento.

267 Sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena, del 19 de octubre de 1951. V., la referencia en Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico-administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Instituto de Derecho Público, Caracas 1965.

268 V., nuestra propuesta presentada por la Comisión de Nacionalidad y Ciudadanía de la Asamblea, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 45 a 74.

269 V., en general en relación con la Constitución de 1999: Juan De Stefano, “El principio de la nacionalidad”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 593-608; Eugenio Hernández Bretón, “Nacionalidad, ciudadanía y extranjería en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Público*, n° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 47-59; y Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 74 y ss.

3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
4. Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización, siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República, y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana”.

Este artículo se repite textualmente en el artículo 9 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y de su texto se deduce la permanencia del elemento del *jus soli* absoluto, en el sentido de que basta con nacer en el territorio nacional, así sea por accidente y sin que se establezca jamás algún vínculo con la Nación, para ser venezolano por nacimiento²⁷⁰.

Por otra parte, también permanece el carácter absoluto del *jus sanguinis* en cuanto a los hijos de padre y madre venezolanos por nacimiento nacidos en el extranjero, que son venezolanos por nacimiento, así no establezcan jamás vínculo alguno con el territorio nacional o la Nación.

En cuanto a los hijos de padre o madre venezolanos por nacimiento o naturalización nacidos en territorio extranjero, el artículo 10 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía dispone que la declaración de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana que deben formular, la deben hacer conforme con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley, la cual se debe inscribir en el Registro Civil de la jurisdicción del último domicilio de sus padres en el territorio de la República.

270 En este sentido no se tomaron en cuenta los graves problemas migratorios que se han desarrollado en las últimas décadas, de latinoamericanos indocumentados, que han afectado el concepto mismo de nacionalidad venezolana. V., nuestro voto salvado sobre la norma indicada en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999., pp. 132 a 144.

En relación con el concepto de residencia que se utiliza en la norma, el artículo 4,8 de la LNC lo define como “la estadía de una persona que se ha establecido en el territorio de la República, con ánimo de permanecer en él”.

2. *La nacionalidad venezolana derivada o por naturalización*

A. *Régimen constitucional y legal*

La adquisición de la nacionalidad venezolana derivada o por naturalización, se lleva a cabo mediante la adquisición de la “Carta de Naturaleza” la cual se define en la Ley como “el instrumento mediante el cual se otorga la nacionalidad venezolana a los extranjeros o extranjeras” (Art. 4,2), siendo la “Naturalización” el “procedimiento establecido en esta Ley para el otorgamiento de la Carta de Naturaleza (Art. 4,7).

En esta forma, el artículo 33 considera que son venezolanos por naturalización:

- “1. Los extranjeros o extranjeras que obtengan carta de naturaleza. A tal fin deberán tener domicilio en Venezuela con residencia ininterrumpida de, por lo menos diez años, inmediatamente anteriores a la fecha de la respectiva solicitud.

El tiempo de residencia se reducirá a cinco años en el caso de aquellos y aquellas que tuvieren la nacionalidad originaria de España, Portugal, Italia, países latinoamericanos y del Caribe.

2. Los extranjeros o extranjeras que contraigan matrimonio con venezolano o venezolana desde que declaren su voluntad de serlo, transcurridos por lo menos cinco años a partir de la fecha del matrimonio.
3. Los extranjeros o extranjeras menores de edad para la fecha de la naturalización del padre o de la madre que ejerza sobre ellos la patria potestad, siempre que declaren su voluntad de ser venezolanos o venezolanas antes de cumplir los veintiún años de edad y hayan residido en Venezuela, ininterrumpidamente, durante los cinco años anteriores a dicha declaración”.

Este artículo se repite casi textualmente en el artículo 21 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, con el sólo agregado al final de que

“La declaración de voluntad, prevista en este artículo, se hará de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley”.

Ahora bien, en esta regulación constitucional de la nacionalidad venezolana por naturalización, la Constitución de 1999 también siguió las orientaciones de las normas de la Constitución de 1961, con algunas modificaciones en cuanto a la exigencia constitucional de al menos 10 años de residencia para obtener la Carta de Naturaleza; en cuanto al vínculo de la naturalización derivado del matrimonio, que ahora no sólo beneficia a la extranjera casada con venezolano sino también al extranjero casado con venezolana, aún cuando con el agregado de un número de años de matrimonio para restringir las posibilidades de fraude a la Constitución; y en cuanto a las facilidades especiales para los naturales de países latinoamericanos y del Caribe y de España, Portugal e Italia, respecto de los cuales se reduce el término de residencia para la obtención de la Carta de Naturaleza.

A los efectos de la aplicación del ordinal 1º del artículo 33 de la Constitución, en el artículo 37 de la misma se insta al “Estado” para promover “la celebración de tratados internacionales en materia de nacionalidad, especialmente con los Estados fronterizos” y, en general, con los [Estados] latinoamericanos, del Caribe, España, Portugal e Italia”.

En cuanto al concepto de residencia que se utiliza en la norma, el artículo 4,8 de la Ley, como se dijo, la define como “la estadía de una persona que se ha establecido en el territorio de la República, con ánimo de permanecer en él”.

B. Efectos personales de la naturalización y su excepción

Los efectos de la naturalización, en principio, son puramente individuales en cuanto a que benefician a la persona que la obtiene. Sin embargo, conforme al artículo 22 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, “los hijos y las hijas menores de edad gozarán de los efectos de la naturalización de sus padres, mientras alcancen la mayoría de edad”.

3 *El principio de la doble nacionalidad*

Otra innovación constitucional en relación con el régimen de la nacionalidad, es el de la admisión de la doble nacionalidad, es decir, que los venezolanos, sea por nacimiento o por naturalización, puedan tener otra nacionalidad sin perder la venezolana²⁷¹, lo cual no se admitía conforme a la Constitución de 1961.

Este principio, consagrado en el artículo 34 al prescribir que “la nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad”, en efecto, cambió radicalmente el régimen anterior, conforme al cual, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución de 1961, la nacionalidad venezolana se perdía por opción o adquisición voluntaria de otra nacionalidad.

El artículo 6 de la nueva Ley de Nacionalidad y Ciudadanía repite lo indicado en el artículo 34 constitucional, de que “la nacionalidad venezolana no se pierde al adquirir otra nacionalidad”, agregando, sin embargo, que se pierde cuando “se renuncie a ella expresamente ante la autoridad venezolana competente para tal fin”.

A. *El derecho a la doble nacionalidad y sus restricciones*

El poseer doble nacionalidad, por tanto, se configura como un derecho constitucional de los venezolanos, que no tiene límites constitucionales, excepto para el ejercicio de ciertos cargos públicos al exigir la Constitución no sólo la nacionalidad venezolana originaria, sino que ésta sea la única nacionalidad (Art. 41) que tenga el funcionario.

Por otra parte, a pesar del principio constitucional absoluto de igualdad entre los venezolanos sea que tengan o no otra nacionalidad (con la sólo excepción respecto del ejercicio de determinados cargos públicos), sin embargo, la Ley ha restringido el derecho de los venezolanos a usar su otra nacionalidad extranjera para ingresar, permanecer y salir del territorio nacional, así como para identificarse en él, en todos los actos civiles y políticos. En tal sentido, el artículo 7 de la Ley establece ese “uso obligatorio de la nacionalidad venezolana” así:

271 V., nuestro voto salvado en relación con la redacción original de esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 254.

“Artículo 7. Los venezolanos y venezolanas que posean otra nacionalidad deberán hacer uso de la nacionalidad venezolana para su ingreso, permanencia y salida del territorio de la República, debiendo identificarse como tales en todos los actos civiles y políticos”.

En todo caso, se insiste, constitucionalmente, los venezolanos con una nacionalidad o con doble nacionalidad, tienen los mismos derechos, salvo por lo que se refiere al ejercicio de los cargos públicos indicados taxativamente en el artículo 41 de la Constitución. En consecuencia, la ley no podría agregar excepciones al principio de la igualdad, razón por la cual el artículo 8 de la LNC puede considerarse inconstitucional en lo que se refiere a remitir a las leyes para el establecimiento de otras excepciones al principio de la “igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes”. Dicha norma, en efecto, establece lo siguiente:

“Artículo 8. Los venezolanos y venezolanas que posean otra nacionalidad tendrán los mismos derechos y deberes que los venezolanos y venezolanas que no la posean, salvo lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”.

Por otra parte, de acuerdo con el espíritu y propósito del nuevo régimen constitucional, el derecho a conservar su nacionalidad lo tienen tanto los venezolanos que adquieren otra nacionalidad extranjera, como de los extranjeros que adquieren la nacionalidad venezolana, por lo que para que se otorgue la nacionalidad venezolana mediante Carta de Naturaleza no podría exigirse al interesado que renuncie a su nacionalidad de origen, la cual en lo que concierne a Venezuela puede conservarla conforme al régimen de la misma en el país de origen. Ello lo regula expresamente el artículo 25 de la LNC, así:

“Artículo 25. Los venezolanos y venezolanas por naturalización no están obligados a renunciar a su nacionalidad. Si la persona interesada desea renunciar a su nacionalidad, deberá manifestarlo en la solicitud que inicia el procedimiento de naturalización”.

B. *El Certificado de Nacionalidad Venezolana por nacimiento*

Ahora bien, a los efectos de probar que un venezolano sólo tiene la nacionalidad venezolana, la LNC ha regulado el denominado "Certificado de Nacionalidad Venezolana", el cual se define como "el instrumento mediante el cual se reconoce que el venezolano o la venezolana por nacimiento no ha adquirido otra nacionalidad" (Art. 4,3).

Este Certificado de Nacionalidad Venezolana por nacimiento, conforme al artículo 17 de la LNC, se debe otorgar por el órgano competente en materia de nacionalidad y ciudadanía (Art. 18), a solicitud de parte interesada, conforme con el procedimiento previsto en la Ley, y "sólo a los efectos del ejercicio de aquellos cargos que la Constitución reserva a los venezolanos por nacimiento sin otra nacionalidad".

A tal efecto, la persona interesada debe presentar una solicitud motivada acompañada del original y la copia de la cédula de identidad, copia certificada de la partida de nacimiento y los demás documentos que establezca el Reglamento de la Ley. El funcionario que reciba la documentación debe dejar constancia de que la copia de la cédula de identidad es una copia fiel y exacta de su original, la cual debe devolver en el mismo acto al interesado (Art. 19). La Ley establece un lapso de 90 días continuos contados desde la presentación de la solicitud, para que el órgano competente del Ejecutivo Nacional la resuelva, debiendo notificar a la persona interesada conforme con lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 20).

4. *La prueba de la nacionalidad*

Para todos los otros efectos, conforme al artículo 11 de la LNC, se consideran documentos probatorios de la nacionalidad venezolana, los siguientes:

1. La partida de nacimiento
2. La cédula de identidad.
3. La Carta de Naturaleza publicada Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
4. El pasaporte.

5. Cualquier otro documento que, a juicio del órgano competente en materia de nacionalidad y ciudadanía, demuestre la nacionalidad venezolana”.

II. EL RÉGIMEN DE LA NATURALIZACIÓN

1. *La obtención de la Carta de Naturaleza*

Como se dijo, la adquisición de la nacionalidad venezolana derivada o por naturalización, se realiza mediante la adquisición de la Carta de Naturaleza, es decir del instrumento mediante el cual se otorga la nacionalidad venezolana a los extranjeros. Esto se logra mediante la naturalización, que es el procedimiento establecido en esta Ley para el otorgamiento de dicha Carta de Naturaleza.

2. *Las circunstancias favorables*

De acuerdo con el artículo 23, son circunstancias favorables para la obtención de la Carta de Naturaleza:

- “1. Poseer bienes inmuebles en el territorio de la República, ser propietario o socio de empresas comerciales, industriales, agrícolas o pecuarias, nacionales o domiciliadas en el territorio de la República.
2. Tener hijos venezolanos o hijas venezolanas bajo la patria potestad.
3. Haber prestado servicios dirigidos al logro de un bien de utilidad pública, que haya incidido positivamente en el desarrollo económico y social de la República Bolivariana de Venezuela, o de la humanidad en general.
4. Tener un tiempo de residencia mayor a diez (10) años en el territorio de la República.
5. Estar casado con mujer venezolana o casada con hombre venezolano.
6. Haber ingresado al territorio de la República, bajo los planes de desarrollo auspiciados por el Ejecutivo Nacional.
7. Haber cursado estudios y obtenido títulos académicos en universidades venezolanas.
8. Haberse destacado como científico, artista o escritor a nivel nacional o internacional”.

3. *El procedimiento para la Naturalización*

A. *Solicitud de naturalización*

Para la expedición de la Carta de Naturaleza, la persona extranjera interesada debe realizar la solicitud personalmente o por medio de apoderado acreditado por documento auténtico, y conforme al artículo 26 de la LNC, presentar los siguientes documentos:

- “1. Solicitud motivada y debidamente autenticada, en la cual se señale el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en esta Ley, así como cualquier otra circunstancia que a bien tenga mencionar la persona interesada.
2. Copia de la cédula de identidad vigente.
3. Pasaporte original vigente.
4. Visado debidamente expedido por la autoridad venezolana correspondiente.
5. Los demás que le señalen las leyes y el Reglamento de esta Ley”.

B. *La revisión de la documentación*

Dispone el artículo 27 de la LNC, que el órgano competente en materia de nacionalidad y ciudadanía, que como se dijo, es el Ministerio de Interior y de Justicia, debe proceder a revisar la documentación consignada y, cuando no reúna las exigencias legales, lo debe notificar a la persona interesada, dentro de los primeros dos meses siguientes a la fecha de la recepción, para que proceda a cumplirlas.

Una vez notificado, el interesado tiene un lapso de dos meses para dar cumplimiento a las exigencias legales faltantes, las cuales conforme al artículo 28 de la LNC, deben ser señaladas por la autoridad competente en materia de nacionalidad y ciudadanía en la respectiva notificación. Transcurrido este lapso sin que la persona interesada, previa notificación, hubiera dado cumplimiento a las exigencias legales indicadas en la notificación, debe entonces presumirse que no tiene interés en adquirir la nacionalidad venezolana por lo que se debe ordenar el archivo del expediente.

La persona interesada, sin embargo, puede solicitar por escrito, por una sola vez y por igual tiempo, la prórroga del término para completar los documentos que falten (Art. 29).

C. *La decisión de otorgamiento de la Carta de Naturaleza*

Conforme al artículo 30 de la LNC, la decisión sobre la solicitud de naturalización se debe dictar en un lapso no mayor de 6 meses, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud o de la expiración del plazo otorgado para completar los recaudos o la expiración de la prórroga en caso de que sea solicitada. Durante este lapso el órgano competente del Ejecutivo Nacional debe verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en esta Ley, para la obtención de la Carta de Naturaleza.

La decisión mediante la cual se otorgue la Carta de Naturaleza debe ser publicada en la Gaceta Oficial de la República (Art. 31); y una vez que ocurra dicha publicación, el naturalizado dispone de un lapso de 90 días continuos para inscribir en el Registro Civil de su domicilio la Carta de Naturaleza (Art. 32). En caso de que el naturalizado no inscriba la Carta de Naturaleza durante el referido lapso, será sancionado con multa de 5 U.T., a favor del Tesoro Nacional. A tal efecto, el Registrador Civil o quien haga sus veces, no debe inscribir el referido acto hasta tanto verifique que haya sido cancelada esta multa, debiendo realizar la correspondiente nota marginal en la que se haga constar el cumplimiento del pago. En todo caso, la inscripción de la Carta de Naturaleza en el Registro Civil es gratuita y no puede causar impuesto o derecho alguno (Art. 33).

D. *La negativa de la nacionalidad*

La decisión administrativa que adopte la autoridad competente, también puede ser de negativa de otorgar la Carta de Naturaleza, en cuyo caso, conforme al artículo 34 de la LNC, la misma debe ser motivada. Contra dicha decisión, en todo caso, no podrá interponerse recurso administrativo alguno, pudiendo interponerse solamente los recursos contencioso-administrativos que pueda ejercer el particular afectado.

Sin embargo, la persona interesada puede solicitar nuevamente la naturalización después de transcurridos 2 años, contados a partir de la fecha en que la decisión haya quedado firme.

E. *El registro de solicitudes otorgadas y negadas*

En todo caso, el órgano competente en materia de nacionalidad y ciudadanía debe organizar y administrar un registro de las Cartas de Naturaleza otorgadas y las solicitudes negadas, conforme con lo establecido en el Reglamento de la Ley (Art. 35).

Debe señalarse que la Ley no establece expresamente el requisito de la juramentación del naturalizado a los efectos de que la Carta de Naturaleza surta efectos. Sin embargo, en el artículo 4,1 de la Ley, relativo a las definiciones, se define a la *Juramentación*, como “el acto solemne mediante el cual la persona interesada jura someterse y obedecer fielmente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes”. En dicha norma se sometió al Reglamento de la Ley el determinar “los requisitos y formalidades para la realización del acto de juramentación”.

4 *El procedimiento “expedito” y extraordinario para la naturalización de extranjeros que se encontraban en situación irregular en el territorio nacional en 2004*

A. *El régimen de excepción*

El Presidente de la República, en febrero de 2004, antes de que se sancionara la nueva Ley de Nacionalidad y Extranjería, dictó, conforme al artículo 236,10 de la Constitución (potestad reglamentaria) en concordancia con la Disposición Transitoria Segunda y conforme a lo establecido en el artículo 23 de la ahora derogada Ley de Extranjeros de 1937, y en los artículos 4º, 8º y 14º de la ahora también derogada Ley de Naturalización de 1955, un *Reglamento para la regularización y naturalización de los extranjeros y las Extranjeras que se encuentra en el territorio nacional*²⁷²; con el objeto, precisamente, de “proceder a la regularización de la admisión y permanencia de los extranjeros y ex-

272 El Decreto n° 2.823 de 03-02-2004 publicado en G.O. n° 37.871 de 03-02-2004, fue reformado por Decreto n° 3.041 de 03-08-2004, G.O. n° 38.002 del 17-08-2004.

trajeras" que se encontraban "en condición irregular en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, así como otorgar la posibilidad de optar a la nacionalidad venezolana para todos aquéllos extranjeros y extranjeras que cumplan con los requisitos exigidos para tales fines" (Art. 1). En dicho Reglamento, además, se dispuso que serían a expensas del Estado, "todos los trámites administrativos realizados para la regularización de los extranjeros y las extranjeras en condición irregular y para la obtención de la carta de naturaleza" (Disposición Transitoria Tercera).

Se modificó así, por vía reglamentaria, lo que establecía tanto la Ley de Extranjeros como la Ley de Naturalización vigentes en ese momento, y por tanto, violándose el principio de la reserva legal, beneficiándose a los extranjeros que estaban en el territorio nacional en situación irregular en una forma completamente desigual en relación con los extranjeros que, en cambio, sí tenían residencia en Venezuela en forma regular, nacionalizándose indiscriminadamente a muchos extranjeros antes de las votaciones del referendo revocatorio presidencial que se efectuó en agosto de 2004, quienes en condiciones normales no hubieran podido obtener la nacionalidad venezolana. Ello sirvió, además, para que muchos de esos extranjeros obtuvieran la nacionalidad venezolana para poder emigrar a países europeos que no exigen visa a los venezolanos pero que en cambio si se la exigen a otros nacionales latinoamericanos.

Dado su carácter de excepción, y a pesar de que el régimen regulado en dicho Reglamento habría quedado derogado con las nuevas Leyes, estimamos necesario comentarlo de seguidas

B. *Los principios rectores del régimen de excepción*

De acuerdo con el artículo 2 del Reglamento, se definieron como principios rectores del mismo, "la obligación del Estado de defender y garantizar los derechos humanos, la dignidad, el trato justo y equitativo, la gratuidad, la respuesta oportuna y adecuada, la honestidad, transparencia, imparcialidad y buena fe, para implementar un procedimiento efectivo que atienda las solicitudes realizadas por los extranjeros y extranjeras que se encuentran en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela".

C. *El órgano competente*

El Reglamento asignó al Ministerio del Interior y Justicia a través de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería, la regularización de la admisión y permanencia de los extranjeros en condición irregular y el proceso de naturalización de los extranjeros que se encuentran en el territorio de la República (Art. 3); atribuyendo a la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería, el carácter de órgano ejecutor de la regularización y naturalización de los extranjeros y las extranjeras, a través de sus oficinas desconcentradas y cualquier otra unidad administrativa, creada al efecto (Art. 4).

D. *La simplificación de trámites*

El artículo 5 del Reglamento atribuyó competencia al Ministerio del Interior y Justicia por órgano de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería, para *simplificar o suprimir* los trámites administrativos en los procesos de regularización de la admisión y permanencia de los extranjeros en condición irregular y en el proceso de naturalización, “de conformidad con los principios y normas que establece la ley que regula la materia” (pero evidentemente al margen de lo que regulaban las leyes).

En tal sentido, dispuso el artículo 6 del Reglamento, que los funcionarios competentes en materia de identificación y extranjería deben prestar atención a las solicitudes efectuadas por los extranjeros y brindarles una respuesta oportuna de conformidad con la ley y el Reglamento; así como, deberán orientar a los solicitantes de los procedimientos, mecanismos y demás requisitos y trámites para su regularización y para optar a la nacionalidad venezolana. La consecuencia de esta previsión es que “el incumplimiento de las normas previstas en el presente Reglamento, acarreará las responsabilidades correspondientes, a los funcionarios o a las funcionarias, de conformidad con la ley”.

E. *La obtención de la nacionalidad venezolana por naturalización por extranjeros en situación irregular*

Los extranjeros que conforme al artículo 33 de la Constitución, deseaban obtener la nacionalidad venezolana, tal como lo precisó el

artículo 11 del Reglamento, debían presentar personalmente o mediante su representante legal, de ser el caso, la manifestación de voluntad de adquirir la nacionalidad venezolana, mediante escrito dirigido a la Dirección de Extranjería, acompañada de los siguientes recaudos previstos en el artículo 8°

- “1. Pasaporte o cualquier otro documento que acredite su identidad.
2. Constancia de la actividad u oficio que ejerce en el país.
3. Carta de residencia emitida por la autoridad competente.
4. Tres fotos de frente tamaño carnet”.

Si a los fines de la obtención de la nacionalidad venezolana, el interesado alegaba alguna o algunas de las circunstancias favorables previstas en el artículo 6 de la derogada Ley de Naturalización, esta situación debía ser expuesta en el escrito (Art. 12).

De acuerdo con el artículo 13 del Reglamento, el funcionario receptor de la declaración de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana, debía verificar que ésta reunía los requisitos y recaudos exigidos, entregándole al interesado, certificado de solicitud de naturalización, el cual tenía una vigencia de 180 días. Si la documentación no cumplía con los requisitos exigidos, el funcionario receptor debía hacer del conocimiento al interesado las fallas detectadas en el mismo acto y en presencia de éste, con el fin de que procediera a subsanarlas.

El artículo 14 del Reglamento prescribía que la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería, debía decidir el otorgamiento o no de la Carta de Naturaleza, en un lapso no mayor de 6 meses, contados a partir de la fecha de recepción de la documentación. Si el interesado tenía la nacionalidad originaria de España, Portugal, Italia, países latinoamericanos y del Caribe, se le debía otorgar respuesta en un lapso no mayor de 4 meses.

Si la decisión fuere favorable, se debía inscribir previa aprobación de la autoridad competente, en el Registro de Nacionalizados que se debe llevar al efecto y ordenar su publicación en la Gaceta Oficial. En cambio, si la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería, resolvía negativamente sobre la solicitud, lo debía hacer del conocimiento del interesado mediante notificación suscrita por el Director General de Identificación y Extranjería (Art. 15).

El artículo 16 del Reglamento estableció que toda persona a quien se le hubiere otorgado la Carta de naturaleza, en virtud de lo previsto en el reglamento de excepción, debía presentarse ante la autoridad competente en materia de Identificación y Extranjería, con el fin de prestar juramento a la Bandera Nacional. Dicho juramento podía hacerse en acto colectivo, por disposición del Ministro de Interior y Justicia.

III. LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD

1. *Los supuestos de pérdida de la nacionalidad*

En cuanto a la pérdida de la nacionalidad esta puede ocurrir por acto voluntario, como la renuncia, o mediante acto no voluntario de la persona, es decir, por acto del Estado.

De entrada debe señalarse que conforme al artículo 35 de la Constitución, la nacionalidad venezolana originaria sólo puede perderse por renuncia, no admitiéndose que los venezolanos por nacimiento puedan ser privados de su nacionalidad originaria en forma alguna (Art. 35). Por tanto, no puede el Estado revocar, suspender, privar o disminuir la nacionalidad venezolana por nacimiento. Se precisa además en el artículo 12 de la ley: "La nacionalidad venezolana por nacimiento no podrá ser revocada o suspendida, ni de alguna otra forma disminuida o privada por ninguna autoridad".

En cambio, en cuanto a la nacionalidad venezolana por naturalización, el artículo 35 de la Constitución prescribe que puede ser revocada, pero solo mediante sentencia judicial, de acuerdo con la Ley. Se excluye, por tanto, toda posibilidad de revocación de la Carta de Naturalización por acto administrativo o de gobierno. En consecuencia, en cuanto a la pérdida de la nacionalidad venezolana por naturalización, como lo reafirma el artículo 44 de la Ley, ésta se pierde por renuncia o por revocatoria judicial.

2. *La renuncia de la nacionalidad*

En efecto, conforme al artículo 36 de la Constitución, se puede renunciar a la nacionalidad venezolana, tanto por nacimiento como por naturalización.

La LNC establece diversas normas sobre la renuncia de la nacionalidad, tanto en los artículos 13 y siguientes como en los artículos 45 y siguientes. Los primeros incorporados en el título relativo a la nacionalidad venezolana por nacimiento, y los segundos, en el título relativo a los venezolanos por naturalización.

A. *Requisitos para la renuncia*

a. *Requisitos para la renuncia a la nacionalidad venezolana por nacimiento*

Conforme al artículo 13 de la Ley, la nacionalidad venezolana por nacimiento sólo se pierde por renuncia expresa, la cual sólo será válida cuando la persona interesada haya obtenido otra nacionalidad.

Registro de la renuncia: No se admite, por tanto, la renuncia pura y simple de la nacionalidad venezolana, sino que para ello debe haberse obtenido previamente otra nacionalidad.

Esta renuncia a la nacionalidad venezolana por nacimiento, conforme lo establece el artículo 14 de la Ley, debe efectuarse ante el funcionario del Registro Civil de la jurisdicción donde se halle inscrita la partida de nacimiento de la persona. Tal renuncia debe por tanto ser inscrita en los libros correspondientes y se debe estampar la respectiva nota marginal en el acta de nacimiento de la persona interesada.

Cuando la renuncia de la nacionalidad venezolana por nacimiento se efectúe en territorio extranjero, el artículo 15 de la Ley exige que se haga mediante documento autenticado o ante la representación consular venezolana correspondiente, y la misma debe también ser enviada por la persona interesada al Registro Civil de la jurisdicción donde se halle inscrita su partida de nacimiento. En todo caso, precisa la misma norma "hasta tanto no se haya inscrito la renuncia en el Registro Civil, ésta no surtirá efecto alguno en la República Bolivariana de Venezuela".

b. *Requisitos para la renuncia de la nacionalidad venezolana por naturalización*

En el caso de los venezolanos por naturalización, el artículo 45 de la Ley dispone que “la renuncia sólo será válida cuando la persona interesada opte, aspire obtener o haya obtenido otra nacionalidad”.

Conforme al artículo 46 de la ley, tal renuncia de la nacionalidad venezolana se debe efectuar ante el funcionario del Registro Civil de la jurisdicción donde se halle inscrita su Carta de Naturaleza; debiendo ser inscrita en los libros correspondientes y anotarse la respectiva nota marginal en la Carta de Naturaleza de la persona interesada.

Cuando la renuncia se efectúe en territorio extranjero, el artículo 47 de la Ley exige que se haga mediante documento autenticado o ante la representación consular venezolana correspondiente, debiendo ser enviada por la persona interesada al Registro Civil de la jurisdicción donde se halle inscrita su Carta de Naturaleza. En este caso también, la Ley sujeta los efectos de la renuncia a tal registro, de manera que la norma dispone que “en todo caso, hasta tanto no se haya inscrito la renuncia en el Registro Civil ésta no surtirá efecto alguno en la República Bolivariana de Venezuela”.

B. *La recuperación de la nacionalidad renunciada*

Ahora bien, conforme al artículo 36 de la Constitución, quien renuncie a la nacionalidad venezolana por nacimiento puede recuperarla, pero siempre que se domicilie en el territorio de la República por un lapso no menor de dos años y manifieste su voluntad de recuperar la nacionalidad. Por tanto, la recuperación de la nacionalidad no se produce en forma automática por la residencia, sino que es necesario formular la declaración de voluntad de recuperarla. En este aspecto, el régimen de la Constitución de 1961 fue sustancialmente cambiado, pues en la misma se abrían dos opciones para la recuperación de la nacionalidad: cuando el que la había perdido se domicilia en el territorio de la República y declaraba su voluntad de recuperarla; o cuando permanecía en el país por un período no menor de

dos años, en cuyo caso la recuperación se producía en forma automática (Art. 40)²⁷³.

En cuanto a los venezolanos por naturalización que renuncien a la nacionalidad venezolana también pueden recuperarla pero cumpliendo, nuevamente, con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Constitución, para la obtención de la carta de naturaleza.

La Ley en su artículo 16, repite la regulación constitucional sobre la recuperación de la nacionalidad venezolana por nacimiento al disponer que la persona que haya renunciado a ella, puede recuperarla, siempre y cuando establezca su residencia en el territorio de la República por un período no menor de dos (2) años y una vez cumplido dicho plazo realice la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad venezolana, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.

Igualmente, el artículo 49 de la Ley, en cuanto a la recuperación de la nacionalidad venezolana por naturalización, dispone que la persona que haya renunciado a ella, puede recuperarla cumpliendo con las condiciones generales para la obtención de la Carta de Naturaleza, así como con el procedimiento de naturalización establecido en la Ley.

3. *La revocación judicial de la nacionalidad venezolana por naturalización*

Como se ha dicho, por acto del Estado, la nacionalidad venezolana por naturalización sólo se pierde por revocatoria judicial. Por ello, el artículo 36 de la Ley ratifica que "La revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización sólo podrá hacerse mediante sentencia judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

273 Este método imperativo de recuperación de la nacionalidad, como lo indicó Gonzalo Parra Aranguren, tendía "precisamente a evitar que los venezolanos originarios, naturalizados en el extranjero, pretendan ingresar y vivir indefinidamente en el país para disfrutar de las prerrogativas que concede la extranjería, sin asumir ninguno de los deberes derivados de su vínculo originario con el país"; en "La nacionalidad venezolana originaria en la Constitución de 23 de enero de 1961", *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, 1963, Caracas 1963, p. 81.

A *La causales de la revocación judicial*

En el artículo 48 de la Ley se regulan las causales de pérdida de la nacionalidad venezolana por naturalización, "previa sentencia judicial", las cuales se pueden clasificar en la siguiente forma:

a. *Por actos contra la República, contra sus instituciones y contra la seguridad de la Nación*

a' *Actos realizados en el extranjero contra los intereses de la República*

En primer lugar, el artículo 48,1 de la ley dispone que la nacionalidad venezolana derivada puede revocarse, cuando el naturalizado, "encontrándose en territorio extranjero, ejecute, colabore, coadyuve, coopere, participe, incite, exhorte o facilite, directa o indirectamente, la realización de actos contrarios a los intereses, de cualquier índole, de la República Bolivariana de Venezuela".

La redacción de esta norma, sin duda, es excesivamente vaga, dejándose a la autoridad judicial en el caso concreto, libertad total para interpretar cuales serían los actos "contrarios a los intereses" de la República, lo que implica, en primer lugar, determinar el carácter de "contrariedad" del acto; y en segundo lugar, determinar cuales serían "los intereses" de la República en el caso concreto.

b'. *Actos realizados sustrayéndose de la jurisdicción de los tribunales venezolanos.*

La Ley distingue, por otra parte otra serie de causales de revocación judicial de la nacionalidad venezolana por naturalización, por actos contrarios a la soberanía de la República, a sus instituciones, a la seguridad de la Nación y al ordenamiento jurídico en general, con la común exigencia de que las personas que los realicen "logren sustraerse de la jurisdicción de los tribunales venezolanos".

Estas causales se originan cuando el venezolano por naturalización, en el extranjero o en territorio nacional, "ejecute, colabore, coadyuve, coopere, participe, incite, exhorte o facilite, directa o indirectamente", la realización de actos que:

1. Afecten la integridad, soberanía o independencia de la República Bolivariana de Venezuela y logren sustraerse de la jurisdicción de los tribunales venezolanos;
2. Menoscaben la seguridad de la Nación y logren sustraerse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos;

También se originan estas causales, cuando el venezolano por naturalización, en el extranjero en territorio nacional, "ejecute, colabore, coadyuve, coopere, participe, exhorte o facilite, directa o indirectamente", la realización de actos que:-

1. Cuando se menosprecien o sometan al escarnio público a las instituciones o a las autoridades públicas y logren sustraerse de la jurisdicción de los tribunales venezolanos;
2. Inciten a la desobediencia o desacato de las instituciones o de las autoridades públicas y logren sustraerse de la jurisdicción de los tribunales venezolanos;
3. Inciten a la desobediencia o desacato de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes u otras disposiciones normativas emanadas de las autoridades públicas y logren sustraerse de la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

b. *Por adquisición de la nacionalidad con fraude a la ley*

Otra de las causales de revocación judicial de la naturalización establecida en el artículo 48, 4 de la Ley se origina cuando la persona "haya obtenido la nacionalidad venezolana con el fin de sustraerse, a los efectos del ordenamiento jurídico nacional o extranjero".

Esta causal corresponde al denominado fraude a la ley, que es una institución típica del derecho internacional privado que identifica la práctica conforme a la cual se pretende aplicar a un hecho, un derecho que no es el competente por medio de una manipulación de los factores de conexión, como sería la nacionalidad (*lex patrie*). La Ley considera por ello, que es causal de revocación judicial o pérdida de la nacionalidad venezolana derivada, cuando es obtenida "con el fin de sustraerse a los efectos del ordenamiento jurídico" tanto nacional como extranjero.

A este respecto puede decirse que la definición de la adquisición de la nacionalidad venezolana originaria con fraude a la ley era más técnica en la Ley de 1940, cuando en su artículo 21 señalaba que "será castigado como fraudulento y viciado de nulidad, todo cambio de nacionalidad verificado con el fin de sustraerse, circunstancial o temporalmente, a determinados efectos de una legislación".

Ahora bien, debe tenerse presente que no todo cambio de nacionalidad debe considerarse como hecho realizado con fraude a la ley, aunque los factores de conexión cambiados tengan como consecuencia la no aplicación de una determinada legislación. Por ello, lo que debe caracterizar el fraude a la ley es precisamente el elemento intencional, el ánimo de eludir la ley normalmente aplicable²⁷⁴.

274 En muchos casos judiciales, se ha aplicado el principio, para acordar la extradición de personas cuando se ha querido evitar mediante la obtención de la naturalización, con posterioridad a la comisión del hecho que originó la solicitud de extradición. V., sentencia de la antigua *Corte Federal*, de 20 de marzo de 1959, en la cual se decidió que conforme a "los Tratados suscritos entre Venezuela y otros países, entre ellos los Tratados con España y Bolivia, señalan que no serán considerados como ciudadanos de los respectivos países los extranjeros naturalizados en el otro si el delito hubiere sido cometido con anterioridad a la fecha de su naturalización" Asimismo en sentencia de 24 de abril de 1961, de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa*, esta rechazó el alegato de la nacionalidad para objetar una solicitud de extradición, señalando que "de acuerdo a los principios legales que regulan la materia de extradición, la obtención o adquisición de la nacionalización con posterioridad a la perpetración del delito que ha dado lugar a la solicitud de extradición, no es óbice a que el Estado requerido acuerde la entrega del delincuente. Tales principios aplicables al caso presente, están contenidos en los Tratados de Extradición que Venezuela tiene firmado con varios países, entre ellos, con Italia y España, y de manera especial, en el suscrito con el Brasil en 1938, el cual en la parte segunda del Art. 1º, textualmente dice: "a naturalización del inculcado posterior al hecho delictuoso que haya servido de base a una solicitud de extradición, no constituirá obstáculo para ésta" En el orden jurídico internacional es natural que así sea; y la justificación del mencionado principio obedece al deber de asistencia jurídica que se prestan los Estados entre sí en beneficio del interés de la justicia represiva, de suerte que, el criminal fugitivo no puede acogerse a su nueva nacionalidad, presumiblemente, con la finalidad de eludir la respectiva demanda de extradición. El ejercicio de soberanía implica para el Estado requerido la obligación de enjuiciar en su territorio, por el delito que se le imputare al naturalizado, cuya entrega se hubiera negado." V., las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*, op. cit. pp. 47 y ss.

c. *Por adquisición de la nacionalidad en fraude a la ley*

El artículo 48,8 de la Ley, por último, también establece como causal de revocación judicial de la naturalización, el supuesto conforme al cual la persona "haya adquirido la nacionalidad venezolana en fraude a la ley".

Esta causal se distingue de la anterior porque no se refiere a una manipulación fraudulenta de los factores de conexión, sino pura y simplemente a una manipulación fraudulenta de los requisitos que exige la Ley para obtener la naturalización.

Por ejemplo, para que un extranjero pueda solicitar la Carta de Naturaleza, debe presentar conforme al artículo 26,4 de la LNC, el "Visado debidamente expedido por la autoridad venezolana correspondiente". En consecuencia, si un extranjero no tiene el visado correspondiente no puede adquirir la nacionalidad venezolana; y si la adquiere por medios fraudulentos engañando a las autoridades competentes y obtiene luego la naturalización, puede decirse que adquirió la nacionalidad venezolana en fraude de la Ley, por lo que ésta puede ser revocada por la autoridad judicial por constituir una de las causales de pérdida de la nacionalidad venezolana derivada.

En esta causal encuadraría el supuesto que regula el artículo 41 de la Ley en relación con "las Cartas de Naturaleza expedidas en virtud de pruebas o documentos viciados de falsedad o cuando se hubieren expedido sin cumplir con los requisitos o con violación a esta Ley" que están sujetas a la acción de nulidad, ante el órgano judicial competente y conforme con el procedimiento establecido en Ley para la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización.

B. *El procedimiento*

a. *La competencia judicial: jurisdicción contencioso-administrativa*

Conforme al artículo 37 de la LNC, los tribunales competentes para conocer de la acción de revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización, en primera instancia, son los órganos jurisdic-

cionales en lo Contencioso Administrativo, y en alzada, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia²⁷⁵.

b. *La legitimación activa*

El artículo 38 de la Ley atribuye la legitimación activa para interponer la acción de revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización, conforme con lo establecido en la misma Ley, al Ministerio del Interior y de Justicia, que es el competente en materia de nacionalidad y ciudadanía a través del funcionario que éste designe mediante Resolución debidamente publicada en la Gaceta Oficial.

c. *Contenido de la demanda de revocatoria*

El escrito contentivo de la acción de revocatoria de la nacionalidad venezolana por nacimiento debe reunir los siguientes requisitos, que enumera el artículo 39 de la ley:

- “1. Indicación del Tribunal ante el cual se propone la acción y del instrumento normativo del cual se desprenda la competencia del tribunal.
2. Indicación expresa del funcionario que interpone la acción, así como de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela contentiva de la Resolución del Ministerio con competencia en materia de nacionalidad y ciudadanía de la cual se desprende la legitimación para intentar la acción.
3. Identificación plena de la persona a la cual se le pretende revocar la nacionalidad venezolana por naturalización.
4. El objeto de la acción con indicación expresa de la fecha y demás datos que permitan identificar el acto de adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, que se pretende revocar.

275 En cuanto al Régimen definitivo aplicable a juicios de revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización, en las Disposición Final Primera, se dispuso que: “Cuando se promulguen la Ley Orgánica que regulará jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, las acciones de revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización se tramitarán conforme con lo establecido en estas leyes en lo relativo a la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares”.

5. La narración cronológica de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción, así como los fundamentos de derecho que la motivan”.

d. *La representación en juicio*

El artículo 40 de la Ley, recoge principios del debido proceso y establece que los venezolanos por naturalización a los cuales se les pretenda revocar la nacionalidad mediante el proceso judicial que se regula en la Ley, deben estar asistidos por abogado de su confianza, y si éstos no tienen medios económicos suficientes para contratar un abogado particular o no desean hacerlo, entonces el Estado debe proporcionarle un Defensor Público a los fines de garantizarles el derecho a la defensa.

e. *El supuesto de la acción de nulidad de las Cartas de Naturaleza adquiridas en fraude a la ley*

El artículo 41 de la Ley, como se dijo, establece un supuesto específico de acción de nulidad que debe ejercerse “ante el órgano judicial competente y conforme con el procedimiento establecido en esta Ley para la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización”, para el caso de “las Cartas de Naturaleza expedidas en virtud de pruebas o documentos viciados de falsedad o cuando se hubieren expedido sin cumplir con los requisitos o con violación a esta Ley”, es decir, adquiridas en fraude a la ley.

En estos casos, dispone el artículo 42, que la declaratoria judicial de nulidad debe fijar la fecha a partir de la cual la Carta de Naturaleza será nula, agregando que “en todo caso, se dejarán a salvo las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia de la Carta a favor de terceros de buena fe”.

Esta acción de nulidad, respecto de las Cartas de Naturaleza, caduca a los diez (10) años contados a partir de la fecha de su expedición (Art. 43).

IV. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA EXTRADICIÓN DE VENEZOLANOS

La extradición es la acción conforme a la cual el Estado hace entrega de un individuo procesado o condenado a otro Estado requirente, con el propósito de evitar la impunidad. En esta materia, sin embargo, el artículo 67 de la Constitución de 1999 se limita a establecer que “se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas”, con lo que se ha dispuesto la prohibición absoluta de la extradición de nacionales, quedando reservada tal posibilidad de extradición, sólo respecto de los extranjeros.

Esto, puede decirse que se aparta de lo que es la tendencia en el mundo contemporáneo, que busca restringir esta proscripción absoluta, particularmente mediante acuerdos bilaterales entre Estados, con el objeto de evitar la impunidad especialmente en delitos que afectan a la comunidad internacional, como el narcotráfico, el terrorismo o el tráfico ilegal de personas²⁷⁶.

La previsión de la exclusión absoluta, en efecto, podría auspiciar la impunidad en muchos de esos delitos mediante la obtención de la nacionalidad venezolana, sobre todo cuando el propio Estado ha sido el que ha relajado las normas para ello, particularmente con fines electorales circunstanciales.

V. EL RÉGIMEN DE LA CIUDADANÍA

1. *El ciudadano*

La ciudadanía es el vínculo político que se establece entre una persona y el Estado, que le permite participar en el sistema político. Por ello, el ciudadano es esencialmente el venezolano²⁷⁷; por lo que el

276 V., nuestra posición crítica sobre la regulación en *idem*, p. 161.

277 V., en general, sobre la ciudadanía, Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico-administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Instituto de Derecho Público, Caracas 1965, pp. 57 y ss.; Eugenio Hernández Bretón, “Nacionalidad, ciudadanía y extranjería en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Público*, n° 81 (enero-marzo). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 47-59. V., además, Enrique Argullol Murgadas, “El status constitucional del ciudadano y la relación jurídico-administrativa”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de

artículo 39 de la Constitución, cuyo texto es una innovación en relación a lo que establecía la Constitución de 1961²⁷⁸, señala que:

“Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución”.

Esta norma la repite el artículo 50 de la LNC, al precisar que a los efectos de su normativa, “son ciudadanos o ciudadanas los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil y cumplan con las condiciones de edad, previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”.

La condición de ciudadano, por tanto corresponde a los venezolanos hábiles en derecho, no sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política (como pena accesoria a la pena principal en el campo penal) y, por supuesto, en las condiciones de edad previstas en la Constitución, que no son uniformes. Por ejemplo, para ejercer el derecho al sufragio basta ser mayor de 18 años (Art. 64), pero para ser Gobernador se requiere ser mayor de 25 años (Art. 160), para ser Diputado a la Asamblea Nacional y legislador estatal se requiere ser mayor de 21 años (Arts. 188 y 162), para ser Alcalde se requiere ser mayor de 25 años (Art. 174), para ser Presidente y Vicepresidente de la República se requiere ser mayor de 30 años (Arts. 227 y 238), al igual que para ser Defensor del Pueblo (Art. 280) y Contralor General de la República (Art. 288); y para ser Ministro se requiere ser mayor de 25 años (Art. 244).

Asimismo, en cuanto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 263), al Procurador General de la República (Art. 249) y al Fiscal General de la República (Art. 284) la Constitución exige, al

Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1384-1392.

278 V., nuestra propuesta en este sentido, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 64 y ss. V., nuestro voto salvado en la primera discusión, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 145.

menos tener 35 años, lo que deriva de las condiciones que regula para ejercer dichos cargos.

2. *Los derechos políticos y los ciudadanos*

A. *El régimen general*

La consecuencia de regular expresamente en la Constitución a la ciudadanía, es la reserva que hace el artículo 40, de los derechos políticos como privativos de los venezolanos, salvo las excepciones establecidas en la Constitución; las cuales se refieren sólo a la posibilidad, para los extranjeros con más de 10 años de residencia, de poder votar en las elecciones parroquiales, municipales y estatales (Art. 64). Por ello, en forma general, el artículo 51 de la Ley precisa que “salvo las excepciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes, el ejercicio de los derechos políticos es privativo de los venezolanos y venezolanas”.

Estos derechos políticos reservados a los nacionales, son todos los enumerados en los artículos 62 y siguientes: derecho a la participación política (Arts. 62 y 70); derecho al sufragio, salvo en las elecciones parroquiales, municipales y estatales (Art. 63) y derecho a participar en referendos (Arts. 71 y ss); derecho a desempeñar cargos públicos (Art. 65); derecho a solicitar la rendición de cuenta de los elegidos, salvo respecto de los electos a nivel parroquial, municipal y estatal (Art. 66); derecho de asociarse con fines políticos (Art. 67); y derecho a manifestar (Art. 68).

B. *La igualdad entre venezolanos por nacimiento y venezolanos por naturalización*

Del artículo 40 también deriva el principio constitucional de la igualdad entre venezolanos por nacimiento y venezolanos por naturalización en cuanto al ejercicio de los derechos políticos, “con las excepciones establecidas en la Constitución”. Consecuencialmente, conforme a un principio tradicional en Venezuela, la ley no puede establecer excepciones a este principio de la igualdad entre venezola-

nos por nacimiento y por naturalización; y si ello ocurre, la ley sería inconstitucional²⁷⁹.

279 Este ha sido el criterio tradicionalmente sostenido por el máximo Tribunal de la República. Por ejemplo, en sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación* en Sala Plena de 30 de mayo de 1947, publicada en *Gaceta Oficial*, n° 22.324, de 31 de mayo de 1947, se estableció lo siguiente:

“El artículo 2° de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, reformada el 16 de julio de 1943, dispone: “Los Ministros que han de componer las Cortes Suprema y Superior, serán elegidos por el Presidente de la República, de sendas listas de doce abogados venezolanos por nacimiento que formará la Corte Federal y de Casación”... Conforme al artículo 15, base 4ª de la Constitución Nacional, “los Estados de la Unión convienen en reservar al Poder Federal la legislación que regirá en toda la República en materia civil, mercantil, penal y de procedimiento”. Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil, en el Título Preliminar, consagrado a las Disposiciones Fundamentales, en el artículo 2°, dice en su primer aparte: “En los Tribunales de Venezuela, no podrán ocupar puestos de jueces o vocales, permanentes o accidentales, quienes no sean venezolanos”. No distingue, pues, esta disposición fundamental procesal entre venezolanos por nacimiento y venezolanos por naturalización. En consecuencia, una Ley Especial de aplicación local, como es la Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, reformada el 16 de julio de 1943, que limita el cargo de ciertos jueces solamente a los venezolanos por nacimiento, rompe con la uniformidad de la legislación procesal requerida para toda la República, con desconocimiento de la mente del constituyente que tuvo por mira, al establecerla, consolidar la unidad nacional con una misma legislación civil, mercantil, penal y de procedimiento; por lo que resulta que el Artículo 2° de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, reformada el 16 de julio de 1943, colide con el artículo 15, base 4ª de la Constitución Nacional y así se declara. El artículo 32, garantía 14ª de la Constitución Nacional, al consagrar el derecho de elegir, como el de ser elegido para el desempeño de las funciones públicas, y las condiciones que deben llenar los venezolanos para el ejercicio de tales derechos, no hace tampoco distinción entre los venezolanos por nacimiento y por naturalización, para ejercerlos. Y si bien añade: “sin más restricciones que las establecidas en esta Constitución y las que se deriven de las condiciones especiales de competencia o capacidad que para el ejercicio de determinados cargos requieran las leyes”, no expresivas estas condiciones especiales de la cualidad de ser nacional, lo cierto es que la Constitución de la República no limita en ninguno de sus preceptos únicamente a los venezolanos por nacimiento, el cargo de la magistratura judicial, salvo el caso de los vocales de la Corte Federal y de Casación. Por tanto, el artículo 2° de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, reformada el 16 de julio de 1943, al establecer que los Ministros de las Cortes Suprema y Superior, serán elegidos por el Presidente de la República de sendas listas de doce abogados, por nacimiento que formará la Corte Federal y de Casación”. Menoscaba el de-

C. *Las excepciones*

Estas excepciones, en general, se establecen en el artículo 41 que dispone que sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la República, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Ministros de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores y Alcaldes de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional.

Por otra parte, para ejercer los cargos de Diputado a la Asamblea Nacional, Ministro, Gobernadores y Alcaldes de Estados y Municipios no fronterizos, la Constitución exige que los venezolanos por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley (Art. 41).

En relación con el concepto de residencia que se utiliza en la norma, el artículo 4,8 de la LNC lo define como "la estadía de una persona que se ha establecido en el territorio de la República, con ánimo de permanecer en él".

En cuanto a la interpretación del artículo 41 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 2394 del 28 de agosto de 2003, ha destacado que la Constitución de 1999:

recho de los venezolanos por naturalización, en manifiesta colisión con el artículo 32, garantía 14ª de la Constitución Nacional, y así se declara.

También el artículo 32, garantía 18ª de la Constitución Nacional, establece igualdad para todos los venezolanos, esto es, la igualdad ante la Ley sin distinción entre los que lo sean por nacimiento y los que lo sean por naturalización, por lo que unos y otros pueden ser elegidos para desempeñar cargos de magistrados judiciales, salvo los de vocales de la Corte Federal y de Casación, reservados por la propia Constitución, para quienes sean venezolanos por nacimiento. En consecuencia, el artículo 2º de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, reformada el 16 de julio de 1943, en su primera parte, colide con el artículo 32, garantía 18ª de la Constitución Nacional, y así se declara".

“Como una novedad en la historia constitucional patria, permite a los venezolanos por naturalización optar para ser elegidos para el cargo de gobernador de algún Estado, siempre y cuando de manera concurrente cumplan con los requisitos de permanencia en el país y que se trate de un Estado no fronterizo, y por otra parte, la Constitución de 1999, como otra importante novedad, asimila los venezolanos por naturalización a los venezolanos por nacimiento, en cuanto a los derechos políticos, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el único aparte del artículo 40 Constitucional..

El artículo 41 de la Constitución de 1999 limita el derecho sólo a los venezolanos por nacimiento para optar a ser elegidos para el cargo de gobernador de algún estado fronterizo, con lo cual se excluyen a los venezolanos por naturalización.

Sin embargo, el único aparte del artículo 40 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece (al igual que el segundo aparte del artículo 45 de la Constitución de 1961) un importante avance en materia de igualdad entre los derechos de los venezolanos por nacimiento y por naturalización, al permitir a éstos últimos asimilarlos a los primeros en cuanto sus derechos políticos, ya que reconoce el derecho para optar a ser elegido y desempeñar cualquiera de los cargos aludidos en el artículo 41 *eiusdem*²⁸⁰.

Ahora bien, en relación con el artículo 41, la duda se plantea al momento de precisar el alcance e inteligencia del concepto de “estado fronterizo”, por lo que la Sala al constatar que “el concepto de frontera, incluye en el vigente ordenamiento jurídico un tratamiento que abarca aspectos espaciales y de seguridad y defensa de la nación, que no pueden ser tratados de manera separada” y que la Constitución no distingue “entre fronteras naturales como las terrestres, insulares, lacustres y marítimas y las fronteras artificiales, entre las que se podrían encontrar los puentes, señales u otra de creación humana; por el contrario, se amplía el concepto de frontera dentro del marco espacial y de seguridad y defensa de la nación”, concluyó estableciendo la siguiente interpretación sobre la mencionada norma constitucional:

280 V., en *Revista de Derecho Público*, nº 93-94/95-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 203-204.

- “1) Los venezolanos por nacimiento podrán optar a ser elegidos para el cargo de gobernador de cualquier estado del país.
- 2) Los venezolanos por naturalización sólo pueden optar a ser elegidos para ejercer el cargo de gobernador de algún estado no fronterizo, cuando tengan residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley.
- 3) La expresión “estado fronterizo” a que alude el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abarca en el ámbito espacial, tanto las fronteras naturales como las artificiales, por lo que los venezolanos por naturalización no podrían optar y ser elegidos para ejercer los cargos referidos en dicho articulado, respecto a cualquiera de los estados fronterizos, salvo la excepción contenida en el único aparte del artículo 40 del Texto Fundamental.
- 4) Los venezolanos por naturalización pueden optar a ser elegidos y ejercer el cargo de gobernador de estados fronterizos o no fronterizos, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el único aparte del artículo 40 Constitucional, *supra* transcrito, pues sus derechos políticos han sido asimilados *ope legis* a los reconocidos a los venezolanos por nacimiento”.

D. *La equiparación absoluta en cuanto a los venezolanos*

Como se ha dicho, las excepciones antes indicadas que afectan a los venezolanos por naturalización, sin embargo, desaparecen en el supuesto regulado en el artículo 40, equivalente al artículo 45 de la Constitución de 1961, que establece que:

“Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría”.

En tal sentido el artículo 24 de la LNC es reiterativo al indicar que “Los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al territorio de la República antes de cumplir los siete (7) años de edad y hayan residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría, tendrán los mismos derechos que los venezolanos y venezolanas por nacimiento”.

3. *La suspensión de la ciudadanía*

El artículo 52 de la Ley, en una forma evidentemente inconstitucional, establece como causales "de suspensión del ejercicio de la ciudadanía", además de "la inhabilitación política y la interdicción civil" que son las únicas establecidas en la Constitución, las otras siguientes "causales":

- "1. La aceptación de funciones políticas u honores de otro Estado;
2. La prestación de servicios militares a otro Estado, sin la previa autorización de la Asamblea Nacional;
3. La ofensa a los símbolos patrios y las demás que establezcan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes".

Estas "otras causales" de suspensión de la ciudadanía, es decir, de suspensión del ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos, como se dijo, son evidentemente inconstitucionales, pues establecen restricciones a los derechos de los venezolanos y a la ciudadanía no autorizadas en la Constitución. Esta es precisa y terminante al disponer en el artículo 39, como antes se ha señalado, que los venezolanos "que no están sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución". En consecuencia, la ciudadanía sólo puede ser constitucionalmente "suspendida" por inhabilitación política o interdicción civil.

En cuanto a la interdicción civil, la misma está regulada en el artículo 393 del Código Civil al establecer que: "El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdicción, aunque tengan intervalos lúcidos".

En cuanto a la inhabilitación política, la regula el Código Penal como pena en su artículo 24, estableciendo que "o podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión y produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos que tengan el penado y la incapacidad, durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pa-

sivo del sufragio. También perderá toda dignidad o condecoración oficial que se le haya conferido, sin poder obtener las mismas ni ninguna otra durante el propio tiempo”.

Por otra parte, la propia Constitución establece otros supuestos específicos de inhabilitación política, por ejemplo en el artículo 65 dispone que no pueden optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena de acuerdo con la gravedad del delito. En este sentido, la Ley contra la Corrupción de 2003²⁸¹ establece en su artículo 96, lo siguiente:

“Artículo 96. El funcionario o empleado público que haya sido condenado por cualesquiera de los delitos establecidos en la presente Ley, quedará inhabilitado para el ejercicio de la función pública y, por tanto, no podrá optar a cargo de elección popular o a cargo público alguno, a partir del cumplimiento de la condena y hasta por cinco (5) años, a excepción de lo establecido en el artículo 83 de esta Ley, caso en el cual se aplicará el tiempo establecido en esa norma.

El lapso de inhabilitación a que se refiere este artículo será determinado por el juez, de acuerdo con la gravedad del delito, en la sentencia definitiva que se pronuncie sobre el mismo”.

Por su parte, el artículo 198 de la Constitución dispone que los diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, no pueden “optar a cargos de elección popular en el siguiente período”.

En consecuencia, las solas restricciones constitucionales que podrían significar “suspensión” de la ciudadanía, serían los casos de inhabilitación política y de interdicción civil, las cuales, en todo caso, sólo pueden ser pronunciadas por la autoridad judicial, en juicio contradictorio.

Las otras supuestas causales de “suspensión” de la ciudadanía, establecidas en el artículo 52 de la Ley, por tanto, deben considerarse inconstitucionales, por más que el artículo 55 de la Ley garantice que la supuesta “decisión” que se adopte corresponde ser dictada a la

281 G.O. n° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003.

autoridad judicial, al disponer que el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos "sólo puede suspenderse por sentencia judicial firme". Ello es correcto, pero sólo en los casos de inhabilitación política o interdicción civil.

4. *La pérdida de la ciudadanía*

Por último, siendo la ciudadanía una consecuencia de la nacionalidad, el artículo 55 de la Ley aclara que "quien pierda la nacionalidad por las causas previstas en esta Ley, pierde la ciudadanía".

§ 7. EL RÉGIMEN DE LOS EXTRANJEROS

I. LOS EXTRANJEROS Y SU RÉGIMEN LEGAL

1. *La definición de extranjero*

El extranjero, a los efectos del ordenamiento jurídico venezolano, es toda persona que no sea nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Así lo establece el artículo 3 de la Ley de Extranjeros y Migración²⁸², de 2004²⁸³, la cual tiene por objeto regular todo lo relativo a la admisión, ingreso, permanencia, registro, control e información, salida y reingreso de los extranjeros y extranjeras en el territorio de la República, así como sus derechos y obligaciones, con la finalidad de facilitar la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas y estrategias que en materia migratoria dicte el Ejecutivo Nacional. La Ley, por tanto, como se dijo, derogó la Ley de Ex-

282 G.O. n° 37.944 de 24-05-2004.

283 Conforme a la Disposición Final segunda: "La presente Ley entrará en vigencia a los ciento ochenta (180) días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela"; es decir, el 24 de diciembre de 2004. A tal efecto, en las Disposiciones Transitorias se dispone: "*Primera.* El Ejecutivo Nacional, de conformidad con el Reglamento de esta Ley, adoptará las provisiones tendientes a facilitar la regularización de la situación migratoria de los extranjeros y extranjeras que hayan ingresado al territorio de la República, antes de la entrada en vigencia de esta Ley; *Segunda.* El Ejecutivo Nacional deberá tomar las medidas necesarias para reestructurar la dirección encargada de la identificación de extranjeros, dentro del primer año contado a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, a fin de adecuar esas unidades administrativas a la nueva normativa establecida en esta Ley; *Tercera.* El Ejecutivo Nacional deberá automatizar todos los Sistemas de Registro de Movimientos Migratorios en un lapso no mayor de un (1) año contado a partir de la publicación de la presente Ley".

trajeros de 1937²⁸⁴, la Ley sobre Actividades de los Extranjeros en el Territorio de Venezuela de 1942²⁸⁵ y la Ley de Inmigración y Colonización de 1966²⁸⁶, así como todas las demás disposiciones que la contravengan²⁸⁷.

Lo dispuesto en la nueva Ley se debe aplicar, además, sin perjuicio de los tratados suscritos y ratificados por la República, los acuerdos de integración y las normas de Derecho Internacional.

2. *Ámbito de aplicación*

Por otra parte, se debe destacar la declaración contenida en el artículo 60 de la ley en el sentido de que "a objeto de facilitar la integración cultural del pueblo indígena que comparten territorios de dos (2) o más países, así como el derecho a la práctica de sus valores, usos y costumbres, el país se compromete a instrumentar el establecimiento de Convenios que coadyuven a la unidad cultural y al mantenimiento de sus formas de vida".

3. *Ámbito territorial de aplicación de la ley*

Como lo precisa el artículo 2 de la LEM, sus disposiciones "se aplicarán a los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, independientemente de su condición migratoria". Los únicos exceptuados son, conforme al artículo 4, "los representantes diplomáticos y consulares, los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, representantes, delegados y, demás miembros de organismos internacionales y organizaciones especializadas de las cuales sea parte la República y sus familiares, acreditados ante el Gobierno Nacional".

284 G.O. n° 19.329 de fecha 3 de agosto de 1937.

285 G.O. n° 20.835 de fecha 29 de junio de 1942.

286 G.O. n° 1.032 Extraordinario de fecha 18 de julio de 1966.

287 Disposición Derogatoria única.

4. *La autoridad competente para la aplicación de la ley*

A. *El Ministerio del Interior y Justicia*

Conforme al artículo 5 de la Ley, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio con atribuciones en el área de extranjería y migración, que conforme al Decreto n° 1475 de 17 de octubre de 2001 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central²⁸⁸ es el Ministerio del Interior y Justicia, se considera la autoridad migratoria nacional encargada de la admisión, ingreso, permanencia, registro, salida y reingreso de los extranjeros y extranjeras. Sin embargo, los Ministerios con competencia en las áreas de Relaciones Exteriores, de la Defensa y del Trabajo, coadyuvarán en la ejecución de los objetivos de esta Ley.

B. *La Comisión Nacional de Migración*

Otro órgano regulado en la Ley es la Comisión Nacional de Migración, la cual conforme al artículo 28 tiene como objeto asesorar al Ejecutivo Nacional en el cumplimiento de las funciones establecidas en esta Ley.

Esta Comisión Nacional de Migración debe estar integrada por el Ministro del Interior y de Justicia, quien la presidirá y por un representante de los Ministerios con competencia en Relaciones Exteriores, Defensa, Educación, Pesca, Agricultura, Ganadería, Producción, Comercio y Trabajo.

C. *Secretario Ejecutivo*

Conforme al artículo 32 de la ley, corresponde a la Comisión Nacional de Migración:

- “1. Revisar el ordenamiento jurídico vinculado con la política migratoria y proponer al Ejecutivo Nacional, las reformas y medidas necesarias para su actualización y modernización.

288 G.O. n° 37.305 de 17-10-2001.

2. Realizar los estudios necesarios para identificar las mejores metodologías que permitan hacer más eficaz y eficiente la aplicación de las normas contenidas en esta Ley y su Reglamento.
3. Elaborar informes y emitir dictámenes sobre legislación y políticas migratorias y hacer las recomendaciones pertinentes, a fin de que el Ejecutivo Nacional dicte las medidas necesarias sobre la materia.
4. Todas las demás funciones que le encomiende el Ejecutivo Nacional”.

II. LAS CATEGORÍAS DE EXTRANJEROS

A los efectos del ingreso y permanencia en el territorio de la República, como lo dispone el artículo 6 de la ley, los extranjeros pueden ser admitidos en las categorías de no migrante, migrante temporal y migrante permanente. Los requisitos y el procedimiento referentes a la admisión, ingreso, permanencia, salida y reingreso aplicable a cada una de estas categorías, así como la determinación de las subcategorías, se deben establecer en el Reglamento de la Ley.

Además, conforme a la Constitución, existe la categoría de extranjero refugiado y asilado.

1. *Los extranjeros no migrantes*

Se consideran extranjeros no migrantes, los que ingresen al territorio de la República con el propósito de permanecer por un tiempo limitado de 90 días, sin ánimo de fijar en él su domicilio permanente ni el de su familia. Transcurrido este lapso, puede ser prorrogado hasta por 90 días más. Estos extranjeros no migrantes, por tanto, no pueden ejercer actividades que involucren remuneración o lucro.

2. *Los extranjeros migrantes temporales*

Serán considerados migrantes temporales, los que ingresen al territorio de la República con el ánimo de residir en él temporalmente, mientras duren las actividades que dieron origen a su admisión.

3. *Los extranjeros migrantes permanentes*

Serán considerados migrantes permanentes, los que tengan la autorización para permanecer indefinidamente en el territorio de la República.

4. *Los extranjeros refugiados*

De acuerdo con el último párrafo del artículo 6 de la ley, "los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República con la condición de refugiados o refugiadas y asilados o asiladas, se regirán por la ley que regule la materia". Esta Ley es la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (Ley n° 34)²⁸⁹.

III. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE EXTRANJEROS

1. *El régimen de la admisión*

A. *Los requisitos de admisión*

Exige el artículo 7 de la Ley, que los extranjeros, a los fines de su admisión, ingreso, reingreso y permanencia en el territorio de la República, deben estar provistos de un pasaporte válido y vigente, con el respectivo visado u otro documento que autorice su ingreso o permanencia en el territorio de la República, de conformidad con las normas de la materia o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

B. *Los casos en los que se debe negar la admisión*

No pueden ser admitidos en el territorio de la República, los extranjeros que se encuentren comprendidos en los siguientes supuestos que enumera el artículo 8 de la Ley:

- "1. Cuando su presencia pueda ser motivo de alteración del orden público interno o comprometa las relaciones internacionales de la Re-

289 G.O. n° 37.296 del 3 de octubre de 2001.

pública, como consecuencia de ser requeridos por autoridades extranjeras policiales o judiciales, en relación con causas penales comunes o que estén vinculados con organizaciones delictivas nacionales e internacionales.

2. Cuando hayan sido expulsados del territorio de la República y permanezca vigente la prohibición de entrada al país.
3. Cuando hayan cometido delito que la ley venezolana califique y castigue, mientras no hubieren cumplido condena o hubiere prescrito la acción o pena en el país donde ésta se originó.
4. Cuando hayan incurrido en violaciones a los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario o a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, en los cuales sea parte la República.
5. Cuando estén relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o realicen actividades conexas.
6. Cuando padezcan enfermedades infectocontagiosas u otras que comprometan la salud pública”.

2. *Los lugares de ingreso y salida de los extranjeros*

El ingreso y salida de los extranjeros del territorio de la República, sólo puede efectuarse por los terminales legalmente habilitados a los efectos. En caso de emergencia o necesidad comprobada, los lugares habilitados podrán ser cerrados al tránsito de personas en forma temporal y, en este caso, el acto que contenga esta medida se dictará “de conformidad con las normas especiales sobre situaciones de excepción”, y debe estar debidamente motivado tanto en los hechos como en el derecho en el cual se fundamenta (Art. 9).

Conforme al artículo 10 de la Ley, los extranjeros deben presentarse en el Terminal de entrada, “con el respectivo pasaporte debidamente visado o con un documento que autorice su ingreso o permanencia en el territorio de la República”.

En el caso de extranjeros representantes de cualquier religión o culto que ingrese al territorio de la República para ejercer actividades de carácter religioso u otras relacionadas con éste, deberá obtener la respectiva autorización del Ejecutivo Nacional a través del órgano competente, acreditando para ello su condición (Art. 111).

3. *El Registro Nacional de Extranjeros*

El artículo 21 de la Ley, creó el Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras, el cual debe ser llevado por el Ministerio de Interior y Justicia; correspondiendo al Reglamento de la Ley, determinar la estructura, organización y funciones de este Registro.

4. *Los deberes de control*

A. *El control de ingreso de extranjeros*

Corresponde a las autoridades competentes en materia de extranjería y migración que se encuentren ubicadas en los puertos, aeropuertos y zonas fronterizas, impedir el ingreso al territorio de la República de todos aquellos extranjeros y extranjeras que no reúnan los requisitos establecidos en la Ley para su ingreso legal al país (Art. 12).

Quedan a salvo, dispone el mismo artículo, los convenios suscritos por la República que exoneren a los extranjeros o extranjeras del cumplimiento de alguno de los requisitos para su ingreso, previstos en esta Ley.

B. *La participación de cambio de estado civil de las personas extranjeras*

La autoridad civil ante la cual se realice el cambio de estado civil de un extranjero o extranjera lo debe participar al Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras, dentro de los ocho (8) días siguientes al acto, conforme con lo que al efecto establezca el Reglamento (Art. 22).

C. *La participación de la reclusión de personas extranjeras*

Los directores de centros penitenciarios deben remitir trimestralmente al Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras, una lista actualizada de las personas extranjeras que estén reclusas por haber sido condenadas mediante sentencia definitivamente firme (Art. 23). Esta participación también se debe hacer de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.

D. El deber de los empleadores de personas extranjeras

Dispone el artículo 24 de la Ley, que todo empleador de una persona extranjera debe exigirle la presentación de los documentos de identificación y notificar por escrito al Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras los términos y condiciones de la relación laboral, así como la terminación de la misma, dentro de un lapso de treinta (30) días siguientes al acto respectivo.

De conformidad con las disposiciones que al efecto establezca el Reglamento, todo empleador o contratista de trabajadores extranjeros o trabajadoras extranjeras debe comprometerse con la autoridad competente en materia de extranjería y migración, a pagar el pasaje de regreso del extranjero o extranjera y de su familia, si fuera el caso, a su país de origen o de última residencia, dentro del mes siguiente a la terminación del contrato.

E. El deber de los propietarios o administradores de hoteles, pensiones o sitios de hospedaje

Los propietarios o administradores de hoteles, pensiones o sitios de hospedaje deben llevar un registro de los usuarios extranjeros con referencia expresa a la nacionalidad, el cual deben enviar cada 8 días al Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras, sin perjuicio de lo que se establezca en el reglamento respectivo (Art. 25).

F. El deber de los propietarios o administradores de empresas de transporte

Los propietarios o administradores de las empresas de transporte de pasajeros y turismo nacional o internacional deben llevar un registro de los usuarios extranjeros, el cual también deben remitir cada ocho (8) días al Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras, sin perjuicio de lo que se establezca en el reglamento respectivo (Art. 26).

G. El mantenimiento de las estadísticas oficiales

El Ministerio del Interior y Justicia, en ejercicio de sus funciones de control, debe mantener actualizadas las estadísticas sobre los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, independientemente de su categoría migratoria (Art. 27).

5. *El régimen de regularización "expedita" de los extranjeros en situación irregular (2004)*

Como antes se dijo, el Presidente de la República, en febrero de 2004, antes de que se sancionara las nuevas Leyes de Nacionalidad y Ciudadanía y de Extranjería y Migración dictó un "Reglamento para la regularización y naturalización de los extranjeros y las Extranjeras que se encuentra en el territorio nacional"²⁹⁰; con el objeto, precisamente, de poder "proceder a la regularización de la admisión y permanencia de los extranjeros y extranjeras que se encuentran en condición irregular en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, así como otorgar la posibilidad de optar a la nacionalidad venezolana para todos aquéllos extranjeros y extranjeras que cumplan con los requisitos exigidos para tales fines" (Art.1).

Como ya se ha señalado, consideramos que dicho reglamento de excepción ha quedado derogado con las nuevas leyes de nacionalidad y Ciudadanía y de Extranjería y Migración. Sin embargo, consideramos de interés comentar su contenido, por los efectos que tendrá en el futuro.

En efecto, el Reglamento estableció como sus principio rectores, "la obligación del estado de defender y garantizar los derechos humanos, la dignidad, el trato justo y equitativo, la gratuidad, la respuesta oportuna y adecuada, la honestidad, transparencia, imparcialidad y buena fe, para implementar un procedimiento efectivo que atienda las solicitudes realizadas por los extranjeros y extranjeras que se encuentran en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela" (Art. 3).

La competencia para ejecutar el Reglamento se atribuyó al Ministerio del Interior y Justicia a través de la Oficina Nacional de identificación y Extranjería (Arts. 3 y 4), asignándose a dichos órganos, competencia para simplificar o suprimir los trámites administrativos en los procesos de regularización de la admisión y permanencia de los extranjeros en condición irregular y en el proceso de naturalización, de conformidad con los principios y normas que establece la ley que regula la materia (Art. 5).

290 El Decreto n° 2.823 de 03-02-2004 publicado en G.O. n° 37.871 de 03-02-2004, fue reformado por Decreto n° 3.041 de 03-08-2004, G.O. n° 38.002 del 17-08-2004.

Ahora bien, en cuanto a la regularización de los extranjeros, el artículo 7 del Reglamento dispuso que los extranjeros en condición irregular que se encontraran en el territorio de la República debían inscribirse en el Registro de Extranjeros y consignar ante la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería o en sus oficinas desconcentradas, la siguiente documentación solicitada para su regularización en el artículo 8 de la Ley:

- “1. Pasaporte o cualquier otro documento que acredite su identidad.
2. Constancia de la actividad u oficio que ejerce en el país.
3. Carta de residencia emitida por la autoridad competente.
4. Tres fotos de frente tamaño carnet”.

Conforme al artículo 9 del Reglamento, los extranjeros que cumplieran con los requisitos y recaudos previstos en el mismo se les debía regularizar su admisión y permanencia, otorgándoles “la condición de residente” en el territorio de la República. La Oficina Nacional de Identificación y Extranjería y sus oficinas desconcentradas, además, debían expedir un certificado de regularización por triplicado, un ejemplar del cual se debía entregar al extranjero, otro se debía archivar en la Dirección de Control de Extranjeros de la Dirección General de Identificación y Extranjería, y el tercero debía quedar depositado en la oficina que expidiera el certificado. Dicho certificado de regularización, que debía contener los datos de identificación del extranjero o que acreditaran su identidad, tenía una vigencia de 30 días contados a partir de la fecha de su otorgamiento (Art. 10).

V. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS EXTRANJEROS

1. *El régimen de los derechos*

Conforme al artículo 13 de la Ley, y siguiendo lo dispuesto en la Constitución, los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, tendrán los mismos derechos que los nacionales, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes. Ello básicamente se refiere a los derechos políticos.

2. *La referencia particular al derecho a la tutela judicial efectiva*

En particular, el artículo 15 de la ley, dispone que los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva en todos los actos que a éstos conciernan o se encuentren involucrados, con respecto a su condición de extranjeros.

Agrega la norma que en los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería, se deben respetar, en todo caso, las garantías previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, sobre el procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de los actos, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

Los actos y resoluciones administrativos adoptados en relación con los extranjeros deben ser recurribles, de conformidad con lo establecido en la Ley de Extranjeros y Migración y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto le sean aplicables.

Igualmente, la ejecución de los actos administrativos relacionados con la condición o situación jurídica de los extranjeros y extranjeras, se debe realizar de conformidad con lo establecido, a tal efecto, en la Ley y por las disposiciones consagradas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto le sean aplicables.

3. *El régimen de las autorizaciones laborales*

A. *La autorización laboral*

El artículo 16 de la Ley exige que todas aquellas personas que en virtud de un contrato de trabajo deban ingresar al territorio de la República, deben obtener la autorización laboral por parte del Ministerio del Trabajo. La tramitación para la obtención de la correspondiente autorización debe efectuarla el extranjero, a través de su contratante en el territorio de la República.

El visado que autorice la permanencia en el territorio de la República de los extranjeros, debe tener la misma duración que la autorización laboral y debe ser renovado siempre que subsistan las mismas circunstancias que determinaron su otorgamiento (Art. 20).

B. *Las excepciones a la autorización laboral*

El artículo 17 de la Ley exceptúa de la obligación de obtener la autorización laboral para el ejercicio y las actividades que motivan su otorgamiento, a los extranjeros y extranjeras comprendidos en los siguientes supuestos:

- “1. Los científicos, profesionales, técnicos, expertos y personal especializado que vengan a asesorar, dar entrenamiento o ejecutar labores de carácter temporal, por un lapso no mayor de noventa (90) días.
2. Los técnicos y profesionales invitados por entes públicos o privados para cumplir con labores académicas, científicas o de investigación, siempre que estas actividades no excedan el lapso de noventa (90) días.
3. Los que ingresen al territorio de la República para desarrollar actividades amparadas en los convenios de cooperación y asistencia técnica.
4. Los trabajadores de medios de comunicación de otros países debidamente acreditados para el ejercicio de las actividades informativas.
5. Los miembros de misiones científicas internacionales, que realicen trabajos de investigación en el territorio de la República autorizados por el Estado venezolano”.

C. *El procedimiento para la contratación de trabajadores extranjeros*

Los Ministerios de Tierras, del Trabajo y de Producción y el Comercio, deben dictar mediante resolución conjunta, los procedimientos para la contratación de trabajadores extranjeros y trabajadoras extranjeras de la agricultura, la pesca y la ganadería, en áreas específicas y por tiempo necesario (Art. 18).

D. *La contratación por empresas del Estado*

En el caso de trabajadores extranjeros que aspiren a ser contratados por empresas pertenecientes a la República, Los Estados y los Municipios, los mismos deben obtener la correspondiente autorización laboral (Art. 19).

4. *El régimen de la extradición*

En cuanto a la extradición de extranjeros, el artículo 271 de la Constitución establece que:

En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra derechos humanos.

5. *El régimen de los deberes*

De acuerdo con el artículo 14 de la LEM, los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, sin perjuicio de los deberes y obligaciones que le impone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, deben cumplir los siguientes deberes:

- “1. Cumplir con los requisitos y las condiciones de identificación, permanencia y localización en Venezuela, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico.
2. Presentar ante las autoridades los documentos que los identifiquen, cuando le sean requeridos. Dichos documentos, no podrán ser retenidos por las autoridades.
3. Inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras del ministerio con competencia en la materia, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ingreso, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de esta Ley, cuando ingrese al territorio de la República como migrante temporal o adquiera la categoría de migrante permanente.
4. Consignar ante la autoridad civil correspondiente al lugar de su domicilio, las actas relativas al estado civil debidamente legalizadas o con la respectiva apostilla, tanto de ellos como de su familia, y participar cualquier cambio de domicilio o residencia, cuando se trate de extranjeros y extranjeras que se encuentren comprendidos en las categorías de migrantes temporales y permanentes.
5. Mantener vigente el visado u otro documento que autorice su permanencia en el territorio de la República.
6. Presentarse en el lapso fijado cuando sean citados por la autoridad competente”.

VI. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

1. *Órgano competente para imponer sanciones y sus atribuciones*

Corresponde al Ministro del Interior y de Justicia, o el funcionario que él delegue, la imposición de las sanciones establecidas en la Ley, de conformidad con lo previsto en las leyes que regulan los actos y procedimientos administrativos, y demás normas aplicables; en particular, por supuesto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Las sanciones que puede imponer el Ministro del Interior y de Justicia o el funcionario que él delegue, en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, conforme al artículo 35 de la ley, son las siguientes: amonestación, las multas previstas en el Capítulo I de este Título o la deportación del territorio de la República.

A tal efecto, se debe abrir una articulación probatoria de 72 horas para determinar el tipo de sanción aplicable, de acuerdo a la gravedad o reincidencia de la infracción cometida, en la forma que determine el reglamento respectivo y sin perjuicio de la aplicación de las demás normas previstas en la Ley.

La persona incurso en alguna de esas medidas dispondrá de un lapso de 5 días hábiles para ejercer los recursos, excepciones y defensas, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

2. *Las multas*

Corresponde al Ministerio del Interior y Justicia la imposición de las multas a los extranjeros en los siguientes casos que enumera el artículo 36 de la ley:

- “1. El extranjero y extranjera que incumpla la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras y de hacer las participaciones respectivas en los términos contenidos en el artículo 14 de esta Ley, será sancionado con una multa de diez unidades tributarias (10 U.T.).
2. Las personas naturales y jurídicas a las que se refieren los artículos 24, 25 y 26 de esta Ley, que infrinjan las obligaciones allí previstas, serán sancionadas con cincuenta unidades tributarias (50 U.T.).

3. Todo empleador que contrate extranjeros y extranjeras ilegales para la prestación de determinado servicio, será sancionado con doscientas unidades tributarias (200 U.T.)”.

3. *Liquidación de las multas*

Una vez que se impongan las multas respectivas, el infractor debe proceder a su pago dentro de los 8 días siguientes a la notificación de la decisión. Vencido dicho lapso, en caso de su inobservancia, se debe aplicar lo previsto en el Código Orgánico Tributario (Art. 37).

4. *La deportación y expulsión de extranjeros*

A. *Las causas de la deportación*

Tal como lo precisa el artículo 38 de la Ley, estarán sujetos a la medida de deportación del territorio de la República, los extranjeros que estén incurso en alguna de las siguientes causales:

- “1. Los que ingresen y permanezcan en el territorio de la República sin el visado correspondiente.
2. Los que hayan ingresado al territorio de la República para desempeñar actividades sometidas a la autorización laboral y no cumplan con dicho requisito.
3. Los que no cumplan con la obligación de renovar el visado dentro del lapso que establece el Reglamento de esta Ley.
4. Los trabajadores extranjeros y las trabajadoras extranjeras cuando ejecuten trabajos distintos a aquellos para los cuales fueron contratados y en una jurisdicción diferente a la autorizada.
5. Haber sido multado por la autoridad competente en materia de extranjería y migración, dos (2) o más veces y ser renuente a la cancelación de la misma”.

B. *Las causas de expulsión*

Sin perjuicio de las sanciones que las demás leyes establezcan, conforme se dispone en el artículo 39 de la Ley, los extranjeros deben ser expulsados del territorio de la República en los siguientes casos:

- “1. Los que hayan obtenido o renovado el visado que autoriza su ingreso o permanencia en el territorio de la República, con fraude a la ley.
2. Los que se dediquen a la producción, distribución o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o demás actividades conexas.
3. Los que encontrándose legalmente en el territorio de la República, propicien el ingreso legal o ilegal de otro extranjero o extranjera con falsas promesas de contrato de trabajo, promesas de visas o autorización de trabajo.
4. El que comprometa la seguridad y defensa de la Nación, altere el orden público o esté incurso en delitos contra los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario o las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, en los cuales sea parte la República”.

C. *El procedimiento*

a. *La obligación de notificar a la autoridad*

El artículo 40 de la ley, impone a toda autoridad que tenga conocimiento de que un extranjero se encuentra incurso en alguna de las causales de deportación o expulsión previstas en esta Ley, el deber de notificar sin dilaciones al Ministerio del Interior y Justicia, a los fines del inicio del procedimiento administrativo correspondiente.

b. *El inicio del procedimiento administrativo*

Para la imposición de las sanciones previstas en los artículos 38 y 39 de esta Ley, el Ministerio del Interior y Justicia puede proceder de oficio o por denuncia.

Dispone el artículo 41 de la Ley, que cuando el Ministerio del Interior y Justicia tenga conocimiento de que un extranjero se encuentre incurso en alguna de las causales previstas en la Ley para proceder a su deportación o expulsión, según sea el caso, el órgano competente del mismo debe ordenar el inicio del correspondiente procedimiento administrativo mediante auto expreso. Dicho órgano competente del Ministerio para conocer del procedimiento administrativo de deporta-

ción o expulsión, será el que a tal efecto designe el Ministro del Interior y Justicia mediante Resolución

De la apertura del procedimiento administrativo de deportación o expulsión se debe notificar al extranjero interesado dentro de las 48 horas siguientes al inicio de dicho procedimiento.

c. Las medidas cautelares

A los fines de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente del Ministerio, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, conforme se dispone en el artículo 46 de la Ley, puede imponer al extranjero que se encuentre sujeto al procedimiento de deportación o expulsión, las medidas cautelares siguientes:

- “1. Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración.
2. Prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización.
3. Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera.
4. Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad.
5. Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal.

La imposición de estas medidas cautelares no puede exceder de 30 días, contados a partir de la fecha en que se dictó la medida”.

d. El contenido de la notificación de inicio del procedimiento

Las notificaciones de inicio de procedimientos administrativos deben indicar expresamente los hechos que motivan el inicio del mismo, así como el derecho que tiene el extranjero interesado para acceder al expediente administrativo y de disponer del tiempo que

considere necesario para examinar el respectivo expediente, para lo cual puede estar asistido de abogado de su confianza (Art. 42). Esta notificación se debe practicar de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

e. *La audiencia oral ante la autoridad competente*

En el mismo auto de apertura del inicio del procedimiento administrativo antes indicado, se le informa al extranjero que debe comparecer ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración, al tercer día hábil siguiente a su notificación, a los fines de que se realice una audiencia oral en la cual pueda exponer los alegatos para ejercer su derecho a la defensa, para lo cual podrá disponer de todos los medios de prueba que considere pertinentes (Art. 43).

La celebración de la audiencia oral puede postergarse hasta por (3) días hábiles, siempre que el extranjero interesado lo hubiere solicitado mediante escrito debidamente motivado.

El extranjero interesado puede estar asistido de abogado de su confianza en la audiencia oral; y si no habla el idioma castellano o no puede comunicarse de manera verbal se le debe proporcionar un intérprete.

Si el extranjero interesado solicitare en dicha audiencia que se le reconozca la condición de refugiado, se debe tramitar el asunto conforme al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Refugiados y Asilados.

f. *La decisión administrativa*

Luego de haberse realizado la audiencia oral antes indicada, el órgano competente del Ministerio del Interior y Justicia debe decidir dentro de las 72 horas siguientes a la celebración de dicha audiencia oral; en forma escrita y mediante acto administrativo debidamente motivado, que deberá contener los requisitos consagrados en las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 44). El artículo 50 de la ley insiste en establecer que la expulsión de extranjeros se debe hacer mediante acto motivado, dictado por el Ministerio del Interior y Justicia, en la cual se fijará el término para el cumplimiento de la misma.

La decisión de deportación o expulsión debe ser notificada al extranjero interesado dentro de las 24 horas siguientes a dicha decisión, la cual debe contener el texto íntegro del acto administrativo con indicación de los recursos que procedan y de los lapsos para ejercerlos, así como de los órganos o tribunales ante los cuales deberán interponerse.

En las decisiones que acuerden la deportación o expulsión de extranjeros se debe fijar el término para el cumplimiento de tales decisiones, el cual comenzará a transcurrir una vez que se hayan agotado todos los recursos administrativos y judiciales previstos en la ley y dicha medida de deportación o expulsión hubiere quedado definitivamente firme.

g. *El recurso jerárquico*

Conforme lo dispone el artículo 45 de la Ley, dentro de los (5) días hábiles siguientes a la decisión, el extranjero interesado puede interponer recurso jerárquico ante el Ministro del Interior y Justicia; quien debe decidir mediante acto administrativo motivado, dentro de los 2 días hábiles siguientes a su interposición.

h. *La revocatoria de la visa o del documento de ingreso*

El Ministerio del Interior y Justicia mediante Resolución motivada, revocará la visa o documento de ingreso o permanencia en el territorio de la República a los extranjeros y extranjeras incurso en las causales de deportación y expulsión previstas en los artículos 38 y 39 de la Ley.

i. *Ejecución forzosa de la medida de expulsión*

En caso de incumplimiento del término fijado en el acto administrativo de expulsión (Art. 50) para abandonar el territorio de la República, se debe proceder a la conducción del extranjero hasta el terminal de salida habilitado al efecto, donde la autoridad competente deba hacer efectiva la expulsión (Art. 50).

D. *Los derechos de los extranjeros en los casos de deportación o expulsión*

a. *El derecho a trasladar bienes adquiridos*

Los extranjeros sometidos a las medidas de deportación o expulsión que posean bienes adquiridos legítimamente, tendrán un lapso de un año, contado a partir de que la medida haya quedado definitivamente firme, para el traslado y colocación de los mismos, para lo cual deberán tener las facilidades necesarias. Dicho traslado lo pueden realizar por sí mismos o a través de representante o apoderado, debidamente autorizado mediante documento autenticado (Art. 48).

b. *El derecho a percibir beneficios laborales*

Conforme se indica en el artículo 49 de la Ley, los trabajadores extranjeros sujetos a las medidas de deportación o expulsión tienen derecho a percibir los salarios, prestaciones sociales y todos los beneficios establecidos en la ley que regula las relaciones de trabajo, contrataciones colectivas y demás leyes sociales aplicables con ocasión de la relación laboral.

VII. EL RÉGIMEN DE LOS DELITOS Y DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. *Los delitos*

En la Ley de Extranjería y Migración se han regulado los siguientes delitos:

En *primer lugar*, el delito de facilitación de ingreso ilegal, establecido en el artículo 52, mediante el cual se castiga con pena de prisión de 4 a 8 años, toda persona que facilite o permita el ingreso ilegal de extranjeros y extranjeras al territorio de la República.

En *segundo lugar*, el delito de facilitación de ingreso ilegal en el caso de los funcionarios públicos, establecido en el artículo 59 de la Ley que establece, que el funcionario público, o autoridad policial o militar que por cualquier medio, favorezca o induzca, por acción u omisión, el ingreso o salida del territorio de la República de personas de manera clandestina o con fraude al procedimiento de control migratorio establecido en nuestro ordenamiento jurídico, será penado

con presidio de 4 a 8 años y no podrá volver a ejercer ningún cargo en la Administración Pública por un lapso de 10 años.

En *tercer lugar*, el delito de explotación laboral de migrantes, establecido en el artículo 53 de la ley, mediante el cual se castiga con pena de prisión de 4 a 8 años, a “quienes empleen a extranjeros y extranjeras cuya estadía en el territorio de la República sea ilegal, con el objeto de explotarlos como mano de obra en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos laborales que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Con igual pena debe ser castigado el que simulando contrato o colocación, o valiéndose de engaño semejante, determine o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

En *cuarto lugar*, el delito de inmigración ilícita, establecido en el artículo 55 de la Ley, mediante el cual se castiga con pena de prisión de 4 a 8 años, al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración ilícita de extranjeros y extranjeras al territorio de la República.

En *quinto lugar*, el delito de tráfico ilegal de personas establecido en el artículo 56 de la Ley, mediante el cual se castiga con pena de prisión de cuatro 4 a 8 años, a las personas naturales y los representantes de las personas jurídicas que, por acción u omisión, promuevan o medien el tráfico ilegal de personas en tránsito o con destino al territorio de la República. El artículo 57 de la Ley establece, como agravante, que los que realicen estas conductas con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, de su género o de los grupos vulnerables, serán castigados con pena de prisión de 8 a 10 años.

Además para todos los delitos antes indicados, el artículo 58 de la Ley dispone que se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los artículos 52, 53, 54, 55, 56 y 57 de esta Ley, cuando en la comisión de los hechos se hubiese puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima.

2. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Conforme al artículo 54 de la Ley, cuando los hechos previstos en los artículos 52 (delito de facilitación de ingreso ilegal) y 53 (delito de explotación laboral de migrantes) de la Ley se atribuyeran a personas

jurídicas, la pena señalada debe imponerse a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello.

VIII. EL RÉGIMEN DE LOS REFUGIADOS Y ASILADOS

1. *Régimen constitucional y legal*

En el régimen de los extranjeros en Venezuela, debe destacarse en especial, el que deriva del derecho de asilo y del estatuto de refugiados, que tienen su fundamento en la Constitución.

En cuanto al derecho de asilo, el artículo 69 de la Constitución solo dispuso que “la República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio”. Con esta fórmula, debe destacarse que se abandonó inexplicablemente la vinculación del derecho de asilo a la persecución política, que es el fundamento histórico y tradicional de ese derecho²⁹¹. Por ello, el artículo 116 de la Constitución de 1961 disponía que:

“La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro, por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas del derecho internacional”.

Ahora, conforme al artículo 69 de la Constitución de 1999, el asilo quedó consagrado sin referencia alguna a la persecución por motivos políticos o por la comisión de delitos comunes conexos con delitos políticos, lo que sin regulación legal, podría abrir la vía al otorgamiento del asilo por cualquier causa. Sin embargo, la ubicación de la norma en el capítulo de los derechos políticos, como lo propusimos formalmente²⁹² la vincula con el tema político, como en efecto termi-

291 V., nuestra propuesta en la materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 143 a 155; y nuestro voto salvado en la primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 158 a 162.

292 V., Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 154.

nó regulándose en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (Ley n° 34)²⁹³.

Por otra parte, se destaca del artículo 69 de la Constitución la consagración del “derecho de refugio”, lo cual, en realidad, es una materia de regulación internacional más que nacional, que tiene su origen en la Convención sobre Refugiados de la Organización de Naciones Unidas de 1951 y en el Estatuto de Refugiados derivado del Protocolo de 1967²⁹⁴.

La materia, en todo caso, se ha regulado legalmente, también, en la mencionada Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (LORA) de 2001²⁹⁵, cuyo objeto es precisamente regular “la materia sobre Refugio y Asilo, de acuerdo a los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los instrumentos internacionales sobre refugio, asilo y derechos humanos ratificados por la República, así como determinar el procedimiento a seguir por los órganos y funcionarios de los Poderes Públicos Nacionales encargados de su cumplimiento” (Art. 1).

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica, por tanto, la República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio, de conformidad con los siguientes principios:

- “1. Toda persona puede solicitar refugio en la República Bolivariana de Venezuela, debido a fundados temores de ser perseguido por los motivos y condiciones establecidos en el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.
2. Toda persona puede solicitar asilo en la República Bolivariana de Venezuela, así como en sus misiones diplomáticas, navíos de guerra y aeronaves militares en el exterior, cuando sea perseguida por motivos o delitos políticos en las condiciones establecidas en esta Ley.
3. Ninguna persona solicitante de refugio o de asilo será rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde

293 G.O. n° 37.296 del 3 de octubre de 2001.

294 V., nuestra crítica en relación con esta norma en *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 153.

295 G.O. n° 37.296 del 3 de octubre de 2001.

su vida, integridad física o su libertad esté en riesgo a causa de los motivos mencionados en esta Ley.

4. Ninguna autoridad podrá imponer sanción alguna, por causa del ingreso o permanencia irregular en el territorio de la República de personas que soliciten la condición de refugiado -refugiada o asilado- asilada, según los términos establecidos en esta Ley.
5. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, opiniones políticas, la condición social, el país de origen o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en situaciones de igualdad, de la condición de refugiado -refugiada o asilado- asilada de toda persona que así lo solicite.
6. Se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los niños refugiados o de las niñas refugiadas y adolescentes no acompañados o separados del núcleo familiar, en los términos establecidos en esta Ley”.

Todos los procedimientos establecidos en la Ley para la determinación de la condición de refugiado y asilado, estarán sujetos a los principios de accesibilidad, oralidad, celeridad y gratuidad (Art. 3).

Además, conforme se establece expresamente en el artículo 4 de la Ley Orgánica, sus preceptos deberán ser interpretados “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, y las demás disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en materia sobre derechos humanos ratificados por la República”. La norma agrega, además, que en caso de duda en la interpretación y aplicación de alguna norma, se debe aplicar la más favorable al goce o ejercicio de los derechos del solicitante de refugio o asilo o del refugiado o asilado.

2. *El derecho de asilo y el régimen de los asilados*

A. *La condición de asilado*

Tal como lo establece el artículo 38 de la LORA, debe ser reconocido como asilado todo extranjero al cual el Estado otorgue tal condi-

ción por considerar que es perseguido por sus creencias, opiniones o afiliación política, por actos que puedan ser considerados como delitos políticos, o por delitos comunes cometidos con fines políticos.

B. *El acto de otorgamiento del asilo*

El Estado venezolano, en ejercicio de su soberanía y de conformidad con los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados por la República, puede otorgar asilo dentro de su territorio a la persona perseguida por motivos o delitos políticos antes señalados (Art. 38), una vez calificada la naturaleza de los mismos (Art. 39).

El Estado, conforme al artículo 40 de la Ley Orgánica, también puede otorgar asilo a la persona que lo solicite ante misiones diplomáticas, navíos de guerra o aeronaves militares venezolanas, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia de los cuales Venezuela forma parte.

Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, previa opinión de las autoridades nacionales competentes, la decisión sobre el otorgamiento del asilo (Art. 42). Otorgado el asilo, dicho Ministerio debe notificar al Ministerio del Interior y Justicia a fin de la expedición del documento de identidad correspondiente (Art. 43).

C. *Los casos de negativa del asilo*

No puede otorgarse asilo, tal como lo precisa el artículo 41 de la Ley Orgánica, a ninguna persona que se encuentre inculpada, procesada o condenada ante tribunales ordinarios competentes por delitos comunes, o que haya cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad definidos en los instrumentos internacionales.

D. *Las obligaciones de los asilados*

Los asilados admitidos en el territorio nacional deberán respetar la Constitución y las leyes de la República, y no pueden intervenir en asuntos políticos o de otra índole que comprometan la seguridad nacional o los intereses del Estado venezolano (Art. 44).

3. *El régimen de los refugiados*

A. *La condición de refugiado*

a. *La definición legal*

De acuerdo con el artículo 5 de la LORA, el Estado venezolano debe considerar como refugiado "a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca tal condición, en virtud de haber ingresado al territorio nacional debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, y se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad, no pueda o no quiera regresar al país donde antes tuviera su residencia habitual". La norma se ha repetido textualmente en el artículo 1º del Reglamento de la Ley Orgánica dictado por Decreto N° 2.491 de 4 de julio de 2003²⁹⁶

En dicho Reglamento, además, se estableció el siguiente criterio para la interpretación del mismo:

"Artículo 25. Los preceptos del presente Reglamento deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, la Convención de Caracas Sobre Asilo Territorial de 1954 y las demás disposiciones de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, debidamente suscritos y ratificados por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela".

En lo que se refiere a la protección de la unidad familiar del refugiado, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica, quedan amparados, cuando sea requerido, sus progenitores, su cónyuge o la persona con quien mantiene una unión estable de hecho y sus hijos menores de edad; pudiendo ser valorada individualmente, la situación de otros familiares (Art. 8).

296 G.O. n° 37.740 de 28 de julio de 2003.

b. *El derecho de los refugiados a no ser sancionados ni devueltos por el ingreso ilegal*

Ninguna persona que tenga la condición de refugiada conforme a los supuestos del artículo 5 de la LORA, puede ser objeto de sanción por haber ingresado y permanecido ilegalmente en el territorio nacional, siempre y cuando se presente sin demora ante las autoridades nacionales, una vez ingresada y alegue causa justificada (Art. 6).

Además, la persona que solicite la condición de refugiado no puede ser rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad personal esté en riesgo a causa de las razones mencionadas en el artículo 5 de la Ley. Sin embargo, no podría invocar estos beneficios la persona que sea considerada, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad de la República o que habiendo sido objeto de una sentencia definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad del país (Art. 7).

Es más, el Reglamento de la Ley dispone que a toda persona que invoque la protección del Estado venezolano por las razones mencionadas en el artículo 5 de la Ley, se le debe permitir la entrada al territorio nacional y se le debe autorizar para permanecer en él, hasta tanto su solicitud sea decidida, incluido el período de reconsideración. Sin embargo, no puede invocar estos beneficios, la persona que sea considerada, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad de la República o que habiendo sido objeto de una sentencia definitiva por un delito grave, constituya una amenaza para la comunidad del país. (Art. 2).

c. *Las excepciones al reconocimiento de la condición de refugiado*

La condición de refugiado, conforme se establece en el artículo 9 de la LORA, no será reconocida a las personas comprendidas en los supuestos siguientes:

- “1. Que hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o contra la humanidad, definidos en los instrumentos internacionales.
2. Que estén incurso en delitos comunes cometidos fuera del país de refugio y sean incompatibles con la condición de refugiado o refugiada.

3. Que sean culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de la Organización de las Naciones Unidas”.

d. *La cesación de la condición de refugiado*

Conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica, la condición de refugiado cesa en los casos siguientes:

- “a. Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad;
- b. Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente;
- c. Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;
- d. Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido o perseguida;
- e. Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiado o refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad”.

Además, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica, la renuncia voluntaria, la falsedad de los fundamentos alegados o la existencia de hechos que, si hubieran sido conocidos al momento de reconocimiento, darían como resultado una decisión negativa, serán causales de la pérdida de la condición de refugiado o refugiada. Sin embargo, las declaraciones inexactas no constituyen suficiente motivo para negar la condición de refugiado o refugiada, y le corresponde a la Comisión Nacional para los Refugiados evaluar las circunstancias del caso.

De acuerdo con el Reglamento, corresponde a dicha Comisión declarar, mediante acto motivado, la cesación o pérdida de la condición de refugiado o refugiada. Dicha decisión se debe notificar a la persona objeto de la medida, con la respectiva motivación que originó la declaración. En estos casos, precisa además el reglamento, que entonces la persona queda sujeta a las disposiciones de la Ley de Extranjeros y su Reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por la República, que fueren aplicables. (Art. 24).

B. *La Comisión Nacional para los Refugiados*

Mediante la Ley Orgánica (Art. 12) se creó la Comisión Nacional para los Refugiados, integrada por un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien la preside; un representante del Ministerio del Interior y Justicia; un representante del Ministerio de la Defensa, quienes tienen derecho a voz y voto. La Comisión, además, cuenta con la presencia de un representante del Ministerio Público, un representante de la Defensoría del Pueblo, y un representante de la Asamblea Nacional, propuesto por la Comisión Permanente de Política Exterior de la misma, quienes sólo tienen derecho a voz. La citada Comisión debe sesionar válidamente, en las reuniones ordinarias y extraordinarias, con la asistencia de los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Interior y Justicia y de la Defensa, todos ellos con derecho a voz y voto (Art. 12, Reglamento).

Por otra parte, a las sesiones de la Comisión pueden asistir, en calidad de observador, un representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, con voz y sin voto. Asimismo, la Comisión puede invitar también a sus sesiones a otros delegados de instituciones gubernamentales o no gubernamentales, con voz y sin voto.

La Comisión Nacional para los Refugiados se debe reunir una vez al mes y extraordinariamente cuantas veces sea necesario para el cumplimiento de sus objetivos, previa convocatoria de su Presidente en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores, y tiene las siguientes funciones:

1. Orientar y coordinar las acciones necesarias para brindar protección, asistencia y apoyo jurídico a las personas solicitantes de refugio y a los refugiados y refugiadas.
2. Conocer y decidir sobre los casos de determinación de la condición de refugiado (a), de la cesación y de la pérdida de esta condición, así como resolver sobre las medidas de expulsión de refugiados (as), de conformidad con los procedimientos y criterios establecidos en la presente Ley y su Reglamento y en los Instrumentos Internacionales vigentes sobre la materia.
3. Redactar su reglamento interno.

Durante el proceso de evaluación, la Comisión Nacional para los Refugiados puede requerir al solicitante cualquier tipo de información o documentación que se considere necesaria. Igualmente, puede solicitar que se le realice una entrevista final a través de un Fiscal del Ministerio Público, a los fines de ponderar la solicitud. Durante ese tiempo, el solicitante puede aportar cualquier documentación que facilite los trámites de su solicitud (Art. 10, Reglamento).

C. *El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado*

a *La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado*

En relación con la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, el artículo 14 de la LORA regula detalladamente el procedimiento, así:

Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada debe ser presentada por la persona interesada, o por medio de un tercero ante las autoridades gubernamentales civiles o militares, o ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la cual debe ser transmitida a la Comisión Nacional para los Refugiados. La solicitud puede ser efectuada verbalmente, pero entonces, luego debe ser ratificada por escrito ante la Comisión.

El solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse. El artículo 5 del Reglamento dispone sobre la solicitud, que el interesado debe realizar una exposición detallada de los motivos y circunstancias en las que fundamenta su solicitud, la cual debe contener, al menos, la información siguiente:

- “1. Identificación del (de la) solicitante, fecha de nacimiento, nacionalidad, profesión u oficio, estado civil y pasaporte si lo tuviere.
2. Nombre completo de su (s) dependiente (s) o acompañante (s), fecha de nacimiento, nacionalidad, vínculo que le une con el (la) solicitante.
3. Motivo por el cual solicita la condición de refugiado.
4. Fotografía de frente.
5. Lugar de procedencia.

6. Dirección en la cual se notificará la decisión emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados sobre la aprobación o no de la solicitud de refugio.
7. Firma e impresiones dactilares del (de la) solicitante.
8. Referencia a los anexos que acompañan a la solicitud, si fuere el caso”.

b *El principio de la no devolución*

Los funcionarios a los cuales un solicitante recurra deben actuar de conformidad con el principio de no devolución y remitir inmediatamente las solicitudes a la Comisión para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada.

La Comisión debe suministrar al solicitante un traductor en caso necesario. Asimismo, por solicitud del solicitante, debe permitir que en sus actuaciones lo asesore un representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o de las organizaciones de derechos humanos.

El artículo 4 del Reglamento dispone que los funcionarios ante quienes recurra un solicitante, deben actuar de conformidad con el principio de la no devolución; de manera que al recibir la solicitud de refugio, deben levantar un acta preliminar de recibo, asentando todas las observaciones que se consideren necesarias sobre la solicitud. El acta preliminar de recibo y la solicitud se deben remitir inmediatamente a la Comisión Nacional para los Refugiados, para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada.

Asimismo, dispone la misma norma reglamentaria, que el acta preliminar de recibo debe contener los datos siguientes:

- “1. Organismo que recibió la solicitud de refugio.
2. Identificación y cargo del funcionario que levantó el acto.
3. Hechos, razones y pedimentos que expone el solicitante de refugio.
4. Referencia a los anexos que acompañan la solicitud.
5. Lugar en donde se encuentran los solicitantes de refugio.
6. Todas aquellas observaciones que se consideren pertinentes al caso”.

c. *El documento de permanencia temporal*

Al momento de recibir la solicitud, la Comisión debe expedir al solicitante un documento provisional a fin de garantizar su permanencia temporal en el territorio nacional hasta tanto se decida sobre el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada (Art. 16). El artículo 9 del Reglamento precisa que dicho documento de permanencia temporal en el territorio nacional debe tener una duración de 90 días continuos, contados a partir de la fecha de solicitud. Dicho lapso puede ser prorrogado por períodos iguales, y es el que permite a la Comisión Nacional para los Refugiados poder decidir sobre el reconocimiento de la condición de refugiado.

d. *La verificación de la información y confidencialidad*

La Comisión Nacional para los Refugiados debe proceder a verificar la información suministrada por el solicitante, garantizando la confidencialidad de la misma (Art. 15). Por ello, el artículo 6 del Reglamento dispone que ninguna información puede ser divulgada sin el previo consentimiento del solicitante de refugio.

El artículo 7 del Reglamento dispone que una vez realizada y verificada la información, la Comisión Nacional para los Refugiados debe proceder a realizar la formación de un expediente el cual debe contener:

- “1. Original de la solicitud de refugio y los respectivos anexos.
2. Acta preliminar de recibo elaborada por el funcionario que atendió la solicitud de refugio.
3. Cualquier otro tipo de documento que se solicite en este Reglamento”.

Al expediente, además, se deben agregar los documentos relativos al cónyuge, los hijos solteros menores de dieciocho (18) años de edad y demás dependientes del solicitante, a cuyo efecto, este debe acompañar las pruebas documentales de la relación familiar, si existen. De no poseerlas, el Reglamento considera como suficiente la declaración de tal situación.

Por otra parte, conforme se indica en el artículo 11 del Reglamento, corresponde al Fiscal del Ministerio Público correspondiente a la jurisdicción en la que se encuentre el solicitante de refugio, realizar la entrevista final, de la cual debe levantarse un acta que contenga al menos, la información requerida para la elaboración del acta preliminar de recibo, que debe ser firmada por el funcionario actuante y de carácter confidencial.

e. *La decisión y la identificación del refugiado*

La Comisión Nacional para los Refugiados, en el lapso de 90 días continuos, debe resolver sobre la solicitud; y si la misma resultare negada, debe ser motivada, notificar por escrito al solicitante e informar a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Art. 17; Art. 12 Reglamento).

Si la solicitud es aprobada, la Comisión debe notificar al Ministerio del Interior y Justicia a fin de la expedición del documento de identidad correspondiente (Art. 18). Conforme al artículo 19 de la LORA, este documento de identidad otorgado a las personas que se encuentren en el país con la condición de refugiado bajo los términos de la Ley, será válido no sólo para la permanencia legal sino para el ejercicio de cualquier actividad lucrativa; y cuando se trate de niños y adolescentes, el documento será válido para cursar estudios en institutos educativos.

El reglamento, por otra parte, agrega que si la solicitud es aprobada, el Ministerio del Interior y Justicia debe otorgar visa de transeúnte a la persona a quien se le ha reconocido la condición de refugiada y expedirá la correspondiente cédula. Este documento permitirá a su titular ejercer los derechos previstos en el artículo 19 de la LORA.

f. *Los recursos*

La persona cuya solicitud le fuera negada por la Comisión, puede recurrir ante ésta para su reconsideración dentro de un término de 15 días hábiles posteriores a la notificación; recurso que la Comisión debe decidir en el lapso de 90 días continuos (Art. 20). En caso de haber recurrido, el solicitante puede permanecer en el territorio nacional, al igual que su grupo familiar a los que se refiere el artículo 8 de la Ley, hasta que se adopte una decisión final.

Agotado el recurso de reconsideración a que se refiere la Ley, la persona puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, en caso de que denegada la solicitud en el recurso de reconsideración y la persona no acuda a la vía contenciosa administrativa queda sujeta a las disposiciones de la Ley de Extranjería y Migración (Art. 15).

Conforme al Reglamento, cuando el solicitante recurra a la vía judicial contencioso administrativa y la Comisión Nacional para los Refugiados, sea notificada de ello, debe extender la vigencia del documento provisional de permanencia temporal por el lapso de 90 días, pudiendo prorrogarlo por períodos iguales, hasta tanto el Tribunal Supremo de Justicia decida sobre la solicitud (Art. 14). Si la solicitud fuese denegada en esa instancia, la persona queda sujeta a las disposiciones de la Ley de Extranjería (Art. 15).

Una vez verificada cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 15 del Reglamento, la Comisión Nacional para los Refugiados debe solicitar, si fuere el caso, la ubicación de esa persona en un lugar del territorio nacional, en el que pueda permanecer, sin violar las disposiciones que regulen la materia en la legislación venezolana o en los acuerdos internacionales (Art. 16 Reglamento).

D. Los derechos y obligaciones de los refugiados

Conforme al artículo 22 de la LORA, los refugiados gozan en el territorio de la República de los mismos derechos de los extranjeros, con las limitaciones establecidas en la Constitución y demás leyes de la República. El refugiado además, tiene derecho a acudir a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o a cualquier otro organismo, público o privado, nacional o internacional, para solicitar asistencia (Art. 23).

A las personas reconocidas como refugiadas en la República, se les brindarán todas las facilidades para tramitar su naturalización (Art. 26). El Reglamento de la Ley Orgánica convierte esta disposición en un derecho al señalar que "Toda persona que haya permanecido en el país con la condición de refugiado podrá solicitar la nacionalidad venezolana por naturalización en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes que rigen la materia" (Art. 18).

En cuanto a los deberes, dispone el artículo 24 de la LORA que los refugiados admitidos en la República, deben respetar la Constitución y las leyes de la República y no intervenir en asuntos políticos o de otra índole que comprometan la seguridad nacional o los intereses internos y/o externos de Venezuela. Además, las personas con la condición de refugiado están obligadas a notificar a la Comisión Nacional para los Refugiados todo traslado o cambio de domicilio dentro del territorio nacional (Art. 25). Además, conforme al artículo 17 del Reglamento, quien ostente la condición de refugiado no podrá ausentarse del territorio nacional sin la debida autorización por escrito, emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados, la cual debe llevar un registro actualizado de cada autorización otorgada.

E. *La expulsión de los refugiados*

El artículo 27 de la Ley Orgánica garantiza a los refugiados que sólo podrán ser expulsados del territorio nacional cuando incurran en hechos que alteren el orden público o afecten la seguridad nacional.

El acto mediante el cual se dicte esta medida, que debe ser dictado por la Comisión nacional para los Refugiados (Art. 19, Reglamento), debe ser motivado y notificado al refugiado, a fin de ejercer éste los recursos previstos en la Ley.

En estos casos de expulsión de refugiados, la Comisión Nacional para los Refugiados debe informar sobre la decisión adoptada a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; debiéndosele conceder al refugiado un plazo de 60 días dentro del cual pueda gestionar su admisión regular en otro país. En todo caso, el Estado venezolano se reserva el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interno que considere necesarias (Art. 28, LORA).

F. *La repatriación voluntaria*

El artículo 29 de la LORA consagra como un derecho fundamental de los refugiados, el derecho a la repatriación voluntaria, la cual debe realizarse en condiciones de seguridad y dignidad (Art. 29).

En tal caso, conforme al artículo 20 del Reglamento, la Comisión Nacional para los Refugiados, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe solicitar a la Misión Diplomática o Consular del país

del cual sea nacional el refugiado, acreditada ante el Gobierno Nacional, la expedición del respectivo documento de viaje necesario para su repatriación voluntaria. Si resultare infructuosa la gestión, la Comisión Nacional para los Refugiados debe solicitar ante la autoridad nacional competente, la expedición del documento de viaje necesario para la repatriación (Art. 30 LORA).

En todo caso, quien fuere repatriado voluntariamente, puede solicitar nuevamente la condición de refugiado, si se dieran causas sobrevenidas de persecución con motivo del regreso a su país de nacionalidad o procedencia, observando el procedimiento previsto en la Ley (Art. 31).

G. *Las afluencias masivas*

El artículo 32 de la LORA regula los supuestos de afluencias masivas de personas extranjeras al territorio nacional, y las define como “la llegada al territorio nacional de grupos de personas necesitadas de protección que huyen de un mismo país, dificultándose la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización”. En estos casos, dispone el Reglamento de la LORA que las personas deben gozar de la protección mientras subsistan las causas que motivaron su movilización (Art. 21); agregando que el tiempo de permanencia de dichas personas, será de 90 días continuos y, puede ser prorrogado por la Comisión Nacional para los Refugiados, una sola vez, y por un período igual, previa evaluación de las condiciones imperantes en el lugar de procedencia de dichas personas (Art. 22). Estos grupos de personas que gozan de protección temporal, deben ser identificados con ese carácter por las autoridades competentes, previa elaboración del respectivo expediente, el cual debe contener las causas que motivaron su movilización, el registro de personas y todos aquellos datos que surjan de las investigaciones (Art. 23, Reglamento).

En los casos de afluencias masivas, la Fuerza Armada Nacional acantonada en la frontera, debe prestar toda la colaboración a la Comisión Nacional para los Refugiados, al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo en cuanto a la ayuda humanitaria a estas personas durante su permanencia en el territorio nacional (Art. 37 LORA).

Conforme al artículo 32 de la LORA, el Estado debe atender a estas personas en base a los siguientes supuestos:

- “1. Personas que utilizan el territorio nacional como tránsito para ingresar de nuevo al territorio de procedencia.
2. Personas que desean permanecer temporalmente en el territorio venezolano y no desean solicitar refugio.
3. Personas que desean solicitar refugio en Venezuela”.

En los casos de los ordinales 1 y 2 de este artículo, conforme al artículo 35 de la Ley Orgánica, el Estado venezolano debe efectuar las coordinaciones necesarias con las autoridades de los países de origen de las personas, a fin de atenderlas y asistir las.

En estas situaciones de afluencias masivas, el Estado debe garantizar la admisión al territorio nacional y, en colaboración con los organismos internacionales, la asistencia humanitaria para satisfacer sus necesidades básicas, sin que en ningún caso alguna de estas personas sea devuelta (Art. 33).

En los supuestos del ingreso de estas personas con la sola intención del tránsito o la permanencia temporal en el territorio nacional, la Comisión Nacional para los Refugiados debe coordinar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y notificar al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo a fin de levantar un acta en la cual se deje constancia de la decisión voluntaria de estas personas de permanecer temporalmente para luego abandonar el territorio venezolano (Art. 34).

Cuando las personas ingresen al país en situaciones de afluencias masivas, y deseen solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, deben cumplir el procedimiento previsto en la Ley (Art. 37).

§ 8. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MIGRANTES*

I. LOS EXTRANJEROS MIGRANTES Y SU RÉGIMEN LEGAL

1. *La definición de migrante*

En Venezuela, todas las personas que no sean nacionales (venezolanos) son consideradas legalmente como extranjeras; y dentro de los extranjeros, la Ley de Extranjería y Migración de 2004 considera como migrantes aquellos extranjeros que ingresen al territorio de la República con el ánimo de residir en él temporal o permanentemente²⁹⁷.

La Ley, en efecto, al regular el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio de la República, dispone que los mismos pueden ser admitidos en dos categorías: como no migrantes o como migrantes, los que a la vez pueden ser migrantes temporales y migrantes permanentes (Art. 6).

En cuanto a los extranjeros no migrantes, son los que ingresen al territorio de la República con el propósito de permanecer por un tiempo limitado de 90 días, sin ánimo de fijar en él su domicilio per-

* Documento preparado para el Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado. Utrecht, 22 junio 2006.

297 Así se establece en el artículo 3 de la *Ley de Extranjeros y Migración* de 2004 (G.O. n° 37.944 de 24-05-2004). Esta Ley derogó la Ley de Extranjeros de 1937 (G.O. n° 19.329 de fecha 3 de agosto de 1937), la Ley sobre Actividades de los Extranjeros en el Territorio de Venezuela de 1942 (G.O. n° 20.835 de fecha 29 de junio de 1942) y la Ley de Inmigración y Colonización de 1966 (G.O. n° 1.032 Extraordinario de fecha 18 de julio de 1966), así como todas las demás disposiciones que la contravengan.

manente ni el de su familia. Estos extranjeros no migrantes, no pueden ejercer actividades que involucren remuneración o lucro.

En cuanto a los extranjeros migrantes, como se dijo, son de dos categoría: los migrantes temporales, que son los que ingresan al territorio de la República con el ánimo de residir en él temporalmente, mientras duren las actividades que dieron origen a su admisión; y los migrantes permanentes, que son los que tienen autorización para permanecer indefinidamente en el territorio de la República.

2. *Régimen legal*

Los extranjeros migrantes, al igual que todos los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, están sujetos a las disposiciones de la Ley de Extranjería y Migración, independientemente de su condición migratoria (Art. 2). Los únicos exceptuados respecto de la aplicación de dicha Ley son, “los representantes diplomáticos y consulares, los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, representantes, delegados y, demás miembros de organismos internacionales y organizaciones especializadas de las cuales sea parte la República y sus familiares, acreditados ante el Gobierno Nacional” (Art. 4).

II. EL RÉGIMEN DEL INGRESO DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES

1. *Documentos necesarios para la admisión*

A los fines de su admisión, ingreso, reingreso y permanencia en el territorio de la República, los extranjeros deben estar provistos de un pasaporte válido y vigente, con el respectivo visado u otro documento que autorice su ingreso o permanencia en el territorio de la República, de conformidad con las normas de la materia o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela (Art. 7).

Conforme al artículo 10 de la Ley, los extranjeros deben presentarse en el Terminal de entrada, “con el respectivo pasaporte debidamente visado o con un documento que autorice su ingreso o permanencia en el territorio de la República”.

En el caso de extranjeros representantes de cualquier religión o culto que ingrese al territorio de la República para ejercer actividades de carácter religioso u otras relacionadas con éste, deberá obtener la respectiva autorización del Ejecutivo Nacional a través del órgano competente, acreditando para ello su condición (Art. 111).

2. *El control del ingreso de extranjeros*

Corresponde a las autoridades competentes en materia de extranjería y migración que se encuentren ubicadas en los puertos, aeropuertos y zonas fronterizas, impedir el ingreso al territorio de la República de todos aquellos extranjeros y extranjeras que no reúnan los requisitos establecidos en la Ley para su ingreso legal al país (Art. 12).

Quedan a salvo, sin embargo, los convenios suscritos por la República que exoneren a los extranjeros o extranjeras del cumplimiento de alguno de los requisitos para su ingreso, previstos en esta Ley.

3 *Los lugares de ingreso y salida de los extranjeros*

El ingreso y salida de los extranjeros del territorio de la República, sólo puede efectuarse por los terminales legalmente habilitados a dichos efectos.

En caso de emergencia o necesidad comprobada, dichos lugares habilitados pueden ser cerrados al tránsito de personas en forma temporal y, en este caso, conforme lo indica el artículo 9 de la Ley, el acto que contenga esta medida se debe dictar "de conformidad con las normas especiales sobre situaciones de excepción", y debe estar debidamente motivado tanto en los hechos como en el derecho en el cual se fundamenta. En consecuencia, para que se produzca el "cierre de las fronteras", el acto respectivo debe dictarse en el marco de los estados de excepción que regulan los artículos 337 de la Constitución y la ley Orgánica de los Estados de Excepción²⁹⁸.

298 Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley n° 32), G.O. n° 37.261 de 15-08-2001.

4 *La negativa a la admisión de extranjeros*

No pueden ser admitidos en el territorio de la República, los extranjeros que se encuentren comprendidos en los siguientes supuestos que enumera el artículo 8 de la Ley:

- “1. Cuando su presencia pueda ser motivo de alteración del orden público interno o comprometa las relaciones internacionales de la República, como consecuencia de ser requeridos por autoridades extranjeras policiales o judiciales, en relación con causas penales comunes o que estén vinculados con organizaciones delictivas nacionales e internacionales.
2. Cuando hayan sido expulsados del territorio de la República y permanezca vigente la prohibición de entrada al país.
3. Cuando hayan cometido delito que la ley venezolana califique y castigue, mientras no hubieren cumplido condena o hubiere prescrito la acción o pena en el país donde ésta se originó.
4. Cuando hayan incurrido en violaciones a los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario o a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, en los cuales sea parte la República.
5. Cuando estén relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o realicen actividades conexas.
6. Cuando padezcan enfermedades infectocontagiosas u otras que comprometan la salud pública”.

III. EL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES LABORALES

1. *La prohibición de realizar trabajo remunerado a los extranjeros no migrantes*

Como se dijo, la categoría de extranjero no migrante corresponde a aquellos que ingresen al país con el propósito de permanecer por un tiempo limitado de 90 días, sin ánimo de fijar en él su domicilio permanente ni el de su familia, estableciendo la Ley con carácter general que no pueden ejercer actividades que involucren remuneración o lucro.

Sin embargo, la Ley establece excepciones al regular las autorizaciones laborales, y disponer en su artículo 17 que no requieren autorización laboral para el ejercicio y las actividades que motivan su otorgamiento, a los extranjeros comprendidos en los siguientes supuestos:

- “1. Los científicos, profesionales, técnicos, expertos y personal especializado que vengan a asesorar, dar entrenamiento o ejecutar labores de carácter temporal, por un lapso no mayor de noventa (90) días.
2. Los técnicos y profesionales invitados por entes públicos o privados para cumplir con labores académicas, científicas o de investigación, siempre que estas actividades no excedan el lapso de noventa (90) días.
3. Los que ingresen al territorio de la República para desarrollar actividades amparadas en los convenios de cooperación y asistencia técnica.
4. Los trabajadores de medios de comunicación de otros países debidamente acreditados para el ejercicio de las actividades informativas.
5. Los miembros de misiones científicas internacionales, que realicen trabajos de investigación en el territorio de la República autorizados por el Estado venezolano”.

Se trata, por tanto de supuestos de extranjeros no migrantes, que pueden realizar actividades remuneradas o lucrativas.

2. *La autorización laboral en los casos de los extranjeros trabajadores migrantes*

El artículo 16 de la Ley exige que todas aquellas personas que en virtud de un contrato de trabajo deban ingresar al territorio de la República, debe obtener la autorización laboral por parte del Ministerio del Trabajo. La tramitación para la obtención de la correspondiente autorización debe efectuarla el extranjero, a través de su contratante en el territorio de la República.

En el caso de trabajadores extranjeros que aspiren a ser contratados por empresas pertenecientes a la República, los Estados y los

Municipios, los mismos deben igualmente obtener la correspondiente autorización laboral (Art. 19).

El visado que autorice la permanencia en el territorio de la República de los extranjeros, debe tener la misma duración que la autorización laboral y debe ser renovado siempre que subsistan las mismas circunstancias que determinaron su otorgamiento (Art. 20).

En los casos de contratación de trabajadores extranjeros de la agricultura, la pesca y la ganadería, en áreas específicas y por tiempo necesario, corresponde a los Ministerios de Tierras, del Trabajo y de Producción y el Comercio, dictar mediante resolución conjunta, los procedimientos respectivos (Art. 18).

IV. EL CONTROL DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES

1. *La Administración competente para la aplicación de la ley*

A. *El Ministerio del Interior y Justicia*

Conforme al artículo 5 de la Ley, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio con atribuciones en el área de extranjería y migración, que conforme al Decreto n° 3464 de 9 de febrero de 2005 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central²⁹⁹ es el Ministerio del Interior y Justicia, se considera la autoridad migratoria nacional encargada de la admisión, ingreso, permanencia, registro, salida y reingreso de los extranjeros y extranjeras. Sin embargo, los Ministerios con competencia en las áreas de Relaciones Exteriores, de la Defensa y del Trabajo, deben coadyuvar en la ejecución de los objetivos de esta Ley.

B. *La Comisión Nacional de Migración*

Otro órgano regulado en la Ley es la Comisión Nacional de Migración, la cual conforme al artículo 28 tiene como objeto asesorar al Ejecutivo Nacional en el cumplimiento de las funciones establecidas en esta Ley.

Esta Comisión Nacional de Migración debe estar integrada por el Ministro del Interior y de Justicia, quien la preside y por un represen-

²⁹⁹ G.O. n° 38.124 de 09-02-2005.

tante de los Ministerios con competencia en Relaciones Exteriores, Defensa, Educación, Pesca, Agricultura, Ganadería, Producción, Comercio y Trabajo.

2 *El Registro Nacional de Extranjeros*

El artículo 21 de la Ley, creó el "Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras", el cual debe ser llevado por el Ministerio de Interior y Justicia; correspondiendo al Reglamento de la Ley, determinar su estructura, organización y funciones.

Además, el Ministerio del Interior y Justicia, en ejercicio de sus funciones de control, debe mantener actualizadas las estadísticas sobre los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, independientemente de su categoría migratoria (Art. 27).

3. *Las participaciones obligatorias*

A. *El deber de los propietarios o administradores de hoteles, pensiones o sitios de hospedaje*

Los propietarios o administradores de hoteles, pensiones o sitios de hospedaje deben llevar un registro de los usuarios extranjeros con referencia expresa a la nacionalidad, el cual deben enviar cada 8 días al Registro Nacional de Extranjeros, sin perjuicio de lo que se establezca en el reglamento respectivo (Art. 25).

B. *El deber de los propietarios o administradores de empresas de transporte*

Los propietarios o administradores de las empresas de transporte de pasajeros y turismo nacional o internacional deben llevar un registro de los usuarios extranjeros, el cual también deben remitir cada ocho 8 días al Registro Nacional de Extranjeros, sin perjuicio de lo que se establezca en el reglamento respectivo (Art. 26).

C. *Los deberes de los empleadores de personas extranjeras*

Dispone el artículo 24 de la Ley, que todo empleador de una persona extranjera debe exigirle la presentación de los documentos de

identificación y notificar por escrito al Registro Nacional de Extranjeros los términos y condiciones de la relación laboral, así como la terminación de la misma, dentro de un lapso de treinta (30) días siguientes al acto respectivo.

De conformidad con las disposiciones que al efecto establezca el Reglamento, todo empleador o contratista de trabajadores extranjeros o trabajadoras extranjeras debe comprometerse con la autoridad competente en materia de extranjería y migración, a pagar el pasaje de regreso del extranjero o extranjera y de su familia, si fuera el caso, a su país de origen o de última residencia, dentro del mes siguiente a la terminación del contrato.

D. El deber de las autoridades de registro civil

La autoridad civil ante la cual se realice el cambio de estado civil de un extranjero lo debe participar al Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los ocho (8) días siguientes al acto, conforme con lo que al efecto establezca el Reglamento (Art. 22).

E. El deber de los centros penitenciarios

Los directores de centros penitenciarios deben remitir trimestralmente al Registro Nacional de Extranjeros, una lista actualizada de las personas extranjeras que estén reclusas por haber sido condenadas mediante sentencia definitivamente firme (Art. 23). Esta participación también se debe hacer de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.

V. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES

1. El régimen de los derechos

Conforme al artículo 13 de la Ley, y siguiendo lo dispuesto en la Constitución, los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, tienen los mismos derechos que los nacionales, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes. La excepción se refiere, básicamente a los derechos políticos.

En efecto, el artículo 45 de la Constitución de 1961 establecía que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes”. Aún cuando esta norma desapareció del texto constitucional de 1999, es evidente que el mismo principio sigue rigiendo en la forma expresada, el cual derivada del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (Art. 21) y de la regulación expresa de la nacionalidad y ciudadanía, lo que por exclusión permite construir el régimen de los extranjeros.

La consecuencia de regular expresamente en la Constitución a la ciudadanía, es la reserva que hace el artículo 40, de los derechos políticos como privativos de los venezolanos, salvo las excepciones establecidas en la Constitución; las cuales se refieren sólo a la posibilidad, para los extranjeros, de votar en las elecciones locales.

En efecto, el artículo 64 de la Constitución dispone como excepción que el voto para las elecciones municipales, parroquiales y estadales se hará extensivo a los extranjeros que hayan cumplido dieciocho (18) años de edad, no sujetos a interdicción civil o inhabilitación política, con más de diez (10) años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

2. *La referencia particular al derecho a la tutela judicial efectiva*

El artículo 15 de la Ley, por otra parte, y en forma destacada, garantiza a los extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva en todos los actos que a éstos conciernan o se encuentren involucrados, con respecto a su condición de extranjeros.

Agrega la norma que en los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería, se deben respetar, en todo caso, las garantías previstas en la Constitución y las leyes, sobre el procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de los actos, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

Los actos y resoluciones administrativos adoptados en relación con los extranjeros, además, deben ser recurribles, de conformidad con lo establecido en la Ley y en la ley que regule los procedimientos administrativos, en cuanto le sean aplicables.

Igualmente, la ejecución de los actos administrativos relacionados con la condición o situación jurídica de los extranjeros, se debe realizar de conformidad con lo establecido en la Ley y por las disposiciones consagradas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto le sean aplicables.

3. *El régimen de los deberes*

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley, los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, sin perjuicio de los deberes y obligaciones que le impone la Constitución y las leyes, deben cumplir los siguientes deberes:

- “1. Cumplir con los requisitos y las condiciones de identificación, permanencia y localización en Venezuela, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico.
2. Presentar ante las autoridades los documentos que los identifiquen, cuando le sean requeridos. Dichos documentos, no podrán ser retenidos por las autoridades.
3. Inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras del ministerio con competencia en la materia, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ingreso, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de esta Ley, cuando ingrese al territorio de la República como migrante temporal o adquiriera la categoría de migrante permanente.
4. Consignar ante la autoridad civil correspondiente al lugar de su domicilio, las actas relativas al estado civil debidamente legalizadas o con la respectiva apostilla, tanto de ellos como de su familia, y participar cualquier cambio de domicilio o residencia, cuando se trate de extranjeros y extranjeras que se encuentren comprendidos en las categorías de migrantes temporales y permanentes.
5. Mantener vigente el visado u otro documento que autorice su permanencia en el territorio de la República.
6. Presentarse en el lapso fijado cuando sean citados por la autoridad competente”.

VI EL RÉGIMEN SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

1. *Órgano competente para imponer sanciones y sus atribuciones*

Corresponde al Ministro del Interior y de Justicia, o el funcionario que él delegue, la imposición de las sanciones establecidas en la Ley, de conformidad con lo previsto en las leyes que regulan los actos y procedimientos administrativos y demás normas aplicables; en particular, por supuesto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Las sanciones que puede imponer el Ministro del Interior y de Justicia o el funcionario que él delegue, en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, conforme al artículo 35 de la ley, son las siguientes: amonestación, las multas o la deportación del territorio de la República.

En todo caso se debe abrir una articulación probatoria de 72 horas para determinar el tipo de sanción aplicable, de acuerdo a la gravedad o reincidencia de la infracción cometida, en la forma que determine el reglamento respectivo y sin perjuicio de la aplicación de las demás normas previstas en la Ley.

La persona incurso en alguna de esas medidas dispone de un lapso de 5 días hábiles para ejercer los recursos, excepciones y defensas, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

2. *Las multas*

Corresponde al Ministerio del Interior y Justicia la imposición de las multas a los extranjeros en los siguientes casos que enumera el artículo 36 de la ley:

- “1. El extranjero y extranjera que incumpla la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras y de hacer las participaciones respectivas en los términos contenidos en el artículo 14 de esta Ley, será sancionado con una multa de diez unidades tributarias (10 U.T.).
2. Las personas naturales y jurídicas a las que se refieren los artículos 24, 25 y 26 de esta Ley, que infrinjan las obligaciones allí previstas, serán sancionadas con cincuenta unidades tributarias (50 U.T.).

3. Todo empleador que contrate extranjeros y extranjeras ilegales para la prestación de determinado servicio, será sancionado con doscientas unidades tributarias (200 U.T.)”.

Una vez que se impongan las multas respectivas, el infractor debe proceder a su pago dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la decisión. Vencido dicho lapso, en caso de su inobservancia, se debe aplicar lo previsto en el Código Orgánico Tributario (Art. 37).

3. *La deportación y expulsión de extranjeros*

A. *Las causas de la deportación*

Tal como lo precisa el artículo 38 de la Ley, están sujetos a la medida de deportación del territorio de la República, los extranjeros que estén incurso en alguna de las siguientes causales:

- “1. Los que ingresen y permanezcan en el territorio de la República sin el visado correspondiente.
2. Los que hayan ingresado al territorio de la República para desempeñar actividades sometidas a la autorización laboral y no cumplan con dicho requisito.
3. Los que no cumplan con la obligación de renovar el visado dentro del lapso que establece el Reglamento de esta Ley.
4. Los trabajadores extranjeros y las trabajadoras extranjeras cuando ejecuten trabajos distintos a aquellos para los cuales fueron contratados y en una jurisdicción diferente a la autorizada.
5. Haber sido multado por la autoridad competente en materia de extranjería y migración, dos (2) o más veces y ser renuente a la cancelación de la misma”.

B. *Las causas de expulsión*

Sin perjuicio de las sanciones que las demás leyes establezcan, conforme se dispone en el artículo 39 de la Ley, los extranjeros deben ser expulsados del territorio de la República en los siguientes casos:

- “1. Los que hayan obtenido o renovado el visado que autoriza su ingreso o permanencia en el territorio de la República, con fraude a la ley.
2. Los que se dediquen a la producción, distribución o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o demás actividades conexas.
3. Los que encontrándose legalmente en el territorio de la República, propicien el ingreso legal o ilegal de otro extranjero o extranjera con falsas promesas de contrato de trabajo, promesas de visas o autorización de trabajo.
4. El que comprometa la seguridad y defensa de la Nación, altere el orden público o esté incurso en delitos contra los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario o las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, en los cuales sea parte la República”.

C. *El procedimiento*

a. *La obligación de notificar a la autoridad*

El artículo 40 de la Ley impone a toda autoridad que tenga conocimiento de que un extranjero se encuentra incurso en alguna de las causales de deportación o expulsión previstas en esta Ley, el deber de notificar sin dilaciones al Ministerio del Interior y Justicia, a los fines del inicio del procedimiento administrativo correspondiente.

b. *El inicio del procedimiento administrativo*

Para la imposición de las sanciones previstas en la Ley, el Ministerio del Interior y Justicia puede proceder de oficio o por denuncia.

Cuando el Ministerio del Interior y Justicia tenga conocimiento de que un extranjero se encuentre incurso en alguna de las causales previstas en la Ley para proceder a su deportación o expulsión, según sea el caso, conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley, debe ordenar el inicio del correspondiente procedimiento administrativo mediante auto expreso. Dicho órgano será el que a tal efecto designe el Ministro del Interior y Justicia mediante Resolución

De la apertura del procedimiento administrativo de deportación o expulsión se debe notificar al extranjero interesado dentro de las 48 horas siguientes al inicio de dicho procedimiento. Dichas notificaciones de inicio de procedimientos administrativos deben indicar expresamente los hechos que motivan el inicio del mismo, así como el derecho que tiene el extranjero interesado para acceder al expediente administrativo y de disponer del tiempo que considere necesario para examinar el respectivo expediente, para lo cual puede estar asistido de abogado de su confianza (Art. 42). Esta notificación se debe practicar de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

c. *Las medidas cautelares*

A los fines de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente del Ministerio, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, conforme se dispone en el artículo 46 de la Ley, puede imponer al extranjero que se encuentre sujeto al procedimiento de deportación o expulsión, las medidas cautelares siguientes:

- “1. Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración.
2. Prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización.
3. Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera.
4. Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad.
5. Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal.

La imposición de estas medidas cautelares no puede exceder de 30 días, contados a partir de la fecha en que se dictó la medida”.

d. *La audiencia oral ante la autoridad competente*

En el mismo auto de apertura de inicio del procedimiento administrativo antes indicado, se le debe informar al extranjero que debe comparecer ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración, al tercer día hábil siguiente a su notificación, a los fines de que se realice una audiencia oral en la cual pueda exponer los alegatos para ejercer su derecho a la defensa, para lo cual podrá disponer de todos los medios de prueba que considere pertinentes (Art. 43).

La celebración de la audiencia oral puede postergarse hasta por tres (3) días hábiles, siempre que el extranjero interesado lo hubiere solicitado mediante escrito debidamente motivado.

El extranjero interesado puede estar asistido de abogado de su confianza en la audiencia oral; y si no habla el idioma castellano o no puede comunicarse de manera verbal se le debe proporcionar un intérprete.

Si el extranjero interesado solicitare en dicha audiencia que se le reconozca la condición de refugiado, se debe tramitar el asunto conforme al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Refugiados y Asilados.

f. *La decisión administrativa*

Luego de haberse realizado la audiencia oral antes indicada, el órgano competente del Ministerio del Interior y Justicia debe decidir dentro de las 72 horas siguientes a la celebración de dicha audiencia oral; en forma escrita y mediante acto administrativo debidamente motivado, que debe ajustarse a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 44). El artículo 50 de la Ley insiste en establecer que la expulsión de extranjeros se debe hacer mediante acto motivado, dictado por el Ministerio del Interior y Justicia, en la cual se fijará el término para el cumplimiento de la misma.

La decisión de deportación o expulsión debe ser notificada al extranjero interesado dentro de las 24 horas siguientes, la cual debe contener el texto íntegro del acto administrativo con indicación de los recursos que procedan y de los lapsos para ejercerlos, así como de los órganos o tribunales ante los cuales deberán interponerse.

En las decisiones que acuerden la deportación o expulsión de extranjeros se debe fijar el término para el cumplimiento de tales decisiones, el cual comienza a transcurrir una vez que se hayan agotado todos los recursos administrativos y judiciales previstos en la ley y dicha medida de deportación o expulsión hubiere quedado definitivamente firme.

g. *El recurso jerárquico*

Conforme lo dispone el artículo 45 de la Ley, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la decisión el extranjero interesado puede interponer recurso jerárquico ante el Ministro del Interior y Justicia; quien debe decidir mediante acto administrativo motivado, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su interposición.

h. *La revocatoria de la visa o del documento de ingreso*

El Ministerio del Interior y Justicia mediante Resolución motivada, revocará la visa o documento de ingreso o permanencia en el territorio de la República a los extranjeros y extranjeras incurso en las causales de deportación y expulsión previstas en los artículos 38 y 39 de la Ley.

i. *Ejecución forzosa de la medida de expulsión*

En caso de incumplimiento del término fijado en el acto administrativo de expulsión (Art. 50) para abandonar el territorio de la República, se debe proceder a la conducción del extranjero hasta el terminal de salida habilitado al efecto, donde la autoridad competente deba hacer efectiva la expulsión (Art. 50).

D. *Los derechos de los extranjeros en los casos de deportación o expulsión*

a. *El derecho a trasladar bienes adquiridos*

Los extranjeros sometidos a las medidas de deportación o expulsión que posean bienes adquiridos legítimamente, tienen un lapso de un año, contado a partir de que la medida haya quedado definitivamente firme, para el traslado y colocación de los mismos, para lo cual

deben tener las facilidades necesarias. Dicho traslado lo pueden realizar por sí mismos o a través de representante o apoderado, debidamente autorizado mediante documento autenticado (Art. 48).

b. *El derecho a percibir beneficios laborales*

Conforme se indica en el artículo 49 de la Ley, los trabajadores extranjeros sujetos a las medidas de deportación o expulsión tienen derecho a percibir los salarios, prestaciones sociales y todos los beneficios establecidos en la ley que regula las relaciones de trabajo, contrataciones colectivas y demás leyes sociales aplicables con ocasión de la relación laboral.

VII. EL RÉGIMEN DE LOS DELITOS Y DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. *Los delitos*

En la Ley de Extranjería y Migración se han regulado los siguientes delitos:

En *primer lugar*, el delito de facilitación de ingreso ilegal, establecido en el artículo 52, mediante el cual se castiga con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, toda persona que facilite o permita el ingreso ilegal de extranjeros y extranjeras al territorio de la República.

En *segundo lugar*, el delito de facilitación de ingreso ilegal en el caso de los funcionarios públicos, establecido en el artículo 59 de la Ley que establece, que el funcionario público, o autoridad policial o militar que por cualquier medio, favorezca o induzca, por acción u omisión, el ingreso o salida del territorio de la República de personas de manera clandestina o con fraude al procedimiento de control migratorio establecido en nuestro ordenamiento jurídico, será penado con presidio de cuatro (4) a ocho (8) años y no podrá volver a ejercer ningún cargo en la Administración Pública por un lapso de diez (10) años.

En *tercer lugar*, el delito de explotación laboral de migrantes, establecido en el artículo 53 de la ley, mediante el cual se castiga con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, a “quienes empleen a extranjeros y extranjeras cuya estadía en el territorio de la República sea ilegal, con el objeto de explotarlos como mano de obra en condiciones

que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos laborales que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Con igual pena debe ser castigado el que simulando contrato o colocación, o valiéndose de engaño semejante, determine o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

En *cuarto lugar*, el delito de inmigración ilícita, establecido en el artículo 55 de la Ley, mediante el cual se castiga con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración ilícita de extranjeros y extranjeras al territorio de la República.

En *quinto lugar*, el delito de tráfico ilegal de personas establecido en el artículo 56 de la Ley, mediante el cual se castiga con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, a las personas naturales y los representantes de las personas jurídicas que, por acción u omisión, promuevan o medien el tráfico ilegal de personas en tránsito o con destino al territorio de la República. El artículo 57 de la Ley establece, como agravante, que los que realicen estas conductas con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, de su género o de los grupos vulnerables, serán castigados con pena de prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Además para todos los delitos antes indicados, el artículo 58 de la Ley dispone que se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los artículos 52, 53, 54, 55, 56 y 57 de esta Ley, cuando en la comisión de los hechos se hubiese puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima.

2. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Conforme al artículo 54 de la Ley, cuando los hechos previstos en los artículos 52 (delito de facilitación de ingreso ilegal) y 53 (delito de explotación laboral de migrantes) de la Ley se atribuyeran a personas jurídicas, la pena señalada debe imponerse a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello.

CUARTA PARTE
SOBRE EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO
DE LOS BIENES

§ 9. LAS LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA PROPIEDAD POR RAZONES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN VENEZUELA, Y EL CURIOSO CASO DE UNA LEY SANCIONADA QUE NUNCA ENTRÓ EN VIGENCIA*

El derecho de propiedad continúa siendo en el mundo contemporáneo, una de los pilares esenciales sobre las cuales está estructurado el Estado, siendo además uno de los condicionantes fundamentales de los regímenes políticos. Más propiedad privada y menos regulación por parte del Estado son el fundamento de los sistemas liberales; y, al contrario, más propiedad pública y mayor regulación pública de la propiedad privada está en la base de los sistemas socialistas, cada vez menos viables.

Pero independientemente de los regímenes políticos, lo cierto es que el régimen de la propiedad privada en el mundo contemporáneo es muy distinto al que se configuró durante el Siglo XIX, que la concebía como un derecho absoluto e inviolable. En la actualidad y desde comienzos del el Siglo pasado, la misma está sometida a múltiples limitaciones, restricciones, obligaciones y contribuciones impuestas por el interés general, al punto que su estudio se configura en una de las partes fundamentales del derecho administrativo contemporáneo³⁰⁰.

* Ponencia para el II Congreso Ibero-Americano de Derecho Administrativo, Curitiba, Paraná, Brasil 13 al 16 de mayo de 2007.

300 V., Allan R. Brewer-Carías, "El Derecho de Propiedad y la libertad Económica. Evolución y Situación actual" en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Caldera*. Tomo II, Caracas, 1979, p. 1.140 a 1.246.

Nuestra intención, en estas notas, es referirnos a un aspecto específico del régimen de las limitaciones administrativas a la propiedad privada, particularmente en relación con la propiedad territorial o inmobiliaria, y es el derivado de la ordenación territorial y urbanística que durante las últimas décadas forma parte esencial de las políticas públicas. En Venezuela, en la actualidad, ese régimen está establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983³⁰¹ y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987³⁰², las cuales pretendieron ser derogadas por la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio publicada el 1º de septiembre de 2005³⁰³, la cual, sin embargo, y curiosamente, fue una Ley que nunca llegó a tener vigencia.

En efecto, al sancionarse esta última Ley Orgánica en septiembre de 2005, se dispuso una *vacatio legis*, indicando que entraría “en vigencia transcurrido seis meses a partir de su publicación en la Gaceta Oficial”, es decir, el 1º de marzo de 2006. Pero en esa misma fecha se publicó la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio,³⁰⁴ con la cual se modificó la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica, disponiéndose otra *vacatio legis* de seis meses, con lo cual la Ley Orgánica debió haber entrado en vigencia el 1º de septiembre de 2006. Sin embargo, de nuevo, en esa misma fecha, se publicó otra Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio,³⁰⁵ a los efectos de modificar, de nuevo, la fecha de en-

301 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 3.238 de 11 de agosto de 1983. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio” en *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

302 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 33.868 del 16 de diciembre de 1987. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística” en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

303 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.263 de fecha 1 de septiembre de 2005, fue luego reimpressa por error material (omisión de los artículos 60 y 61) en la *Gaceta Oficial* n° 38.264 del 2 de septiembre de 2005; y luego, de nuevo, en la *Gaceta Oficial* n° 38.279 del 23 de septiembre de 2005.

304 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.388 de 1-3-2006

305 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.513 de 1-9-2006, n° 5.820 Extraordinario de esa misma fecha.

trada en vigencia de la Ley Orgánica, disponiéndose otra nueva *vacatio legis*, esta vez con indicación precisa de que la Ley Orgánica entraría “en vigencia el 28 de febrero de 2007.”

Pero ello nunca ocurrió, pues la Ley Orgánica cuya entrada en vigencia fue tantas veces diferida, fue expresamente derogada por la “Ley Orgánica Derogatoria de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio”, publicada el 27 de febrero de 2007,³⁰⁶ en la cual simplemente se dispuso sin que nadie supiera cual había sido el motivo, que:

“Artículo 1. Se deroga la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, sancionada el 15 de agosto de 2006 y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 5.820 Extraordinario, de fecha 01 de septiembre de 2006”.

Es decir, en septiembre de 2005, la Asamblea Nacional de Venezuela dictó una Ley Orgánica para que en definitiva nunca entrara en vigencia, lo que evidencia el deterioro de la calidad de la función legislativa en el país. Es decir, la Asamblea nacional en septiembre de 2005 dictó una Ley Orgánica destinada a derogar expresamente lo establecido en dos leyes orgánicas anteriores, de 1983 y de 1988, que habían tenido amplia aplicación, pero por disposición del mismo legislador, ello nunca ocurrió. Se trató de una forma curiosa de legislar para no legislar, o de legislar para que la ley sancionada nunca entrara en vigencia.

Los objetivos de esa Ley Orgánica que nunca estuvo vigente, en todo caso, eran establecer las disposiciones que debían regir el proceso general para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del desarrollo endógeno, económico y social de la Nación (Art. 1). Ello, sin embargo, sigue estando regulado en las mencionadas Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987.

306 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.633 de 27-02-2007.

Nos interesa, en estas notas, estudiar las líneas fundamentales de dicho régimen jurídico, para lo cual, antes nos referiremos a los principios constitucionales del régimen de la propiedad, que le sirve de fundamento a aquél, y al régimen de la propiedad territorial en las dos Leyes Orgánicas que se buscaba derogar. Comentaremos luego, las líneas generales del régimen de la propiedad en la Ley Orgánica sancionada que nunca entró en vigencia.

I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA PROPIEDAD

1. *El régimen en la Constitución de 1999*

La Constitución de 1999, en relación con el derecho de propiedad, contiene una serie de normas fundamentales, entre las cuales se destacan las siguientes:

En primer lugar, el artículo 115, en el cual, en forma por demás escueta, se consagra y garantiza el derecho de propiedad y la posibilidad de su expropiación, en la forma siguiente:

“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”.

En segundo lugar, el artículo 116 que establece la prohibición a la confiscación en los términos siguientes:

“Artículo. 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

Estas dos normas establecen los principios fundamentales de la propiedad en el mundo contemporáneo. Sin embargo, si se compara su contenido con el de las Constituciones anteriores, uno de los datos de mayor significación que resalta es la desaparición de la noción de “función social” de la propiedad que había sido el principio fundamental constitucional desde 1947. Por otra parte, se observa que se incorporaron al texto constitucional los atributos de la propiedad (uso, goce, disfrute y disposición) que en el ordenamiento jurídico venezolano histórico sólo estaban regulados en el Código Civil. Además, las normas reafirman la garantía de la reserva legal a la propiedad al disponerse que las contribuciones, restricciones y obligaciones que se establezcan con fines de utilidad pública o de interés general, deben necesariamente establecerse por ley.

En la Constitución de 1999, además se incorporaron otras normas en las cuales se trata el tema de la propiedad, que son las siguientes:

En tercer lugar, el artículo 55 en el cual se reguló el derecho ciudadano a la protección de su propiedad por parte del Estado:

“Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes”.

En cuarto lugar, el artículo 98 que regula la propiedad intelectual:

“Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia”.

En quinto lugar, el artículo 307 que regula la propiedad rural y prohíbe el latifundio:

“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 por 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”.

En sexto lugar, el artículo 179 que regula el impuesto municipal a la propiedad territorial urbana y rural:

“Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

2. [...] los impuestos sobre inmuebles urbanos; ... y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.
3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos”.

En octavo lugar, los artículos 119 y 124 que garantizan los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas:

“Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas.

Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales”.

Y por último, en noveno lugar, el artículo 308 que regula el régimen de propiedad colectiva:

“Artículo 308. El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno”.

Todas estas normas de la Constitución de 1999 como la estructura general de la misma, puede decirse que tienen sus antecedentes inmediatos en la Constitución de 1947, y en todas las disposiciones constitucionales posteriores, incluyendo la de 1961.

2. *Antecedentes constitucionales inmediatos*

Todo el régimen constitucional contemporáneo en Venezuela incluyendo el relativo al derecho de propiedad se ha venido consolidando a partir de las regulaciones de la Constitución de 1947, en la cual se incorporó por primera vez el principio de la función social que la propiedad privada debe cumplir, y que, conduce a que por ello, la propiedad esté sometida a contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley por razones de utilidad pública e interés social. Esta previsión, que también recogió la Constitución de 1961, sin embargo, desapareció formalmente de la Constitución de 1999, aún cuando el sentido de la regulación en líneas generales conduce a ello.

En esta materia, puede decirse que la Constitución de 1947 fue bien exhaustiva al destinar a la propiedad los artículos 65 a 70, en los que se dispuso lo siguiente:

Artículo 65. La Nación garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social, la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

Todo autor o inventor tiene la propiedad exclusiva de su obra o invención y quien ideare una marca, el derecho de explotarla; todo ello conforme a las modalidades que establezcan las leyes y los tratados.

La ley podrá establecer prohibiciones -especiales para la adquisición, transferencia, uso y disfrute de determinadas clases de propiedad sea por su naturaleza, por su condición o por su situación en el territorio nacional.

Artículo 66. El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales del territorio venezolano y reglamentará el uso, goce y aprovechamiento de aquéllos, de acuerdo con los fines anteriormente citados.

Artículo 67. En conformidad con la ley, sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago del precio, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Cuando se trate de expropiación de tierras destinadas a la realización de la Reforma Agraria, y de la expropiación de inmuebles con fines de ensanche y acondicionamiento de las poblaciones, el pago podrá ser diferido por tiempo determinado, previo otorgamiento de garantía suficiente, en conformidad con lo que establezca la ley.

No se decretarán ni efectuarán confiscaciones de bienes en ningún caso, salvo lo previsto en el segundo aparte del Art. 21 de esta Constitución.

Artículo 21. La confiscación únicamente podrá ser impuesta a los extranjeros y sólo en caso de conflicto con su país.

Artículo 68. El derecho de propiedad privada territorial está condicionado por las disposiciones precedentes y por la obligación de mantener las tierras y bosques, que son su objeto, en producción socialmente útil. La ley determinará los efectos de esta disposición y las condiciones de su obligación.

Artículo 69. El Estado realizará una acción planificada y sistemática, orientada a transformar la estructura agraria nacional.

Artículo 70. Las tierras adquiridas por nacionales o extranjeros en territorio venezolano y destinadas a la explotación de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles,

pasarán en plena propiedad al patrimonio de la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la respectiva concesión”.

De estas normas de la Constitución de 1947, se deduce claramente que la propiedad ya había dejado de regularse como un derecho absoluto, y al contrario, se lo concebía como sometido a limitaciones, contribuciones, restricciones, obligaciones y prohibiciones que estableciera el legislador con fines de utilidad pública o de interés social.

Por otra parte, se destaca que en esa Constitución se estableció, por primera vez, el principio de la reversión respecto de las tierras destinadas a la explotación de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, las cuales se disponía que debían pasar en plena propiedad al patrimonio de la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse la respectiva concesión. En esta forma, paralelamente a la expropiación -como forma de extinción de la propiedad privada mediando indemnización- se le dio cabida en el texto constitucional a otra forma de extinción de la propiedad, pero sin indemnización, como es la reversión.

La Constitución de 1953, aun cuando en forma más escueta, recogió los principios de la Constitución de 1947 en los siguientes términos:

“Artículo 35. Se garantiza a los habitantes de Venezuela...

9º El derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley, de conformidad... con la cual también podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes mediante sentencia firme y pago del precio.

La ley podrá establecer prohibiciones especiales para la adquisición, transferencia, uso y disfrute de determinadas clases de propiedad, por su naturaleza, condición o situación en el territorio nacional. Las tierras adquiridas y destinadas a explotación de concesiones mineras, de hidrocarburos y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva”.

Esta misma orientación se siguió en la Constitución de 1961, en la cual se incorporaron los siguientes principios en relación con la propiedad:

Artículo 99. Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social, la propiedad estará sometida a las contribuciones restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés social.

Artículo 100. Los derechos sobre obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, denominaciones, marcas y lemas, gozarán de protección por el tiempo y en las condiciones que la ley señale.

Artículo 101. Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. En la expropiación de inmuebles con fines de reforma agraria o de ensanche o mejoramiento de poblaciones, y en los casos que por graves razones de interés nacional determine la ley, podrá establecerse el diferimiento del pago por tiempo determinado o su cancelación parcial mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria, con garantía suficiente.

Artículo 102. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por el Art. 250. Quedan a salvo, respecto de extranjeros, las medidas aceptadas por el derecho internacional.

Artículo 103. Las tierras adquiridas con destino a la exploración o explotación de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos, y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva.

Artículo 104. Los ferrocarriles, carreteras, oleoductos y otras vías de comunicaciones o de transporte construidos por empresas explotadoras de recursos naturales estarán al servicio del público, en las condiciones y con las limitaciones que establezca la ley.

Artículo 105. El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente a su eliminación, y establecerá normas encaminadas a dotar de tierra a los campesinos y trabajadores rurales que carezcan de ella, así como a proveerlos de los medios necesarios para hacerla producir.

Artículo 106. El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos.

Artículo 133. Sólo el Estado puede poseer y usar anuas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República, sin indemnización ni proceso. La fabrica-

ción, comercio, posesión y uso de otras armas serán reglamentadas por la ley”.

De estos antecedentes constitucionales, como se señaló, se destaca el concepto constitucional de la función social a la propiedad, que tiene por objeto asegurar que “el derecho de propiedad no resulte incompatible con los intereses públicos” tal como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia en una sentencia del 3 de diciembre de 1947³⁰⁷. En otra sentencia del 29 de mayo de 1972, la misma antigua Corte Suprema en Sala Político-Administrativa, precisó lo siguiente:

“La función social que el constituyente atribuye a la propiedad en el Art. 99 de la Constitución, no es una cualidad inherente a las cosas que constituyen el objeto de ese derecho, sino un concepto jurídico de contenido económico y social, que deriva del cumplimiento de ciertas obligaciones o deberes que la ley impone al propietario, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate”.³⁰⁸

Ahora bien, con base en este principio de la función social de la propiedad, el derecho de propiedad dejó definitivamente de tener el carácter absoluto, eterno, inmutable que pudo haber tenido durante el siglo XIX, y pasó a ser un derecho sometido a limitaciones de carácter legal.

3. *La garantía constitucional de la propiedad y la reserva legal*

En efecto, de las normas constitucionales antes referidas se deriva el principio fundamental de la garantía constitucional de la propiedad, que implica que las limitaciones, restricciones, obligaciones y contribuciones a la misma propiedad sólo pueden estar establecidas mediante leyes formales. Es, por tanto la ley, la que en definitiva fija el ámbito y régimen de la propiedad, tanto por razones de interés privado como de interés público. En el primer caso, se trata de las regulaciones a la propiedad con el objeto de establecer el régimen de la misma para regular las relaciones entre los diversos propietarios, es decir, de los propietarios entre sí; en el segundo caso, se trata de regulaciones al derecho de propiedad para armonizar su ejercicio con

307 V., en *Gaceta Oficial* n° 1.718, Extraordinaria, de 20-1-75, p. 21.

308 V., en *Gaceta Oficial* n° 1.540, Extraordinaria, de 29-8-72, p. 35.

el interés público, disponiendo en este caso, las potestades de las autoridades ejecutivas o judiciales para adoptar medidas limitativas o restrictivas de la propiedad.

No es posible en este estudio que nos podamos referir ni siquiera someramente a todas las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que han sido impuestas por razones de interés general, razón por la cual hemos limitado la aproximación al tema primero, refiriéndonos sólo a las limitaciones “administrativas” al derecho de propiedad solo respecto de la propiedad predial o territorial, y además, sólo a las establecidas legalmente para armonizar el uso, goce y disposición de la propiedad de la tierra a los dictados definidos por el legislador en materia de ordenación territorial y urbana.

Estas limitaciones circunscriben, delimitan o demarcan el uso de la propiedad territorial, precisándose sus límites, ámbito, alcance y duración. Tal como lo definió la antigua Corte Federal y de Casación en 1938, al referirse a las servidumbres de conductores eléctricos, indicando que las mismas:

“Constituyen verdaderas limitaciones que afectan de modo general, el derecho de propiedad, limitaciones que el legislador impone en virtud de la potestad de que está investido y en atención a motivos de superior conveniencia o utilidad pública o social. Tales restricciones o limitaciones hacen parte integrante del régimen constitutivo del derecho mismo”.³⁰⁹.

Pero además de configurar el entorno normal del derecho de propiedad, lo importante de las limitaciones administrativas a su ejercicio es que no lo extinguen ni anulan; al contrario, lo presuponen. Estas limitaciones, señaló la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal en sentencia de 15 de diciembre de 1933, “disminuyen el derecho de dominio y señorío del legítimo dueño, no arruinan ni anulan este último derecho”³¹⁰.

La consecuencia fundamental de las limitaciones “administrativas” al derecho de propiedad, es que configurando su entorno normal (derecho común), las mismas no inciden en la titularidad ni en la

309 V., Sentencia de 15 de febrero de 1958, en *Memoria* de 1939, p. 452.

310 V., en *Memoria* de 1934. pp. 240 y 241.

existencia del derecho, el cual se presupone; por lo que las limitaciones establecidas legalmente en principio no dan derecho a indemnización por parte del propietario limitado.

Históricamente estas limitaciones “administrativas” a la propiedad predial se comenzaron a establecer en los Códigos Civiles, en los cuales, como está indicado en el artículo 645 del Código Civil venezolano,

“[...] las limitaciones legales de la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad pública, se refieren a la conservación de los bosques, al curso de las aguas, al paso por las orillas de los ríos y canales navegables, a la navegación aérea, a la construcción y reparación de los caminos y otras obras públicas. Todo cuanto concierne a estas limitaciones se determina por leyes y reglamentos especiales”.

Estas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad predial, por otra parte, se pueden clasificar según el atributo de la propiedad en cuyo ejercicio incidan es decir, limitaciones al uso de la propiedad; limitaciones al goce ó disfrute de la propiedad; y limitaciones a la disposición de la propiedad.

4. *Las limitaciones al uso de la propiedad por razones de ordenación territorial y urbana*

Como hemos señalado, en este estudio sólo nos referiremos a una de las limitaciones al uso del derecho de propiedad territorial, la derivada de la ordenación territorial y urbana, teniendo en cuenta que entre las otras limitaciones de importancia están las motivadas, por ejemplo, por la proximidad al dominio público; por la conservación y racional aprovechamiento de los recursos naturales renovables; por la protección de los bienes culturales y por razones de seguridad y defensa.

El tema tiene particular interés particularmente en cuanto a la relación entre la propiedad privada del suelo y el urbanismo, pues éste en este campo, es el que define el marco del uso de la misma³¹¹. Como

311 V., en general Allan R. Brewer-Carias, *Urbanismo y Propiedad Privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980; Allan R. Brewer-Carias, “Régimen urbanístico de la propiedad privada (Discurso de incorporación como individuo de nu-

lo ha expresado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de julio de 2005:

“El urbanismo es un mecanismo que permite la concreción de la función social de la propiedad. La ordenación urbanística constituye una limitación al derecho de propiedad, pues -tal y como señala la representación municipal- a través de éste se persigue obtener “un equilibrio entre el interés público y los intereses particulares de los propietarios”, equilibrio que se verá manifestado mediante el valor que se efectúe del suelo urbano, a través de los diferentes tipos de planes.

Explica de ese modo la jurisprudencia extranjera al referirse a las regulaciones del derecho de propiedad que en este caso las “leyes de ordenación están muy lejos de establecer “solo medidas de policía concretas”, respetando, como regulación ajena, “la imposición de obligaciones y limitación a los derechos” sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio.” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/1987). (Resaltado de esta Corte).

Se reconoce así entonces una íntima relación entre el derecho de propiedad y las regulaciones urbanísticas, llegándose a afirmar que “el reconocimiento de la propiedad urbanística no puede entenderse sin la sumisión del derecho al planeamiento urbanístico con todo lo que ello comporta en orden a la delimitación de su contenido; contenido normal de derecho de propiedad que, delimitado por el elemento institucional de la función social, viene dado por los deberes que son inherentes a esta forma de dominio y por los límites que forman parte de su contenido” (Fernández Caballal Almudena, *El Urbanismo Finalista*, Civitas, Madrid, 2002).

mero de la Academia de Ciencias Políticas”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 75-76, Año XXXVIII, Caracas Octubre 1978 - Marzo 1979, p. 75-99; Tomás Polanco Alcántara, “Las limitaciones urbanística a la propiedad”, en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 35, Caracas 1867, p. 31-47; Rafael Badell Madrid “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 89-231.

La ordenación urbanística como limitación al derecho de propiedad es, por naturaleza, de carácter general, pues su finalidad es el desarrollo armónico de la ciudad, y por ello es consustancial a esta materia la visión integral del espacio".³¹²

II. EL RÉGIMEN LEGISLATIVO DE LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD POR RAZONES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANA

1. *El régimen en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983*

A. *El régimen general como limitación legal a la propiedad*

Como se dijo, en 1983 se dictó en Venezuela la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983³¹³, la cual estableció el régimen del suelo, derivado de la ordenación del territorio, configurándolo básicamente como una limitación legal a la propiedad en los términos establecidos tradicionalmente en el Código Civil y que fueron ampliados en la legislación especial.

Por ello, la declaración del encabezamiento del artículo 63 de dicha Ley:

"Los usos regulados y permitidos en los Planes de Ordenación del Territorio, se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia no originan, por sí solos, derechos a indemnización".

Dicha norma precisó, además, complementando la noción de limitación legal a la propiedad, que solo podría ser reclamada una indemnización "en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente". En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización,

312 *Caso Sindicato Agrícola*, en *Revista de Derecho Público*, n° 103, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005. Consultada en original

313 *Gaceta Oficial* n° 3.238 de 11 de agosto de 1983. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, "Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio" en *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

se debían seguir los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.

Por tanto, de acuerdo con esta norma, como principio, los usos regulados y permitidos en el Plan Nacional, en los Planes Regionales, en los Planes Sectoriales y en los Planes Estadales se configuraron como limitaciones legales a la propiedad, se insiste, en el sentido del Código Civil cuando regula las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad pública (Art. 645) y de algunas leyes especiales como la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, respecto de los Parques Nacionales o las Zonas Protectoras y la Ley Orgánica del Ambiente.

Sin embargo, en particular respecto de los planes de las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, como serían los Parques Nacionales o las Zonas Protectoras, por ejemplo, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio varió el sistema de limitación a la propiedad y prescribió expresamente en su artículo 64 que los planes de ordenamiento de

“[...] las áreas bajo régimen de administración especial *solo surtirán efecto* respecto de la propiedad cuando se publique en la Gaceta Oficial de la República el correspondiente Reglamento de uso”.

En esta forma, contrariamente a lo que había sucedido con frecuencia con anterioridad, el solo hecho de que se declare un área como Parque Nacional o como Zona Protectora, no produce ningún efecto limitativo sobre la propiedad, siendo necesario que se regule el uso de las propiedades en el Reglamento respectivo, que debe dictarse conforme a lo previsto en el artículo 17, y sólo cuando éste se publique es que los usos previstos en los planes, surten efecto.

En esta forma, el legislador quiso poner término al abuso tradicional que había significado, por ejemplo, la declaratoria de Parques Nacionales o Zonas Protectoras, sin regulación de uso, con lo que se congelaba materialmente el uso de la propiedad en perjuicio de sus titulares. De acuerdo a la Ley Orgánica, en cambio, la limitación legal a la propiedad no surte efectos sin el Reglamento de Uso.

B. *La vinculación de la propiedad a los planes de ordenación urbanística*

En cuanto a la propiedad privada y a las limitaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, la Ley Orgánica precisó en su artículo 66 de la Ley que “los planes de ordenación urbanística delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por los mismos”.

Por tanto, no se trataba aquí de un derecho cuyo contenido se limita por un plan; sino de un derecho cuyo contenido lo establece el plan, quedando el derecho vinculado al destino fijado por los planes. Por ello la Ley Orgánica de 1983 considera nulas las autorizaciones de uso de la propiedad urbana contrarias a los planes.

Como lo ha argumentado la Corte primera de lo Contencioso Administrativo:

“Ciertamente, la planificación urbanística delimita el contenido del derecho de propiedad al vincularlo al destino fijado en los planes (artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), y esta delimitación está reservada, como restricción que es, a la norma. Se trata de establecer una ordenación del crecimiento y desarrollo urbano. Como indica Fiorini, estas restricciones tienen por esencia la generalidad; “la zonificación establece distintas cargas y prohibiciones para cada sector zonal.” (Fiorini, Bartolomé. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 126, 1997). Es así inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo.

El carácter general e integral de la planificación urbana es cuestión no debatida, pues atañe a la naturaleza de la actividad planificadora y a la esencia de la actividad limitativa de derechos fundamentales. Así la doctrina precisa que el urbanismo tiene un carácter integral, pues “No debe olvidarse que el urbanismo tiene por objeto la ordenación del territorio en su totalidad, incidiendo de este modo sobre el conjunto de las actividades sociales y económicas que operan en el mismo.” (Pérez Fernández, José Manuel. “La Ordenación espacial del equipamiento comercial: la planificación comercial. Planificación urbanística”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 2717”).

De igual manera afirma el autor español Estévez Goytre –al analizar la naturaleza jurídica de los Planes Urbanísticos- que se trata de un “conjunto de normas limitadoras de derechos y deberes de los propietarios de los predios” que son “de carácter general y obligatorio” (Estévez Goytre, Ricardo. “El Urbanismo y la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. Estudio Jurisprudencial”, en *Revista Española de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Marzo 2004)³¹⁴.

La vinculación de la propiedad al destino fijado por los planes, exige, por supuesto, que éstos existan. Por ello la afirmación categórica del artículo 66:

“Las actuaciones que se realicen en el suelo con fines urbanísticos, requieren la previa aprobación del respectivo plan de ordenación urbanística, a los fines de la asignación de uso y su régimen correspondiente, así como de la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos, sin que puedan otorgarse autorizaciones de uso del suelo en ausencia de planes”.

Los criterios para la elaboración de los planes están establecidos en la Ley Orgánica (Art. 19) así como la precisión de las funciones derivadas de las competencias urbanísticas relativas al régimen del suelo que tienen las autoridades (Art. 67).

C. *Los medios de control: las aprobaciones y autorizaciones administrativas*

La Ley Orgánica estableció un completo sistema de medios jurídicos para hacer efectivo el control de la ejecución de los planes, según que las actividades a controlar sean desarrolladas por los organismos del sector público o por los particulares. Se distinguieron así, las aprobaciones de las autorizaciones administrativas.

a. *Las aprobaciones administrativas*

La Ley Orgánica, en efecto, teniendo en cuenta que básicamente son las actividades del sector público las que más han contribuido a

314 Sentencia de 26-07-2005. *Caso Sindicato Agrícola 168, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda*, en *Revista de Derecho Público*, n° 103, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 177.

la desordenada ocupación del territorio, estableció como principio general que aquellas requieran, previa a su realización, un acto administrativo de aprobación por parte del organismo encargado del control de la ejecución de los planes.

En esa forma, se estableció el siguiente sistema:

1. Las decisiones que adopten los organismos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada que tengan incidencia espacial e impliquen acciones de ocupación del territorio de la *importancia nacional* y que se determinen reglamentariamente, deben ser aprobados por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, a los efectos de su conformidad con los lineamientos y previsiones del Plan Nacional de Ordenación del Territorio. A los efectos de precisar el alcance de esta exigencia, el artículo 49 de la Ley Orgánica prescribe que la aprobación administrativa se debe requerir en los procesos de toma de decisiones sobre localización y traslado de industrias; afectación de zonas para la reforma agraria; localización de grandes aprovechamientos de recursos naturales; localización de nuevas ciudades; trazado de los grandes corredores de vías de comunicación; y localización de puertos y aeropuertos.

2. Las decisiones que adopten los organismos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada o las que podían adoptar las antiguas Corporaciones de Desarrollo Regional que tengan incidencia espacial e impliquen acciones de ocupación del territorio de la *importancia regional* que se determinen reglamentariamente, deben ser aprobadas por los Gobernadores de las entidades federales, a los efectos de su conformidad con los lineamientos y previsiones de los Planes Regionales de Ordenación del Territorio. Conforme al artículo 50 de la Ley, los Gobernadores de las entidades federales, a los efectos de estas aprobaciones, deben estar asistidos por las unidades desconcentradas del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables que se determinen reglamentariamente.

3. Las decisiones que adopten los organismos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada o las que adopten las autoridades regionales y estatales, que tengan incidencia espacial e impliquen acciones de ocupación del territorio en las *áreas urbanas* de la importancia que se determine reglamentariamente.

te, deben ser aprobadas por los Municipios, a los efectos de su conformidad con los lineamientos y previsiones de los Planes de Ordenación Urbanística. Los Municipios, conforme al artículo 51 de la Ley, a los efectos de estas aprobaciones, pueden contar con la asistencia de las unidades desconcentradas del Ministerio con competencia en materia de Desarrollo Urbano.

Ahora bien, a los efectos de evitar la parálisis o retraso de las acciones administrativas, debido a la demora que pueda haber en el dictado de estas aprobaciones, la Ley, expresamente, en los artículos 49, 50 y 51, previó la figura del silencio administrativo positivo, en el sentido de que: primero, obliga a que las aprobaciones se otorguen o se nieguen en un lapso de sesenta (60) días continuos; y segundo, prescribe que vencido dicho lapso sin que hubiese habido pronunciamiento expreso, la decisión se debe considerar aprobada.

Debe mencionarse, por último, que el artículo 70 de la Ley Orgánica estableció la sanción de nulidad respecto de los actos administrativos contrarios a las aprobaciones administrativas otorgadas conforme a la Ley, no pudiendo estas generar derechos a favor de sus destinatarios.

b. *Las autorizaciones administrativas*

En cuanto a las actividades de los particulares y entidades privadas que impliquen ocupación del territorio, prescribe el artículo 53 de la Ley Orgánica, que deben ser autorizadas previamente por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes conforme a lo previsto en los mencionados artículos 43 a 48 (Capítulo II del Título IV), a los efectos de su conformidad con dichos planes, y dentro de sus respectivas competencias.

En todo caso, la Ley remite, a los reglamentos, la determinación de las actividades que requieren de autorización nacional del Ministerio del Ambiente a los efectos de su conformidad con el Plan Nacional, así como aquellas que sólo requieren autorización regional de los respectivos Gobernadores de las Entidades Federales, a los efectos de su conformidad con los Planes Regionales (Art. 53). Por supuesto, en los casos en los cuales se otorgue la autorización nacional correspondiente, no se debe exigir la autorización regional.

A los efectos del otorgamiento de estas autorizaciones, y con el objeto de evitar paralizaciones y dilaciones en los trámites que deben realizar los particulares, la Ley también prevé la figura del silencio administrativo positivo, a cuyo efecto, el artículo 54 establece que el otorgamiento de las autorizaciones nacionales o regionales respectivas, debe decidirse en un lapso de sesenta (60) días continuos, a contar del recibo de la solicitud respectiva. Vencido dicho lapso, sin que se haya otorgado o negado la autorización, se debe considerar concedida, a cuyo efecto las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva constancia.

Debe destacarse que se trata de una obligación legal ineludible, cuyo incumplimiento, por supuesto, compromete la responsabilidad del funcionario respectivo; y cuya exigencia puede hacerse efectiva, incluso, en vía contencioso-administrativa contra la negativa o abstención.

En el caso de actividades a desarrollarse por particulares o entidades privadas en las áreas urbanas y que impliquen ocupación del territorio, el artículo 55 de la Ley Orgánica había exigido, que fueran autorizadas por los Municipios, mediante los correspondientes permisos de urbanización, construcción o de uso que estableciera la ley nacional respectiva o las Ordenanzas Municipales, todo lo cual se reguló posteriormente en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987. La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, sin embargo, apuntaba a la simplificación procedimental, indicando que:

“[...] el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de dichos permisos municipales deberá ser simplificado, y los mismos deben decidirse en un lapso de 60 días continuos, contados a partir del recibo de las solicitudes respectivas, vencido el cual, sin que se hubieran otorgado o negado los permisos, se considerarán concedidos, a cuyo efecto los Municipios están obligados a otorgar la respectiva constancia del permiso”.

En todo caso, la Ley Orgánica aclaró expresamente que “serán nulas y sin ningún efecto, las autorizaciones otorgadas en contravención a los planes de ordenación del territorio” (Art. 56).

A los efectos de regularizar las tramitaciones, la Ley Orgánica prescribía, en la última parte del artículo 55, que “las autoridades municipales conforme a las normas y procedimientos técnicos que

establezca el Ministerio de Desarrollo Urbano, deberán dictar las Ordenanzas respectivas a los efectos de garantizar la celeridad de los procedimientos y los derechos de los interesados”.

Por último debe señalarse que la autorización administrativa no sólo es el requisito indispensable para que los particulares puedan realizar actividades que impliquen ocupación del territorio, sino que es indispensable a los efectos del goce de beneficios e incentivos por parte de organismos públicos, así como para la obtención de créditos y financiamientos de parte de organismos públicos e instituciones de crédito particulares (Art. 57).

2. *El régimen en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987*

A. *Las limitaciones a la propiedad privada*

Como se dijo, luego de las regulaciones de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística fue dictada en 1987, entró en vigencia en 1988,³¹⁵ y siguiendo la misma orientación establecida en el artículo 66 de aquella Ley Orgánica, dispuso en su artículo 52 que “la propiedad urbana tiene una función social”, conforme lo prescribía el artículo 99 de la Constitución de 1961, la cual disponía que la propiedad “estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca *la ley* con fines de utilidad pública o de interés social”.

Sin embargo, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística agregó que en virtud de la función social de la propiedad urbana, ella “estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en esta Ley y en cualesquiera otras que se refieran a la materia urbanística, y en los *reglamentos, planes y normas complementarias que dicten las autoridades urbanísticas competentes*”. Esta disposición, evidentemente era inconstitucional, pues se apartaba de lo establecido tanto en el artículo 99 como en el artículo 224 del Texto Fundamental de 1961, al prescribir que pudiera la propiedad privada

315 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 33.868 del 16 de diciembre de 1987. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística” en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

estar sometida a “contribuciones, restricciones y obligaciones” establecidas “en reglamentos, planes y normas complementarias” que dicten las autoridades administrativas urbanísticas competentes, por ejemplo, un Ministerio o la autoridad municipal. Ello era y es evidentemente inconstitucional, pues sólo las leyes formales nacionales o locales pueden establecer contribuciones, restricciones y obligaciones a la propiedad en los respectivos campos de competencia nacional o municipal.

Por tanto, ningún “reglamento” o “norma complementaria” puede establecer dichas obligaciones, contribuciones o restricciones a la propiedad, y en cuanto a los “planes”, sólo los planes de desarrollo urbano local, aprobados por Ordenanza, pueden establecerlas. Por tanto, los planes de ordenación urbanística que sólo son aprobados por Resolución Ministerial, no pueden en forma alguna, establecer restricciones, contribuciones u obligaciones a la propiedad.

B. *La vinculación de la propiedad al plan*

Siguiendo también la orientación del artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística estableció que:

“Los planes de ordenación urbanística y de desarrollo urbano local delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por dichos planes”

Agregó además esta norma que:

“Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas, derecho a indemnización. Esta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto, actual, individualizado, y cuantificable económicamente. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la presente ley y en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social”.

Dejando aparte lo ya indicado sobre la inconstitucionalidad de la previsión del último aparte mencionado del artículo 53, en el sentido

de que no pueden establecerse restricciones, contribuciones u obligaciones a la propiedad por vía de *reglamento* o de *plan aprobado mediante Resolución*, debe insistirse en la noción de “vinculatoriedad” al plan, como elemento central de delimitación del contenido del derecho o de propiedad³¹⁶.

Por supuesto, de nuevo aquí, conforme a la garantía constitucional de la propiedad, el plan que puede delimitar en concreto el contenido de la propiedad, es el plan aprobado por ley formal, que en materia urbanística, es el plan de desarrollo urbano local aprobado por Ordenanza³¹⁷. Por tanto, los otros planes de ordenación urbanística no pueden delimitar en forma alguna, en concreto, propiedades privadas, como en forma evidentemente inconstitucional lo establece el artículo 54 de la Ley Orgánica.

Bajo esta perspectiva, el segundo aparte del artículo 54 de la Ley Orgánica debe interpretarse como asignación de competencias, pero dentro de la limitación mencionada respecto de la afectación, en concreto, de la propiedad privada.

En efecto, el artículo 54 de la Ley Orgánica establece que:

“El Ministerio del Desarrollo Urbano y los Concejos Municipales, respectivamente, determinarán mediante la normativa aplicable y referida a los planes para los cuales tienen competencia atribuida, las distintas calificaciones del suelo urbano, y las condiciones y características de los procesos de urbanización, parcelamiento y reparcelamiento, con especial referencia a los asentamientos no controlados. En este último caso, las determinaciones que se establezcan deberán precisar las condiciones de dichos asentamientos a los fines de señalar las características de desarrollo aplicables, y las etapas y modalidades del proceso de erradicación, si tal fuera el caso”.

Por supuesto, la “calificación del suelo urbano” que pueda establecerse en los planes nacionales de ordenación urbanística, sólo puede ser de orden general (“normas”) para su desarrollo concreto

316 V., A. E. Araujo, “El régimen urbanístico de la propiedad privada y la determinación del ordenamiento aplicable a las áreas educacionales”, *Revista de Derecho Público*, n° 31, Caracas 1987, pp. 27-38.

317 Conforme al Art. 34 de la LOOU.

por los planes de desarrollo urbano local, y no pueden afectar directamente propiedades privadas. En este sentido es que debe interpretarse la expresión “determinar los usos del suelo urbano” (Art. 17, ord. 49) y la “definición del uso del suelo” (Art. 24, ord. 39) utilizada al describirse los objetivos y contenidos de dichos planes nacionales.

Al contrario, la calificación del suelo urbano que puede afectar directamente la propiedad privada, es la establecida en los planes de desarrollo urbano local (aprobados por Ordenanza) y en las Zonificaciones (también aprobadas por Ordenanza), en las cuales se deben establecer las variables urbanas fundamentales (Arts. 86 y 87 de la Ley Orgánica) que son en concreto las que delimitan el contenido de la propiedad privada.

Por supuesto, queda a salvo de esta apreciación “La ocupación del territorio fuera de las áreas urbanas con densidades superiores a cinco (5) habitantes por hectárea”, las cuales deben ser objeto de regulación urbanística, como lo indica el Parágrafo Único del artículo 51 de la Ley, de conformidad con las normas que establezca el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Reglamento de la Ley, dada la incidencia general de ello en la política de ordenación del territorio.

C. *Las variables urbanas fundamentales y las zonificaciones*

El plan de desarrollo urbano local en sí mismo, o por instrumentos jurídicos (ordenanza) separados, debe desarrollarse mediante el establecimiento de una zonificación, es decir, de la definición de varios conjuntos (zonas) de variables urbanas fundamentales, cónsonos con los usos del suelo urbano prescritos, y que deben asignarse al área urbana que comprenda el plan, a los efectos de la ejecución de los desarrollos urbanísticos correspondientes, sea mediante urbanizaciones o edificaciones.

Es precisamente conforme a la zonificación definida y asignada al suelo urbano, que pueden realizarse urbanizaciones o edificaciones, que respondan a las variables urbanas fundamentales contenidas en ellas. Estas zonificaciones, al igual que el plan de desarrollo urbano local, deben establecerse mediante Ordenanzas (Art. 80).

La noción de “variables urbanas fundamentales” es por tanto clave en el contexto de la Ley Orgánica, pues es la condición esencial

para que puedan ejecutarse desarrollos urbanísticos mediante la urbanización o la edificación.

Las mismas constituyen el elemento delimitador del contenido de la propiedad urbana (Art. 53), pues es conforme a ellas, que pueden usarse urbanísticamente. Ellas, por tanto, delimitan el contenido de la propiedad urbana.

Estas variables urbanas fundamentales, como se dijo, deben estar establecidas en los planes de desarrollo urbano local (Art. 34) o en sus instrumentos de aplicación: las ordenanzas de zonificación. Sin embargo, cuando éstos no existan, el respectivo Concejo Municipal las debe determinar respecto al inmueble en cuestión, a solicitud de los particulares, quienes pueden presentar proyectos de urbanizaciones y edificaciones para su asignación por el respectivo Concejo Municipal, previa aprobación del Ministerio con competencia en materia de desarrollo urbano.

Ahora bien, estas variables urbanas fundamentales, definidas en el plan local y en las ordenanzas de zonificación, en el caso de las *urbanizaciones*, son las siguientes:

- “1. El uso correspondiente.
2. El espacio requerido para la trama vial arterial y colectora.
3. La incorporación a la trama vial arterial y colectora.
4. Las restricciones por seguridad o por protección ambiental.
5. La densidad bruta de la población prevista en el plan.
6. La dotación, localización y accesibilidad de los equipamientos de acuerdo con las respectivas normas.
7. Las restricciones volumétricas”.

En el caso de las *edificaciones*, las variables urbanas fundamentales, definidas en el plan local y en las ordenanzas de zonificación, son las siguientes:

- “1. El uso previsto en la zonificación.
2. El retiro de frente y el acceso según lo previsto en el plan para las vías que colindan con el terreno.

3. La densidad bruta de población prevista en la zonificación.
4. El porcentaje de ubicación y el porcentaje de construcción previstos en la zonificación.
5. Los retiros laterales y de fondo previstos en la zonificación.
6. La altura prevista en la zonificación.
7. Las restricciones por seguridad o por protección ambiental.
8. Cualesquiera otras variables que los planes respectivos impongan a un determinado lote de terreno”.

Por supuesto, tanto los planes de desarrollo local que, como se dijo, deben aprobarse mediante Ordenanza, como las zonificaciones que también deben aprobarse mediante Ordenanza, son de obligatorio cumplimiento tanto para los órganos públicos como para los particulares (Art. 20). En particular, estos planes y la zonificación consecuen- cial, son los que “delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por dichos planes” (Art. 53), a los efectos de cualquier desarrollo urbanístico, sea mediante urbanizaciones o edificaciones.

D. *La urbanización y la edificación*

Conforme a las antes mencionadas variables urbanas fundamen- tales, el régimen de ejecución del desarrollo urbano en inmuebles de propiedad privada que establece la Ley Orgánica se refiere, básica- mente, a dos formas de ejecución: la urbanización y la edificación, las cuales conforme al artículo 77 de la ley:

“[...] se registrá por las disposiciones de esta Ley y su reglamento; por lo dispuesto en leyes especiales en materias distintas a los permisos o au- torizaciones administrativas; por las normas o procedimientos técnicos que dicte el Ejecutivo Nacional y; por las disposiciones de las ordenan- zas municipales”.

Con esto, por ejemplo, se eliminó la necesidad del denominado permiso sanitario de construcción que debía otorgar el Ministerio con competencia en materia de sanidad, y en estas materias se atribuyen a los entes nacionales y municipales, solo las competencias de inspec- ción.

De acuerdo al artículo 78 de la Ley Orgánica, las normas y procedimientos técnicos para la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, deben ser establecidos mediante Resolución del Ministerio con competencia en materia de desarrollo urbano en las materias técnicas de su exclusiva competencia y, en las demás materias técnicas, mediante Resolución conjunta de dicho Ministerio y de los otros Ministerios que, directamente o a través de sus organismos adscritos, tengan atribuciones urbanísticas, como las relativas a materias sanitarias y del ambiente. Estas normas y procedimientos técnicos deben ser publicadas en la Gaceta Oficial.

Tanto la urbanización como la edificación de inmuebles, debe realizarse conforme a las previsiones de los planes de ordenación urbanística y de desarrollo urbano local, y conforme con las previsiones de las Ordenanzas de Zonificación, en las cuales deben especificarse las variables urbanas fundamentales para ambas formas de ejecución (Arts. 86 y 87).

Ahora bien, cuando no existan planes de ordenación urbanística, ni de desarrollo urbano local, ni ordenanza de zonificación, el artículo 125 de la Ley Orgánica establece que los particulares debían solicitar del respectivo Concejo Municipal las variables urbanas fundamentales aplicables al terreno en cuestión y pueden presentar proyectos de urbanizaciones y edificaciones para la asignación de variables por parte de dicho Concejo. Sin embargo, las mencionadas variables deben ser asignadas previa aprobación del Ministerio con competencia en materia de desarrollo urbano.

Ahora bien, cuando existan planes de ordenación urbanística y no existan planes de desarrollo urbano local u Ordenanza de zonificación, las variables urbanas fundamentales que fije el respectivo Concejo Municipal deben sujetarse a lo establecido en los planes de ordenación urbanística, de lo cual se debe informar al Ministerio del Desarrollo Urbano dentro de los quince (15) días siguientes a la asignación de dichas variables (Art. 125).

E. Los proyectos y la responsabilidad de los profesionales

De acuerdo al artículo 80 de la Ley Orgánica, la realización de urbanizaciones y edificaciones requiere necesariamente de la existencia de un proyecto, que debe ser elaborado por los profesionales competentes según la Ley de Ejercicio de la Ingeniería "quienes res-

ponderarán por la correspondencia del proyecto con las normas y procedimientos técnicos aplicables y con las variables urbanas fundamentales y demás prescripciones establecidas en el correspondiente plan de desarrollo urbano local o en la ordenanza de zonificación”.

Además, corresponde a un profesional residente el responder porque la obra se ejecute con sujeción a los planos y demás documentos y especificaciones del proyecto. Sin embargo, el respectivo órgano municipal puede eximir del cumplimiento del requisito del “profesional residente” a las edificaciones de vivienda unifamiliar de una planta construida por su propietario para su habitación (Art. 80). Esta parece, en todo caso, una excepción arbitraria, pues no se aplicaría a la misma vivienda, si es de dos plantas, lo cual no tiene sentido.

Con esta norma del artículo 80 de la Ley, se buscaba, hasta cierto punto, invertir la responsabilidad fáctica para la ejecución de desarrollos urbanísticos, que con anterioridad se había situado en los órganos municipales que otorgaban los permisos de construcción. Conforme a ese sistema, los particulares elaboraban sus proyectos, y el órgano municipal los revisaba hasta otorgar el Permiso de Construcción, estimándose que con éste se declaraba el derecho de uso de la propiedad urbana, quedando la responsabilidad del contenido del mismo, casi íntegramente en cabeza de los funcionarios que otorgaban el Permiso.

La Ley Orgánica de 1988 buscó trasladar y consolidar esta responsabilidad en cabeza del propietario y de los profesionales que elaboran el proyecto, como había comenzado a hacerlo la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio³¹⁸.

F. *El control administrativo del desarrollo urbanístico*

La Ley Orgánica, aun cuando en su elaboración pretendió eliminar la “permisería”, y en particular, la figura del Permiso de Construcción, como figura autorizatoria para el control del desarrollo urbanístico, sin embargo, no logró el objetivo proyectado, pues aun con otro nombre y otros trámites, continuó el sistema autorizatorio previo, declarativo de los derechos de uso, regulando además sistemas

318 Allan R. Brewer-Carías, “El régimen del urbanismo en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio”, *loc. cit.*, p. 98.

de controles concomitantes y posteriores a los desarrollos urbanísticos, aun cuando más simplificados.

La Ley Orgánica estableció, en efecto, una fase de control administrativo de los desarrollos urbanísticos, previa a la realización de los mismos, que puede consistir en la formulación de "consultas previas", que pueden formular los propietarios, o en la solicitud de "constancias" que deben otorgar las autoridades municipales de que la urbanización o edificación se ajusta a las variables urbanas fundamentales, las cuales, en su aplicación, se traducen en nuevas técnicas autorizatorias.

a. *Las consultas preliminares*

En efecto, conforme lo prevé el artículo 81 de la Ley Orgánica, toda persona interesada en construir una edificación o una urbanización, es decir, el propietario, puede hacer una consulta preliminar, por escrito, al organismo competente del Municipio, en la cual se deben solicitar las variables urbanas fundamentales; y adicionalmente, para las urbanizaciones, las condiciones generales de urbanización o parcelamiento y el nivel de dotación de las obras de servicios público.

El interesado además, debe acompañar a la consulta una copia de los documentos de propiedad del terreno; y un croquis del mismo, cuando se trate de una parcela para vivienda unifamiliar, o un levantamiento topográfico, cuando se trate de una parcela multifamiliar o para desarrollo de urbanizaciones.

Como se ha dicho, cuando no exista plan de desarrollo urbano local u ordenanza de zonificación se debe solicitar la asignación de las variables urbanas fundamentales por la autoridad municipal, conforme a lo previsto en el artículo 125 de la Ley.

La solicitud de esta consulta preliminar, como lo indica el artículo 81 de la Ley Orgánica, no es obligatoria, por lo que los propietarios pueden proceder a elaborar sus proyectos, sin formularla, y proceder a requerir la "constancia" de que los mismos se ajustan a las variables urbanas fundamentales, conforme se indica más adelante.

Sin embargo, si se formula la consulta preliminar, el respectivo funcionario municipal competente está obligado a contestarla. Dicha respuesta, si la consulta se refiere a edificaciones, debe formularla

dentro de un lapso de quince (15) días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de la recepción de la misma; y si se refiere a urbanizaciones, dentro de un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles (Art. 82), también contados a partir de la recepción de la consulta.

Como resultado de este procedimiento, *la respuesta* a la consulta preliminar se configura como un acto administrativo declarativo del derecho de uso urbanístico de la propiedad, el cual una vez firme no puede ser revocado por la autoridad administrativa, salvo que esté viciado de nulidad absoluta conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, considerándose sólo nulos *ex lege* los previstos en los artículos 69 y 113 de la Ley Orgánica.

La Ley Orgánica, sin embargo, nada establece para los casos en los cuales solicitada una consulta preliminar, la autoridad municipal no dé la respuesta que está obligada a dar, en los lapsos prescritos; es decir, la Ley Orgánica nada establece para proteger a los interesados frente al silencio administrativo, por lo que los remedios legales deben buscarse en otras normas. Por supuesto, en estos casos, no tiene sentido alguno aplicar la presunción del silencio administrativo negativo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 4). El interesado nada ganaría ni obtendría con que se interprete que la ausencia de respuesta a su consulta preliminar se presuma como una negación o acto administrativo tácito denegatorio, ya que al formular la consulta preliminar, el interesado no está solicitando nada que pueda ser "negado".

Lo que el interesado requiere de la administración municipal, en estos casos, se traduce en una conducta que sólo puede ser positiva, es decir, que se le informe sobre las variables urbanas fundamentales que rigen el uso urbanístico de su propiedad. Por ello, la abstención o negativa de la administración municipal en contestar la consulta, no puede ser remediada con la presunción derivada del silencio administrativo negativo, sino que tiene que ser remediada por la vía del recurso contencioso-administrativo contra las conductas omisivas de la administración municipal, previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En el caso analizado, es evidente que los funcionarios municipales competentes están obligados a responder las consultas preliminares, en lapsos legalmente determinados, razón por la cual contra la negativa o abstención en responder, procede el ejercicio del recurso

contencioso-administrativo contra dichas conductas omisivas, para que el Juez obligue a la Administración a responder la consulta.

b. *Las constancias de conformidad con las variables urbanas fundamentales*

El control previo que se ejerce mediante la formulación de consultas preliminares y la respuesta a las mismas, como se señaló, resulta del ejercicio potestativo, pues el propietario no está obligado a formularlas. Es decir, la posibilidad de formular la consulta preliminar es un derecho del propietario, de ejercicio potestativo, no obligatorio.

Distinta es la situación, en cambio, en el caso del control previo de la ejecución del urbanismo a través del mecanismo de las “constancias de conformidad con las variables urbanas fundamentales”, las cuales necesaria y obligatoriamente deben solicitarse por los propietarios antes de realizar actividades en el caso de urbanizaciones o al iniciar las obras de edificación.

Es decir, las “constancias” deben obtenerse necesariamente en ambos supuestos, con la sola diferencia de que cuando se trate de urbanizaciones, en ningún caso se puede iniciar la construcción de la misma si no se la ha obtenido previamente (Art. 84); en cambio, en el caso de las edificaciones, las obras pueden iniciarse aun sin que se haya obtenido la constancia, por supuesto, a riesgo del propietario.

Sin embargo, en ambos supuestos, para la protocolización del documento de parcelamiento conforme a la Ley de Venta de Parcelas, en los casos de urbanizaciones, y la protocolización de los documentos de condominio conforme a la Ley de Propiedad Horizontal, en los casos de edificaciones, deben acompañarse las correspondientes “constancias” que habrán de agregarse a los cuadernos de comprobantes (Arts. 96 y 97).

G. *El procedimiento para la obtención de la constancia*

a. *La notificación previa de la intención de construir (solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas fundamentales)*

En efecto, antes del inicio de la construcción de obras de urbanizaciones o de edificación, el propietario o su representante debe diri-

girse por escrito al respectivo órgano municipal competente a fin de notificarle su intención de comenzar las obras. A estos efectos, el artículo 84 de la Ley Orgánica entiende por inicio de la construcción "cualesquiera actividades que persigan modificar el medio físico existente tales como la deforestación, movimiento de tierra, demolición, construcción y refacción".

A esta notificación debe acompañarse el proyecto correspondiente de la urbanización o la edificación, las certificaciones de la capacidad de suministro de los correspondientes servicios públicos provistos por los entes respectivos, los comprobantes de pago de impuestos municipales (sobre inmuebles urbanos) y los demás documentos que señalen las Ordenanzas (Art. 84), las cuales podrían exigir, por ejemplo, los comprobantes de pago de las denominadas tasas de construcción.

En todo caso, en relación a esta notificación, la Ley Orgánica obliga al órgano municipal competente, a acusar recibo de la misma y su documentación anexa, para lo cual debe devolver al interesado, en el mismo acto, un comprobante de recepción fechado, firmado y sellado.

b. *Las certificaciones de capacidad de los servicios públicos*

Dentro de los documentos que deben acompañarse a la notificación previa de la intención de inicio de las obras de urbanización o edificación, deben destacarse las correspondientes certificaciones de la capacidad de suministro de los servicios públicos, que deben otorgar los entes prestadores de los mismos.

Estas certificaciones, por supuesto, deben obtenerse previamente a la solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas fundamentales, para lo cual la Ley Orgánica establece, en el artículo 84, plazos de otorgamiento de las certificaciones, de manera que los organismos de servicios públicos deben responder por escrito al propietario en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos la consulta sobre la capacidad de suministro del servicio.

La Ley Orgánica, en este caso, tampoco establece remedio alguno contra la abstención o negativa del ente respectivo en contestar, por lo que la protección contra la conducta omisiva, en este caso, no pue-

de ser otra que el recurso contencioso-administrativo contra la abstención o negativa.

Ahora bien, la respuesta a la consulta puede ser de incapacidad de prestación del servicio por el organismo respectivo, en cuyo caso, el propietario puede proponer soluciones o alternativas de suministro incluyendo la prestación privada del servicio en los términos y condiciones que señale el organismo competente. En estos casos, el organismo correspondiente debe responder por escrito sobre las alternativas propuestas en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos. De lo contrario, si no responde, el propietario también puede acudir a la vía contencioso-administrativa contra las conductas omisivas de los entes, para que el juez los obligue a responder la consulta.

c. *La respuesta a la solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas fundamentales*

Conforme al artículo 85 de la Ley Orgánica, los organismos municipales disponen de un plazo de treinta (30) días continuos, en el caso de edificaciones o de noventa (90) días continuos, en el caso de urbanizaciones, “para constatar únicamente que el proyecto presentado se ajusta a las variables urbanas fundamentales establecidas en esta Ley”.

Como resultado de esta constatación, el organismo respectivo debe decidir si el proyecto se ajusta o no a las variables urbanas fundamentales, y ello lo debe hacer mediante un acto administrativo formal.

En primer lugar *si el proyecto se ajusta a las variables urbanas fundamentales*, el acto administrativo consiste en el otorgamiento de la constancia respectiva. Así, el artículo 85 de la Ley Orgánica dispone que cumplida la constatación respectiva, el organismo municipal, visto el informe del inspector asignado o contratado para la obra, debe expedir al interesado la constancia respectiva dentro del plazo antes indicado.

Una vez obtenida la constancia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición de la constancia, el interesado debe presentar a los organismos de la administración urbanística nacional que corresponda, duplicados de expediente y de la referida constancia, por lo cual éstos deben expedir al interesado un recibo de la citada copia.

Esto es particularmente importante para los casos de la administración sanitaria y ambiental, y el proceso de inspección subsecuente.

Como hemos señalado, en el caso de las urbanizaciones, es sólo después que el interesado ha obtenido la constancia de que el proyecto se ajusta a las variables urbanas fundamentales, que el interesado puede iniciar la construcción de obras.

Pero en segundo lugar, la decisión que puede adoptar el respectivo ente municipal, podría ser de carácter *negativo*, cuando considere que el proyecto no se ajusta a las variables urbanas fundamentales. De acuerdo al artículo 88 de la Ley Orgánica, esta decisión, que también es un acto administrativo, debe ser notificada al interesado mediante oficio motivado.

En estos casos, si se trata de una urbanización, como se dijo, las obras de la misma no pueden iniciarse; y en los casos de edificaciones, si las obras se han iniciado, el acto administrativo contentivo de la decisión de que el proyecto no se ajusta a las variables urbanas fundamentales debe, además, ordenar la paralización de la obra dentro de los ocho (8) días siguientes.

En estos casos de actos administrativos que resuelvan que el proyecto no se ajusta a las variables urbanas fundamentales, el interesado puede optar por dos vías:

En primer lugar, puede allanarse al contenido del acto y presentar modificaciones al proyecto para ajustarse a las variables urbanas fundamentales o formular observaciones a la decisión. En estos casos, recibido el proyecto modificado o las observaciones del interesado, el organismo municipal dispone de quince (15) días continuos para expedir la constancia o para resolver que el proyecto no se ajusta a las variables urbanas fundamentales.

En segundo lugar, en todo caso de decisión de que el proyecto no se ajustara a las variables urbanas fundamentales, conforme a lo previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica, el interesado puede interponer recurso de reconsideración ante el órgano municipal que hubiese dictado el acto. Dicho órgano tiene, de acuerdo a la Ley Orgánica, un plazo de treinta (30) días para decidir el recurso, y contra esta decisión puede interponerse recurso jerárquico ante el Alcalde dentro de los treinta (30) días siguientes. Posteriormente, también puede ocurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

H. *La naturaleza autorizatoria de las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales*

Tal como se ha señalado, estas constancias de que el proyecto presentado se ajusta a las variables urbanas fundamentales, son actos administrativos que habilitan la construcción tanto de urbanizaciones como de edificaciones. En el primer caso, constituyen la condición para el inicio de las obras de urbanización; en el segundo caso, constituyen la condición para la continuación de las obras de edificación.

El contenido de estas constancias es, sin duda, el mismo de un acto administrativo autorizatorio, pues habilitan el ejercicio de los derechos de uso de la propiedad urbana. Por ello, equivalen, con otro nombre, a los antiguos "permisos de construcción"; sin ellas, no se pueden iniciar las obras de urbanización; y sin ellas no se puede continuar con la mínima seguridad jurídica, las obras de edificación. En todo caso, como actos administrativos declarativos de derechos, las constancias, una vez firmes, no pueden ser revocadas por la autoridad administrativa, salvo que estén viciadas de nulidad absoluta conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, considerándose sólo como nulidad absoluta *ex lege* (ord. 1, Art. 19 LOPA), la prevista en los artículos 69 y 113 de la Ley Orgánica.

3. *La fallida intención de derogar y sustituir el régimen legal establecido en las Leyes Orgánicas de 1983 y 1988*

Ahora bien, como se dijo, en septiembre de 2005 tanto la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 como la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1988 fueron derogadas por la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio (LOPGOT)³¹⁹, la cual sin embargo, sucesivamente tuvo su vigencia en suspenso, hasta que en febrero de 2007 fue derogada sin que jamás hubiera entrado en vigencia.

319 Publicada inicialmente en *Gaceta Oficial* n° 38.263 de fecha 1 de septiembre de 2005, fue luego reimpresa por error material (omisión de los artículos 60 y 61) en la *Gaceta Oficial* n° 38.264 del 2 de septiembre de 2005; y luego, de nuevo, en la *Gaceta Oficial* n° 38.279 del 23 de septiembre de 2005.

La Ley que nunca fue tal, pretendía refundir los textos de las dos Leyes Orgánicas precedentes sobre ordenación del territorio y ordenación urbanística, con muy pocos cambios significativos. Entre ellos, sin embargo, en materia de control de la ejecución de actividades que implicasen ocupación del suelo urbano, se pretendía volver al antiguo sistema de las autorizaciones municipales (permisos de construcción) que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987 había buscado erradicar.

A pesar de que esta Ley Orgánica nunca entró en vigencia, estuvo publicada en gaceta oficial durante casi dos años, por lo que consideramos de interés comentar su contenido específicamente en cuanto a las limitaciones a la propiedad privada que pretendía establecer por razón de ordenación del territorio y de la ordenación urbanística.

III. LAS PROYECTADAS LIMITACIONES AL USO DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL COMO CONSECUENCIA DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA LEY ORGÁNICA DE 2005 QUE NUNCA ENTRÓ EN VIGENCIA

1. *Régimen general de la vinculación de la propiedad a los planes de ordenación*

El artículo 122 de la Ley Orgánica estableció expresamente que

“[...] los planes de ordenación urbanística, los planes municipales de ordenación del territorio y planes especiales afectan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste derecho vinculado al destino fijado por dichos planes, conforme al ordenamiento constitucional, las disposiciones contempladas en la ley y demás normas aplicables a la materia”.

En este aspecto, la Ley Orgánica no variaba mayormente lo previsto en las Leyes Orgánicas que pretendía derogar. En cambio, donde realmente se buscaba establecer un cambio radical era en materia de control administrativo del uso de la propiedad inmueble, al pretender sustituir el régimen general de las aprobaciones y autorizaciones que establecía la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, disponiendo en cambio sólo que las actividades que tuvieran incidencia espacial e impliquen acciones de ocupación del territorio debían estar ajustadas a los planes de ordenación del territorio (Art.

27). En realidad, sólo en materia urbanística es que se regulaban las autorizaciones (Art. 136)

2. *El régimen de la ejecución de actividades y las “constancias de uso conforme” como mecanismo de control*

En consecuencia, para asegurar que la sujeción de actividades se ajustase a los planes, la Ley Orgánica de 2007 pretendió establecer como mecanismo de control de la ejecución de los planes, la necesidad de que tanto los entes públicos como los particulares, antes de realizar dichas actividades, obtuvieran de la autoridad competente para el control de los planes, una “constancia de uso conforme”, las cuales de acuerdo con el artículo 27 de la Ley Orgánica, debían ser otorgadas o negadas por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes dentro de sus respectivas competencias.

Así, en el ámbito urbanístico municipal, lo que se pretendía regular aún cuando en forma imperfecta, eran las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales (Art. 145) que antes se han comentado.

Por otra parte, se debe destacar que conforme al artículo 116 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, la constancia de uso conforme con los planes debía “ser solicitada aun cuando no se hayan aprobados los correspondientes planes de ordenación del territorio”. Por tanto, aún ante la inexistencia de planes, todas las actividades que hubieran tenido incidencia espacial e implicasen ocupación del territorio debían tener la constancia de uso conforme otorgada por la autoridad de control correspondiente. Asimismo, en estos casos, dicha constancia se hubiera debido otorgar tomando en cuenta los siguientes criterios:

- “1. Las directrices de ordenación del territorio establecidas en los Planes existentes que sean aplicables.
2. La posibilidad de atender con servicios públicos la demanda a generarse por la actividad propuesta.
3. El impacto ambiental de la actividad propuesta.
4. La vocación natural de las zonas y, en especial, la capacidad y condiciones específicas del suelo.

5. Las regulaciones ya existentes para el uso de la tierra.
6. Las limitaciones geográficas, especialmente las que vienen impuestas por la anegabilidad de los terrenos y por las condiciones propias de las planicies inundables, y la fragilidad ecológica por su vulnerabilidad y riesgo ante la ocurrencia de fenómenos naturales y tecnológicos.
7. Los usos existentes en el área, siempre que no sean contrarios a lo establecido en las normas ambientales urbanas y de calidad ambiental.
8. Los demás factores que se consideren relevantes a los mencionados usos”.

La constancia de uso conforme, en todo caso, no era una autorización administrativa; era sólo un acto administrativo emanado de la autoridad competente declarativo de certeza en relación a la conformidad de un uso propuesto al plan. Por ello es que el artículo 29 de la Ley Orgánica consideraba como “nula y sin ningún efecto la constancia de uso conforme otorgada en contravención a los planes de ordenación del territorio y aquéllas otorgadas por autoridades no competentes según esta Ley”.

En efecto, como lo indicaba expresamente el artículo 28 de la Ley Orgánica, la constancia de uso conforme, sólo:

“[...] constituye un acto declarativo de las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, y no dan derecho para la ocupación del territorio mediante la ejecución de las obras, programas, proyectos o la afectación de recursos naturales.”

Las actividades respectivas, en todo caso, debían ajustarse a las directrices y lineamientos establecidos en el plan nacional vigente.

Conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica, la decisión correspondiente al otorgamiento o no de las constancias, debía adoptarse en un lapso de sesenta (60) días continuos, contados a partir de la recepción de la solicitud respectiva. Agregaba el artículo 30 de la Ley Orgánica que “vencido dicho lapso sin que hubiere habido respuesta se considerará otorgada, a cuyo efecto, las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva certificación”.

Es decir, la Ley Orgánica pretendía regular expresamente el llamado silencio administrativo positivo, de manera que la falta oportuna de respuesta, implicaba automáticamente el otorgamiento de la constancia, es decir, la declaración de las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, de que la actividad o uso del suelo propuesta se ajustaba al plan.

Debe señalarse, por último, que conforme al artículo 173 de la Ley Orgánica, las constancias de uso conforme o cualquier otro tipo de acto administrativo contrario a las disposiciones de la Ley y a los planes de ordenación del territorio, se consideraban nulos, no pudiendo generar derechos a favor de sus destinatarios; y los funcionarios públicos que los otorgasen incurrirían en responsabilidades disciplinarias, administrativas, penales o civiles según el caso.

IV. LAS PROYECTADAS LIMITACIONES AL USO DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL COMO CONSECUENCIA DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA CONFORME A LA LEY ORGÁNICA QUE NUNCA ENTRÓ EN VIGENCIA

1. *Las limitaciones a la propiedad privada y la vinculatoriedad de los planes*

En materia de limitaciones a la propiedad territorial por razones de ordenación urbanística, la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio de 2005, que nunca entró en vigencia, siguió la misma orientación del artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, y del artículo 52 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1988, leyes que buscaba derogar; y a tal efecto, en su artículo 121 estableció que “la propiedad urbana tiene una función social”, haciendo referencia al artículo 115 de la Constitución de 1999, que por lo demás, sólo sujeta la propiedad a las restricciones establecidas en las leyes.

Siguiendo la misma orientación del artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, y el artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, el artículo 118 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, también disponía que los Planes de Ordenación Urbanísticos “delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando este derecho *vinculado* al destino fijado por los planes, conforme al ordenamiento constitucional y legal”; norma que se repetía en el artículo 122 de la misma Ley Orgánica.

Por supuesto, la consecuencia de ello es que las actuaciones que se realizasen en suelo urbano con fines urbanísticos, debían requerir la previa adopción de un plan. Tal como lo precisó el artículo 101 de la Ley Orgánica: “las actuaciones en el suelo con fines urbanísticos requieren la previa aprobación de los respectivos planes de ordenación del territorio urbanísticos, para la asignación de uso y de su régimen correspondiente, así como de la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos”.

Por tanto, necesariamente, para que hubieran podido realizarse actividades privadas en áreas urbanas, tenía que haber habido un plan de desarrollo urbano conforme a lo que se estableciera en la Ordenanza que definiera el uso y el régimen correspondiente a ese uso, así como la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos. Por tanto, de acuerdo a esta norma, la propiedad y su uso quedaban vinculadas al plan, por lo que sin plan no había posibilidad de uso, y no se hubiera podido autorizar su desarrollo.

Por otra parte, el artículo 123 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, también establecía sobre el carácter de las limitaciones legales a la propiedad por razones de urbanismo que:

“Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales del derecho de propiedad, y en consecuencia no confieren, por sí solas, derecho a indemnización. Ésta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que comporten vinculaciones singulares y que establezca la ley. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización se seguirán los criterios establecidos en la presente Ley y demás leyes que rigen la materia”.

2. *El régimen de la ejecución del desarrollo urbanístico, el ajuste las variables urbanas fundamentales y las autorizaciones municipales*

En materia de ejecución del urbanismo, la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, disponía que toda actividad que implicase ocupación del territorio a ser desarrolladas en áreas urbanas, a ser ejecutadas por organismos públicos y privados o por particulares, debía estar acorde con las Ordenanzas Municipales, en particular las que estableciera el plan de desarrollo urbano local y debía además; estar ajustadas a las Variables Urbanas Fundamentales previstas en Ley

Orgánica, así como a los demás instrumentos jurídicos que regulasen la materia urbanística, “siendo el ente competente para su autorización el municipio” (Art. 136).

Las Variables Urbanas, se definían en la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia como los factores condicionantes del desarrollo urbanístico, los cuales debían tener relación con el espacio, la topografía, condiciones geológicas, densidad de la población, la dotación de los servicios básicos y las restricciones volumétricas (Art. 4), enumerándose en los artículos 147 y 148, con el mismo contenido que el establecido en la Ley Orgánica de 1987 para urbanizaciones y edificaciones. Solo en materia de variables ambientales la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia las explicitaba más detalladamente (Arts. 153 y 154).

Como se ha dicho la Ley Orgánica 1987, eliminó los antiguos permisos de construcción, y los sustituyó por el otorgamiento de las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales, que constituyen actos administrativos consistentes en dejar constancia de que el proyecto presentado de uso del suelo urbano se ajusta a las variables urbanas fundamentales, y habilitan la construcción tanto de urbanizaciones como de edificaciones. En el primer caso, constituyen la condición para el inicio de las obras de urbanización; en el segundo caso, constituyen la condición para la continuación de las obras de edificación.

El contenido de estas constancias, como se ha dicho, es el mismo de un acto administrativo autorizatorio, en el sentido de que sin ellas no se puede iniciar las obras de urbanización; y sin ellas no se puede continuar con la mínima seguridad jurídica, las obras de edificación.

En contraste, la Ley Orgánica que nunca entró en vigor, no buscó regular específicamente la necesidad de la obtención de las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales, pero por la mención que de ellas se hacía en el artículo 145, y por la regulación general de las “constancias de uso conforme” respecto de todos los planes de ordenación del territorio (que comprende a los de ordenación urbanística), podría interpretarse que los interesados en desarrollar urbanísticamente un inmueble para urbanización o edificación, debían haber podido solicitar de la autoridad municipal (en forma potestativa, no obligatoria como se regula en la Ley de 1987), que se le expidiera una constancia de uso conforme, lo que hubiera equiva-

lido en materia urbanística, a la constancia de variables urbanas fundamentales.

Pero dicha constancia, conforme a la orientación de la Ley nunca vigente (Art. 28), no tenía sino un valor declarativo, pues se disponía que no otorgaban derecho para la ocupación del territorio mediante la ejecución de obras. En consecuencia, los interesados, para urbanizar o para edificar, lo que hubieran tenido que haber solicitado habría sido una autorización de la autoridad municipal tal como se mencionaba en general en el artículo 136. Puede decirse, así, que hasta cierto punto la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, buscaba "revivir" los antiguos permisos municipales de construcción.

El artículo 145 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, sin embargo, autorizaba la realización en forma paralela del urbanismo y las edificaciones, "siempre y cuando en las constancias de ajuste de variables urbanas fundamentales, tanto de urbanizaciones como de edificaciones, se establezcan las etapas de ejecución con la respectiva previsión de equipamientos urbanos, dotación de servicios y vialidad correspondiente a cada una de las etapas," siendo esta la única norma de la Ley Orgánica nunca vigente, en la cual se hacía referencia a *constancias* de ajuste de variables urbanas fundamentales.

Por otra parte, en los casos de ejecución paralela de desarrollos, la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, disponía que para efecto de la entrega al municipio de los equipamientos urbanos, dotación de servicios y la vialidad correspondiente a cada etapa, ésta debía efectuarse previa a la solicitud de "Certificación de Terminación de Obra de las Edificaciones", siendo esta la única vez en la *que dicha Ley nunca vigente, se refería a esta figura de "certificación de terminación de obra de edificaciones."*

3. *Las técnicas municipales de control que se proponían*

El artículo 149 de la Ley Orgánica nunca vigente, los organismos municipales competentes eran los llamados a inspeccionar, directamente o mediante contrato de servicios profesionales, la construcción de las urbanizaciones y edificaciones "a fin de verificar el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales y de las normas técnicas *nacionales* en cuanto a urbanismo y edificación". A tal efecto, se buscaba disponer que el propietario de la obra debía contribuir a cos-

tear la fiscalización por contrato de servicio mediante el pago de una tasa de inspección, que debía fijar la Alcaldía municipal a través de la Ordenanza correspondiente

Para realizar esta labor de inspección, se proyectaba que los Municipios establecieran las dependencias y procedimientos de inspección que correspondiera a sus necesidades, recursos y demás particulares circunstancias, debiendo el personal de inspección, estar integrado por profesionales competentes según la Ley de la materia, es decir, la Ley del Ejercicio de la Ingeniería y Profesiones Afines.

La Ley nunca vigente, por otra parte, a diferencia de la Ley Orgánica de 1987, buscaba atribuir también poderes de inspección de urbanizaciones y edificaciones a las autoridades *nacionales* competentes, por ejemplo, la sanitaria y la ambiental conforme las respectivas leyes especiales (Art. 150).

En esta materia de inspección, por otra parte, Ley Orgánica nunca vigente, pretendió eliminar disposiciones de importancia que establece la Ley Orgánica de 1987, entre ellas, la que exige que de toda inspección debe elaborarse un acta en el mismo sitio de la obra, que debe entregarse en copia al profesional residente o al propietario, quien debe firmar el original como constancia de haberla recibido (Art. 97). La norma agrega que en caso de que en el acta se constatare la infracción de normas técnicas de arquitectura, ingeniería o urbanismo, la autoridad municipal, dentro de los 5 días siguientes al conocimiento de la infracción, debe participar por escrito al organismo competente según la materia, a los fines de la aplicación de la sanción que fuere pertinente.

La Ley nunca vigente también pretendió eliminar la norma que establecía la iniciativa popular de control prevista en el artículo 104 de la Ley Orgánica de 1987, al establecer que "toda persona, Asociación de Vecinos u organizaciones gremiales, sociales, culturales, deportivas u otras que funcionen en la comunidad, podrá requerir de los órganos administrativos de control urbanístico, nacionales o municipales, la adopción de las medidas pertinentes para el cumplimiento de los planes urbanos y de las normas que los complementan".

APRECIACIÓN FINAL

El caso de la sanción de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, sancionada en septiembre de 2005 y derogada en febrero de 2007 y que nunca entró en vigencia, es una muestra palpable y lamentable del deterioro de la función legislativa que ejerce la Asamblea Nacional en Venezuela. Entre las causas, sin duda, desde el inicio está la eliminación del bicameralismo en la Constitución de 1999 y del control y balance que en la formación de las leyes ejercían las dos Cámaras Legislativas (Senado y Diputados) que antes funcionaban en el país. Además está la destrucción progresiva que se fue realizando en los últimos años en el seno de la Asamblea Nacional, de los instrumentos de asesoría en materia de formación de las leyes, y la ausencia más absoluta de participación de los sectores interesados en la redacción de las mismas.

Este caso, por lo demás, lo evidencia el hecho mismo de la *vacatio legis* prevista inicialmente, que no era otra cosa que una manifestación de inseguridad que los legisladores tenían sobre las bondades de la reforma que habían sancionado, y las tantas observaciones que se le formularon a la Ley después de publicada.

No extraña, por tanto, que sea esta incompetencia del Legislador la que lo haya llevado con tanta rapidez y facilidad, a delegar en enero de 2007, mediante Ley Habilitante, en el Ejecutivo, la legislación básica del país, pensando que quizás en la Administración Pública habría mayor capacidad técnica para la elaboración de leyes, renunciando así a la razón justificadora de su propia existencia. Quizás sea este el anticipo de su propia futura disolución en una Asamblea del Poder Popular y, con ella, de la extinción del principio de la separación de poderes.

§ 10. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS Y LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA SOBRE TIERRAS RURALES EN VENEZUELA

INTRODUCCIÓN

El 13 de noviembre de 2001 se promulgó la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*³²⁰, en cuyo artículo 99 se dispuso, que a partir de esa fecha:

“Las tierras propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles”³²¹.

Esta norma, sin duda, constituye una novedad en el ordenamiento jurídico venezolano, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley (2001) se produjo un cambio radical en el régimen jurídico de los bienes inmuebles patrimoniales del Estado, es decir de las personas jurídicas estatales (de la República, los Estados, los Municipios y las entidades estatales descentralizadas funcionalmente). En efecto, cualquiera que hubiese sido su naturaleza precedente, legalmente han sido objeto de una declaratoria general como bienes del dominio pú-

320 V., Decreto-Ley n° 1.546 publicado en *Gaceta Oficial* n° 37.323 de 13-11-2001

321 El texto del artículo ha permanecido igual (Art. 95), en la reforma de la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario* publicada en *Gaceta Oficial* n° 5.771 Extraordinario del 18-05-2005.

blico, habiendo adquirido a partir del 13 de noviembre de 2001, la categoría de bienes inalienables e imprescriptibles.

Entre esos bienes inmuebles o tierras propiedad de los entes territoriales están los de carácter rural, que a los fines de la reforma agraria estaban adscritos al antiguo Instituto Agrario Nacional, entre los cuales están evidentemente las denominadas tierras baldías. Respecto de ellas, el cambio de régimen jurídico implica que de haber sido desde tiempo inmemorial, bienes del dominio privado o bienes patrimoniales del Estado, han pasado a ser bienes del dominio público; cambiándose así lo que se había venido regulando tanto en el Código Civil y la vieja Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, como en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional. Además, conforme a la Disposición Final Segunda de la Ley, se ha transferido la propiedad y posesión de la totalidad de las tierras rurales del antiguo Instituto Agrario Nacional al Instituto Nacional de Tierras.

Con anterioridad a esa fecha (2001), las tierras baldías siempre fueron consideradas como bienes patrimoniales o del dominio privado de los Estados, susceptibles por tanto de enajenación y, en general, también susceptibles de ser adquiridos por prescripción con diversas excepciones legales. La disposición del artículo 95 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por tanto, cambió el régimen general de dichas tierras baldías, el cual tiene aplicación, obviamente, sólo hacia el futuro respecto de las tierras que para el momento de entrar en vigencia la Ley (13 de noviembre de 2001) eran efectivamente de propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente; y en el caso de las tierras baldías, respecto de las que para esa fecha efectivamente tenían tal categoría. Esas tierras de propiedad pública son las que conforme a la ley, “conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles”.

Tal regulación, como es obvio, no se puede aplicar respecto de las tierras que habiendo podido haber sido en el pasado tierras baldías, hubieran dejado de serlo antes de entrar en vigencia la Ley por haber sido adquiridas por personas jurídicas mediante cualquiera de los modos de adquirir la propiedad regulados en el Código Civil o en la ley, incluso por prescripción.

Las tierras baldías, ahora del dominio público del Estado, que tenían tal condición de baldías al momento de entrar en vigencia la Ley (2001), son, por tanto, las que si llegasen a ser ilegalmente ocupadas, podrían por ejemplo ser rescatadas mediante el procedimiento administrativo regulado en la Ley (que responde al principio de la recuperabilidad de oficio de los bienes del dominio público); procedimiento que, en cambio, es completamente inaplicable en los casos de tierras que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley ya hubieran pasado a ser de propiedad privada amparada mediante cualquier título jurídico. Respecto de estas, si el Estado tuviese alguna pretensión de que son tierras baldías, tendría que probar y demandar su reivindicación en vía judicial.

De acuerdo con la Ley, en todo caso, la propiedad privada se prueba conforme al derecho común, con el título de propiedad debidamente protocolizado en la oficina de registro subalterno, como lo exige el Código Civil y lo regula la Ley de Registro Público. Ese título, sin duda, es el "título suficiente" a que se refiere la propia Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola en varias de sus normas, y que, a los efectos de dicha Ley, los propietarios están obligados a presentar ante los entes públicos en los diversos supuestos que ella regula.

En efecto, conforme al artículo 27.1 de la Ley, a los efectos de la inscripción de las propiedades rurales en la oficina de "registro agrario" dependiente del Instituto Nacional de Tierras, y que tiene por objeto el control e inventario de todas las tierras con vocación de uso agrario, en el mismo debe consignarse, como "información jurídica", los respectivos "títulos suficientes" de las tierras con vocación de uso agrario.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley, a los efectos de las solicitudes de certificados de finca productiva que formulen ante el Instituto Nacional de Tierras, los propietarios u ocupantes de tierras con vocación de uso agrario que se encuentren en producción, ajustada a los planes de seguridad alimentaria establecidos por los organismos competentes, los mismos deben acompañar (Art. 42.5) "copia certificada de los documentos o títulos suficientes que acrediten la propiedad o la ocupación".

En cuanto a las solicitudes de certificados de finca mejorable que se formulen ante el mismo Instituto, por los propietarios u ocupantes de tierras con vocación de uso agrario que no se encuentren produc-

tivas o se encuentren infrautilizadas, conforme a los artículos 29 y 30.3 de la Ley, entre otros requisitos, deben anexar "copia certificada de los documentos o títulos suficientes que acrediten la propiedad o la ocupación".

Conforme a los artículos 71 y 74 de la Ley, en los casos de fundos objeto de expropiación, una vez que el Instituto Nacional de Tierras proceda a emplazar por edicto a todos los ciudadanos que pretendan algún derecho sobre el mismo, en la comparecencia estos deben presentar un expediente particular conformado, entre otros documentos, por el "título suficiente de propiedad".

En los casos en los que el Instituto Nacional de Tierras, conforme a los artículos 89 y 91 de la Ley, ejerza su derecho a rescatar las tierras de su propiedad que se encuentren ocupadas ilegal o ilícitamente, en el auto que ordene la apertura del procedimiento, se debe ordenar publicar en la *Gaceta Oficial Agraria* un cartel mediante el cual se notifique a los ocupantes de las tierras, para que comparezcan y expongan las razones que les asistan, y "presenten los documentos o títulos suficientes que demuestren sus derechos".

Esos "títulos suficientes", por tanto, son los que conforme a las prescripciones expresas de la Ley, en su caso acreditan la propiedad, no estando los comparecientes obligados legalmente en forma alguna a demostrar ninguna tradición precedente de su propiedad. Por tanto, no tiene asidero legal alguno, la exigencia que ha venido haciendo el Instituto Nacional de Tierras de que las personas citadas ante el mismo en cualquier procedimiento administrativo, deben consignar, además del título de propiedad de los predios, o sea, además del "título suficiente" a que se refiere la Ley y que acredite la propiedad, la "cadena titulativa certificada desde 1848", es decir, la tradición legal de la propiedad por más de 150 años. Esta exigencia no está regulada en la Ley, por lo que no tiene asidero legal y más bien es contraria a las normas del Código Civil.

Por lo demás, se observa que la fecha de 1848 coincide con la de la promulgación de la primera Ley de Tierras Baldías del Estado de Venezuela, adoptada 13 años después de conforme a la Constitución de 1830, se reconstituyera el Estado separado de la República de Colombia.

Esa exigencia que se hace a los propietarios de fincas rurales en cuanto a la presentación de la tradición legal de la propiedad desde 1848, parecería derivarse de la incorrecta asunción de que las tierras baldías supuestamente habrían sido bienes inalienables e imprescriptibles (es decir, materialmente del dominio público) desde esa fecha de 1848, lo cual no es cierto. Sin embargo, sólo partiendo de esa asunción es que podría entenderse la exigencia de presentación de la larga tradición de la propiedad rural, pues de no tenerse, supuestamente se presumiría que el origen de las tierras habría sido baldías. Tal presunción, sin embargo, tendría que estar expresamente prevista en la ley. Sin embargo, no lo está, razón por la cual no tiene carácter de presunción legal (Art. 1395 C.C.).

Las tierras baldías, con la sola excepción de los baldíos playeros y situados en islas que desde el Siglo XIX fueron declarados inalienables, siempre han podido ser enajenadas por el Estado de acuerdo con la legislación especial sobre las mismas, los Códigos Civiles y las leyes de hacienda pública en relación con los bienes nacionales. Es decir, desde siempre y en particular desde 1848 en adelante, las tierras baldías pudieron ser adquiridas en propiedad por los particulares, por lo que el origen de la tradición legal de la propiedad privada de tierras rurales puede legalmente fijarse en cualquier año después de 1848 hasta 1960. A partir de esa fecha, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Agraria de 1960³²², se estableció que no podían enajenarse, gravarse ni arrendarse las tierras afectadas a la reforma agraria, entre las cuales estaban las tierras baldías; limitación que, sin embargo, no fue absoluta, pues quedaba a salvo el "que el Ejecutivo Nacional lo [autorizase] por ser necesarias para otros fines de utilidad pública o social" (Art. 15).

En consecuencia, hasta 1960 las tierras baldías podían ser enajenadas por el Estado y adquiridas por los particulares, por lo que el origen de la propiedad rural y de la titulación podría ser cualquier año antes de 1960.

Por otra parte, la prescripción adquisitiva de las tierras baldías estaba regulada en la misma Ley de 1848 por posesión inmemorial, conforme al viejo derecho castellano que rigió en la Colonia y el inicio de la República, y se estableció expresamente en el Código Civil des-

322 V., en *Gaceta Oficial* n° 611 Extra. de 19-03-1960

de 1867. Si bien no se reguló en forma específica la usucapibilidad en la legislación sobre tierras baldías del Siglo XIX, lo que podía conducir a la interpretación de que durante unas décadas (1848-1909), las mismas podían considerarse como imprescriptibles al no estar regulada expresamente en la legislación especial de tierras baldías la posibilidad de que fueran adquiridas por prescripción³²³, la usucapibilidad de las tierras baldías fue establecida expresamente en la Ley especial de tierras baldías desde 1909 y en la Ley Orgánica de Hacienda Pública desde 1918, razón por la cual el origen de la propiedad privada rural pudo estar en la usucapición efectuada con anterioridad a 1960, con la sola excepción general de la que pudo haber ocurrido entre los años 1904 y 1909, única época durante la cual la Ley de Tierras Baldías excluyó expresamente la posibilidad de adquisición por prescripción de las tierras baldías.

En todo caso, para tratar de entender la situación de la enajenabilidad de las tierras baldías antes de 1960, y de su prescriptibilidad con anterioridad a su declaratoria general como bienes del dominio público por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, estimamos indispensable realizar el estudio histórico del régimen de los baldíos, a los efectos de determinar que los mismos no sólo siempre fueron esencialmente enajenables, sino que podían también ser adquiridos por prescripción, aún cuando con limitaciones.

I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS BIENES DEL ESTADO

1. *Los bienes del Estado: dominio público y dominio privado*

Los bienes se clasifican según las personas a quienes pertenecen. Así lo dispone el Código Civil al establecer en su artículo 538, que “los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares”.

323 V., Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías”, *Anuario de Derecho Ambiental 1977*, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Consultoría Jurídica, Caracas 1978, pp. 74 y ss.

En cuanto a los bienes del Estado, es decir, de los diversos entes públicos o personas jurídicas estatales, ha sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico su clasificación en bienes del dominio público y bienes del dominio privado, tal como lo regula el artículo 539 del mismo Código Civil.

Los primeros se califican como tales por su afectación a un uso público o a un uso privado de un ente público o persona estatal (Art. 540 CC), y esa afectación es la que provoca la consecuencia fundamental de su calificación como tales bienes del dominio público, que es su inalienabilidad (Art. 543 CC). Por su afectación al uso público o al uso privado de personas estatales, los bienes del dominio público puede considerarse que están fuera del comercio, por lo que no pueden enajenarse y además, por ello, también serían imprescriptibles (Art. 1.959 CC), mientras dure tal afectación. Esta, por supuesto, puede decirse que nunca cesa cuando se trata de una afectación natural al uso público, como ocurre con el agua del mar o de los ríos. Las aguas, además, a todo evento, a partir de la Constitución de 1999 también han sido objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público (Art. 304), al igual que los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art. 11).

Pero salvo estas declaraciones generales, cuando un bien del dominio público deja de estar afectado al uso público o al uso privado del ente público titular del mismo, pasa del dominio público al dominio privado del Estado (Art. 541 CC), y cambia por tanto de régimen jurídico, pues pasa de estar regulado preponderantemente por disposiciones de derecho público a estar sujeto preponderantemente al Código Civil.

En efecto, los bienes del dominio privado del Estado son los que tienen carácter patrimonial, los cuales se rigen por las disposiciones del Código Civil “en cuanto *no se opongan* a las leyes especiales respectivas” (Art. 544). Por tanto, los mismos pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen” (Art. 543), pudiendo además ser adquiridos por los particulares por prescripción (usucapión) (Art. 1960), salvo que se excluya expresamente en las leyes especiales.

Entre los bienes patrimoniales del Estado siempre se habían considerado como tales, a las tierras baldías, es decir, las que “estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño” (Art. 542 CC), las cuales por tanto podían ser enajenadas y podían ser

adquiridas por prescripción, salvo las excepciones legales expresas. Esta condición de las tierras baldías como bienes patrimoniales del Estado, precisamente es la que ha cambiado radicalmente a partir de 2001, al haber sido declaradas por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario como del dominio público³²⁴.

Interesa por tanto referirnos al tema de las tierras baldías con anterioridad a 2001 y, particularmente, a su enajenabilidad o en ciertos casos, a su inalienabilidad, así como a su prescriptibilidad (usucapibilidad) o en algunos casos, a su imprescriptibilidad, pues en definitiva toda la propiedad privada rural en Venezuela, históricamente tiene su origen en lo que en algún momento fueron tierras baldías, originalmente de la Corona española y después de la Independencia, de la República y de los Estados de la Federación.

2. *Sobre la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes*

A. *La enajenación y la inalienabilidad de bienes*

La enajenación es la condición de los bienes cuya propiedad puede ser transferida o trasladada mediante negocios jurídicos entre vivos. La inalienabilidad, en cambio, es la condición jurídica de ciertos bienes de no poder enajenarse. En cuanto a los bienes del dominio público del Estado, como se ha dicho, la inalienabilidad es una condición establecida expresamente en la Constitución y el Código Civil (Art. 543), y por ejemplo, en la legislación de tierras baldías era una condición establecida respecto de ciertos baldíos (p.e. los baldíos playeros y los baldíos situados en islas). Otros bienes inalienables de acuerdo al Código Civil serían, por ejemplo, los derechos sobre la sucesión de una persona viva, aun con su consentimiento (Arts. 1.022, 1.156 y 1.484).

La inalienabilidad, por tanto, implica la prohibición de enajenar o prohibición de trasladar la propiedad por acto contractual voluntario entre vivos. Esta inalienabilidad, sin embargo, no implica necesariamente y por sí sola, que las cosas inalienables estén fuera del comercio ni que no sean prescriptibles.

324 *Gaceta Oficial* n° 37.323 de 13-11-2001.

En cuanto al dominio público, por ejemplo, los bienes que lo componen son inalienables, pero ello es sólo en principio, mientras estén afectados al uso público o al uso privado del ente público respectivo. La inalienabilidad del dominio público por la afectación, implica, por supuesto, imprescriptibilidad, pues la inalienabilidad aquí conlleva no sólo la no posibilidad de enajenación, sino la imposibilidad de que alguien adquiriera la propiedad privada de dichos bienes en cualquier otra forma.

Los bienes del dominio público, por la afectación al uso público o al uso privado de un ente público están fuera del comercio y la posesión de ellos no surte efecto jurídico alguno. Pero una vez que estos bienes hayan sido desafectados, los mismos, en principio, podrían ser enajenados y adquiridos por prescripción. Esto, sin embargo, no se aplica a todos los bienes del dominio público, pues como se ha dicho, hay algunos que lo son en virtud de la Ley o por naturaleza. En el último caso nunca podrían quedar desafectados del uso público, como sucede con las aguas marítimas, y en el primer caso, mientras no se cambie la ley.

En cuanto a otros bienes que habían sido declarados inalienables en virtud de la Constitución y de la Ley, como eran, por ejemplo, las tierras baldías situadas en islas o los baldíos playeros, la sola inalienabilidad no implicaba, *per se*, su imprescriptibilidad, salvo excepciones legales expresas.

Por otra parte, debe señalarse en general, que la inalienabilidad de los bienes públicos, tanto los del dominio público como los del dominio privado (como las tierras baldías playeras o situadas en islas), además de implicar su no enajenación voluntaria y la imposibilidad, en general, de que un particular pudiera adquirir su propiedad, también implicaba la imposibilidad de su adquisición forzosa mediante expropiación. Tal como lo señala el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social:

“En ningún caso procede la expropiación sobre bienes pertenecientes a la República, los estados, el Distrito Capital o los municipios que, según las respectivas leyes nacionales de éstos, no puedan ser enajenados”.

Por tanto, no hay duda de que la inalienabilidad, como signo de la condición jurídica de ciertos bienes públicos, va mucho más allá

que la sola prohibición impuesta al ente público de enajenar voluntariamente el bien, pues también implica que dichos bienes no pueden ser expropiados por otros entes públicos, es decir, que su propiedad (titularidad) no puede cambiarse.

Estas consecuencias de la inalienabilidad, en todo caso, varían según que se trate de bienes del dominio público o bienes del dominio privado. En cuanto a la inalienabilidad de los bienes del dominio público, tal como se dijo, ella es consecuencia de la afectación a un fin público (uso público o uso privado del ente público), y en tal virtud, implica precisamente por esa afectación, que mientras ella dure, el bien no puede ser adquirido en propiedad, en ninguna forma, por los particulares. Sin embargo, la titularidad de los bienes podría ser traspasada por ley, de un ente público a otro (las llamadas mutaciones demaniales), lo que no implicaría atentar contra la afectación ni contra el sentido de la inalienabilidad que es que los mismos no puedan ser susceptibles de apropiación privada mientras dure la afectación.

En el caso de los bienes del dominio privado declarados inalienables por la Constitución o la Ley, la inalienabilidad tiene signos distintos: no depende de la afectación del bien a un uso público o a un uso privado de un ente público, sino que depende de una calificación legal. Mientras la Constitución establecía que los baldíos situados en islas eran inalienables y mientras la Ley dispusiera que las tierras baldías situadas en la costa del mar también eran inalienables, esa condición jurídica era invariable. En este caso se trataba de una inalienabilidad que no dependía de una afectación (en último término, una condición fáctica) sino de una condición legal o constitucional. La inalienabilidad, en estos casos, no sólo implicaba que el ente público respectivo no podía vender o adjudicar gratuitamente el bien, sino que no podía perder la titularidad del mismo, al no admitirse la expropiación por otro ente público.

B. *La usucapibilidad y la imprescriptibilidad de los bienes*

La prescripción en relación con los bienes (usucapión), es un medio de adquirir la propiedad sobre los mismos, por el transcurso del tiempo, mediando posesión legítima (Arts. 1.952 y 1.953). La imprescriptibilidad, al contrario, es la condición jurídica de ciertos bienes que implica la imposibilidad de que sean adquiridos por usucapión.

Por ejemplo, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, “la prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio” (Art. 1.959), por lo que éstas no pueden ser objeto de usucapión. Los bienes del dominio público, por ejemplo, mientras dure la afectación, no sólo no son enajenables, sino que también son imprescriptibles.

Por otra parte, de acuerdo al mismo Código Civil, “no produce efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse” (Art. 778), por lo que no puede adquirirse la propiedad por usucapión de bienes cuya propiedad no pueda legalmente adquirirse, o que no pueda transmitirse, enajenarse o salir de la titularidad de un ente público. Por ello, si se analiza la legislación positiva, aun cuando la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de bienes sean condiciones jurídicas diferentes, en muchos casos la inalienabilidad implica la imprescriptibilidad.

Por tanto, la imprescriptibilidad es una condición legal de ciertos bienes que si bien en general está ligada a la inalienabilidad de ellos, se puede establecer independientemente.

II. LAS TIERRAS BALDÍAS HISTÓRICAMENTE CONSIDERADAS COMO BIENES DEL DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO

1. *Régimen general histórico de las tierras baldías*

Dentro de los bienes inmuebles del dominio privado del Estado se habían ubicado tradicionalmente a las tierras que no tienen o carecen de dueño a que se refiere el artículo 542 del Código Civil (CC). Estas tierras, denominadas en la época colonial como “realengos” y en la época republicana como “tierras baldías” han sido consideradas tradicionalmente como bienes patrimoniales o del dominio privado del Estado conforme lo indica el artículo 2 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936³²⁵, las cuales como tales, habían estado sometidas a un régimen jurídico específico establecido en el Código Civil, en las leyes que han regulado los bienes nacionales como integrantes de la Hacienda Pública y en las leyes especiales.

325 Ley de Tierras Baldías y Ejidos, *Gaceta Oficial Extra.* s/n de 03-09-1936.

Ahora bien, tradicionalmente, de acuerdo al artículo 544 del Código Civil, “las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, *en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas*”. Por tanto, conforme al propio texto del Código Civil, el régimen relativo a las tierras baldías era el establecido en las leyes especiales, habiendo tenido las normas del Código carácter supletorio, pues se aplicaban sólo en cuanto no se opusieran a las leyes especiales que los regían. Esto lo ratificó, en general, el artículo 14 del Código Civil al establecer que: “Las disposiciones contenidas en los códigos y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad”. Esa regulación del Código Civil vigente ha sido tradicional en Venezuela desde 1873.

En cuanto al Código Civil de 1867, el régimen de las tierras baldías se estableció así:

“Artículo 347. La administración y enajenación de los bienes que pertenecen a la República, a los Municipios o a los establecimientos públicos, se rigen por leyes especiales; pero están sujetos a prescripción según lo determinado en el Título de la materia”.

Puede decirse, entonces, que conforme a dicho Código, si bien su normativa era de aplicación supletoria respecto de las leyes especiales que regulasen el régimen de las tierras baldías, en cuanto a la prescripción era evidente su aplicación directa a las tierras baldías.

En todo caso, a partir del Código Civil de 1873 se adoptó el sistema de distribución normativa del régimen de las tierras baldías que todavía está consagrado en el Código Civil vigente, en la forma siguiente:

Por una parte, se declaró que los bienes patrimoniales o del dominio privado del Estado, donde se ubicaban a las tierras baldías, podían ser enajenados “de conformidad con las leyes especiales que les concernieran” (Arts. 422, CC 1873; Art. 447, CC 1880; Art. 454, CC 1896; Art. 460, CC 1904; Art. 521, CC 1922; y Art. 543, CC 1942). Es decir, la enajenabilidad de las tierras baldías se admitía expresamente, pero las enajenaciones debían realizarse de acuerdo con lo que se estableciera en las leyes que les concernieran (leyes relativas a las tierras baldías y a los bienes nacionales en general, es decir, a la hacienda pública).

Por la otra, se estableció que las disposiciones del Código Civil se aplicaban a las tierras baldías sólo "en cuanto no se opongan a las leyes especiales que les conciernen" (Art. 423, CC 1873; Art. 448, CC 1880; Art. 455, CC 1896; Art. 461, CC 1904; Art. 522, CC 1922; y Art. 544, CC 1942). Por tanto, si en las leyes especiales mencionadas (de tierras baldías o de hacienda pública) se establecían regulaciones particulares que se opusieran o fueran contrarias a las del Código Civil, las mismas se aplicaban con preferencia a lo establecido en el Código.

Y por último, además, se indicó, "que el Estado por sus bienes patrimoniales, y todas las personas jurídicas están sujetos a prescripción, como los particulares" (Art. 1.888, CC 1873; Art. 1.889, CC 1880; Art. 1.936, CC 1896; Art. 1.944, CC 1904; Art. 2.032, CC 1916; Art. 2.032, CC 1922; y Art. 1.960, CC 1942), pudiendo, por supuesto, establecerse excepciones en las leyes especiales, como ocurrió respecto de los llamados baldíos playeros e insulares.

Como puede observarse, en los Códigos Civiles, la institución de la prescripción se podía aplicar a las tierras baldías siempre que no se opusiera a las normas de las leyes especiales que han regulado a las tierras baldías. Es decir, si las leyes especiales *excluían* la institución de la prescripción de sus normas, no era posible recurrir a lo previsto en el Código Civil para alegar la prescriptibilidad de los baldíos y si las leyes habían establecido normas especiales sobre prescripción de baldíos, éstas debían tener aplicación preferente a las del Código Civil³²⁶.

Por otra parte, debe señalarse que desde el Código de Hacienda de 1873, dictado en paralelo a la regulación del Código Civil, la identificación de los bienes nacionales inmuebles coincidió con la que se hacía respecto de las tierras baldías, pues se consideraba como tales bienes nacionales, a "las tierras no apropiadas con título legítimo" (Art. 1 de la Ley II).

A partir de la Ley de Hacienda Nacional de 1918, que reformó el sistema hacendístico nacional, además de identificarse como bienes nacionales a los "inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño" (Art. 17 de las leyes de 1918, 1926,

326 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, "Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías", *cit.*, p. 74.

1928 y 1934, y artículo 19 de las leyes de 1938, 1947 y de la vigente de 1975)³²⁷, se incorporó otra norma que ha permanecido en vigencia hasta la actual Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que establece que “la propiedad y derechos reales sobre bienes nacionales pueden ser adquiridos por prescripción”, siendo el tiempo necesario para prescribir, veinte (20) años cuando existan justo título y buena fe, y cincuenta (50) años, cuando falten estos requisitos (Art. 25 de la Ley de 1918; Art. 28 de las leyes de 1926, 1928 y 1934; Art. 28 de las leyes de 1938, 1947 y de la Ley vigente de 1975).

La propia Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, al regular el régimen aplicable a los bienes nacionales, incluidos las tierras baldías, ha señalado tradicionalmente que “la administración de los bienes nacionales se rige por esta ley y por las leyes y reglamentos concernientes a algunos de ellos” (Art. 18 de las leyes de 1918, 1926, 1928 y 1934; y Art. 21 de las leyes de 1938, 1947 y de la ley vigente de 1975).

De lo anterior deriva que el régimen de prescriptibilidad de los bienes nacionales patrimoniales (incluyendo las tierras baldías) se estableció en forma general en el Código Civil desde 1867, y a partir de 1918 en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, cuyo texto, por su especialidad hacendística respecto a los bienes nacionales y por su carácter orgánico, podría incluso considerarse que privaba en esta materia sobre lo dispuesto a otras leyes especiales en cuanto a la institución de la prescriptibilidad de los baldíos.

2. *Sobre la enajenabilidad y la prescriptibilidad de las tierras baldías*

El Código Civil, tal como se dijo, había establecido tradicionalmente que los bienes patrimoniales del Estado (incluyendo las tierras baldías) “no pueden ser enajenadas sino de conformidad con las leyes que les conciernen” (Art. 442, CC 1873; Art. 447, CC 1880; Art. 454, CC 1896; Art. 460, CC 1904; Art. 521, CC 1916; Art. 521, CC 1922); redacción negativa que fue formulada en positivo en el Código Civil

327 Los artículos relativos a los bienes nacionales en la Ley Orgánica de Hacienda continúan vigentes, a pesar de la múltiple derogatoria de artículos de que ha sido objeto, por las viejas Leyes de Régimen Presupuestario y de Crédito Público, y por la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

de 1942 al disponer el artículo 543 que “los del dominio privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen”.

Conforme a estas normas, las tierras baldías eran enajenables de acuerdo a lo que establecieran las leyes especiales que les concernían. En tal sentido, conforme a la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, a ciertos baldíos se los había calificado como inalienables, entre ellos, los baldíos situados en la orilla o costa del mar (baldíos playeros) y los baldíos situados en islas marítimas, fluviales y lacustres (baldíos insulares); por lo que salvo esas excepciones legales, de resto, el principio había sido el de la enajenabilidad de los baldíos interiores.

En cuanto a la posibilidad de adquirir por prescripción la propiedad sobre baldíos, en las leyes de tierras baldías no se excluyó expresamente y en forma general la prescriptibilidad de los baldíos, aún cuando se regularon aspectos específicos de prescripción inmemorial³²⁸; habiéndose regulado, sin embargo, en el Código Civil y en la legislación hacendística.

En realidad, en legislación especial sobre los baldíos, sólo fue en la Ley de Tierras Baldías de 1904 y durante el lapso de su vigencia hasta 1909, donde se prohibió expresamente la prescripción (usucapibilidad) de las tierras baldías.

Posteriormente, fue precisamente a partir de 1909 cuando la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, como ley especial, comenzó a regular expresamente la posibilidad de prescripción de baldíos, pero sometidos a limitaciones previstas en ese ordenamiento especial; usucapibilidad que, como se dijo, no sólo estaba regulada en el Código Civil sino que luego se establecería en forma general a partir de la Ley de Hacienda

328 En 1977, al estudiar particularmente el régimen de los baldíos playeros e insulares, que habían sido declarados inalienables en la Constitución y la ley especial de baldíos, dedujimos que por no haberse establecido en la legislación especial relativa a las tierras baldías la posibilidad de la prescripción de los baldíos interiores, la prescripción respecto de ellas también habría quedado excluida entre 1873 y 1909; apreciación de la cual nos apartamos ahora, pues la sola regulación de formas específicas de enajenación o prescripción de los baldíos y la falta de regulación expresa de la prescripción en la legislación particular relativa a los baldíos como forma de adquirir su propiedad, no en realidad no puede conducir a excluir su aplicabilidad conforme al Código Civil y a la legislación hacendística. V., Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías”, *cit.*, p. 76.

Pública Nacional de 1918, también ley especial en cuanto a todos los bienes nacionales y la administración de los baldíos.

IV. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS REALENGAS DURANTE LA ÉPOCA COLONIAL Y DE LAS TIERRAS BALDÍAS AL INICIO DE LA REPÚBLICA

1. *El régimen de los realengos durante la Colonia*

El origen de la propiedad privada de las tierras en el mundo americano, sin duda proviene del dominio inicial de la Corona española sobre todas las tierras del nuevo Continente, que la Corona concedía a los particulares o reconocía como de ellos. Por ello, si las tierras no habían sido concedidas, privaba el régimen general de titularidad real respecto de los "valdíos, suelos y tierras que no estuviesen concedidos" por los reyes. Así lo dispuso, además, la Real Cédula de 1º de noviembre de 1591, con normas provenientes del viejo derecho castellano que en cuanto a su aplicación en América fue recogido en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias* publicadas por Carlos III en 1680.

Por tanto, la propiedad privada sobre las tierras americanas derivó de la posibilidad que tenía la Corona de enajenar las tierras realengas (*realengas*: las que eran de la *real* Corona), denominación destinada a identificar las tierras que no tenían dueño y que, por tanto, eran de la Corona, excepción hecha de las que hubieran sido concedidas a las "ciudades, villas y lugares" o a comunidades indígenas.

Las tierras realengas que eran de la Corona fueron, así, en la época colonial, primero repartidas por los Adelantados a medida que ocurría el poblamiento y luego, sucesiva y progresivamente, fueron adjudicadas a los particulares a medida que avanzaba la ocupación del territorio. Las tierras que aún eran realengas, a partir de la Independencia, pasaron a ser del nuevo Estado independiente (denominándoseles entonces tierras baldías), habiendo sido objeto de regulación para, precisamente, poder ser enajenadas a los particulares con el objeto de promover la ocupación de los vastos territorios de América y de fomentar la actividad productiva, particularmente en el campo.

El régimen de las tierras realengas, particularmente en cuanto concierne a su enajenación en tanto que bienes patrimoniales de la Corona, al momento de declararse la Independencia estaba establecido en la Real Instrucción de 15 de octubre de 1754 destinada a regular lo que debía observarse en "las mercedes, ventas y composiciones de bienes realengos, sitios y valdíos hechas al presente, y que se hicieren en adelante"³²⁹, regulación que corroboraba, precisamente, el destino fundamental de los baldíos que no era otro que su enajenabilidad para el desarrollo rural.

Esta Instrucción, en efecto, tuvo fundamentalmente un contenido ordenador en relación con la situación de las tierras realengas y de las que eran de propiedad privada, buscándose en la misma, regularizar la situación de la tenencia de las tierras, para lo cual se dispuso que se reconocería la propiedad de los particulares que las tuvieran desde antes de 1700 "a título de antigua posesión, como título de justa prescripción" (Nos. 3 y 4). Se trataba de reconocer el efecto de la posesión inmemorial que en ese instrumento se calculó por un tiempo de más de 54 años (1700 a 1754). Las personas en esa situación, aunque los títulos que tuvieran no estuvieran conformes con la Corona, se dispuso que no serían molestados ni inquietados ni denunciados "ahora ni en tiempo alguno".

La Instrucción también dispuso que las personas que tuvieran tierras por títulos de venta o composición desde fecha posterior a 1700, debían acudir ante la autoridad colonial para mostrar sus títulos y despachos en cuya virtud los poseyeran, con la indicación de que si no acudían serían despojados de las tierras, las cuales podían ser adjudicadas a otras personas. La Instrucción, sin embargo, nada regulaba sobre la usucapibilidad temporal de los realengos que conforme lo

329 El texto fue publicado en la *Gaceta de Venezuela*, n° 865 de 13-06-1847. Puede consultarse además, en Enrique Lagrange, *Notas sobre Enajenación y Usucapición de Tierras Baldías*, Ediciones Magón, Caracas 1980, pp. 63-68. En relación con dicha Instrucción se encuentran referencias en las siguientes leyes republicanas: artículo 3 de la Ley de 11 de octubre de 1821; y artículo 1, Ley 30 de junio de 1865 sobre Tierras Baldías

ha interpretado Pedro Manuel Arcaya, era posible y se regía por el derecho castellano antiguo³³⁰.

La posibilidad de adquirir por prescripción la propiedad, en efecto, se regía por el derecho castellano, conforme a la Ley de las Siete Partidas que era aplicable de acuerdo con la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias*, y que establecía lapsos de 10 y 20 años en casos de posesión de buena fe y de 30 años en caso de posesión de mala fe; y en cuanto a los denominados bienes propios (de la ciudad o villa) se establecía un lapso de prescripción de 40 años. Por ello, mediante Instrucción del 20 de noviembre de 1578, la Corona, al disponer que se quitasen las tierras a los ocupantes que no tuviesen títulos del Virrey, Audiencia o Cabildo de ciudad que se las pudiesen haber dado, o que se les cargasen por un precio las que hubieran ocupado demás, estableció:

“Con que si los poseedores de tales tierras los hubieren tenido por tiempo en que, conforme a derecho las hayan prescrito, aunque no conste de título de Virrey, Audiencia ni cabildo no les sean quitadas”³³¹.

Quedaban sin embargo excluidos de usucapión las cosas públicas, tanto las pertenecientes a todos los hombres (agua, mar y su ribera en lo que cubría la alta mar) como los bienes de uso comunalmente del pueblo de alguna ciudad o villa (bienes comunes)³³².

2. *El régimen de los baldíos en la Primera República: confiscación y reparto*

Al momento de la Independencia, el anterior era el régimen jurídico aplicable a los bienes públicos, conforme al cual era normal la disposición de los realengos, así como la posibilidad de que fueran adquiridos por usucapión conforme al viejo derecho castellano.

330 V., Pedro Manuel Arcaya, *En defensa de la propiedad territorial*, Coro 1904, pp. 130 y ss.; citado por Enrique Lagrange, *Notas sobre Enajenación y Usucapión de Tierras Baldías*, Ediciones Magón, Caracas 1980, pp. 88 y ss.

331 V., el Libro Octavo, Título V, ley 31, en Antonio de León Pinedo, *Recopilación de las Indias* (1635), tomo III, edición de 1992, México, p. 2.075.

332 V., las referencias en Enrique Lagrange, *Notas sobre Enajenación y Usucapión de Tierras Baldías*, cit, p. 74.

Por ello, incluso, la "Advertencia" que el Ministro de Estado Miguel José Sanz hacía en 1811, al definir la política de enajenación de baldíos, para lo cual luego de constatar "la inmensidad de terrenos que hay en la Provincia de Caracas [y] la abundancia de aguas perennes que los fertilizan" y destacar, entre otros factores, "la benignidad del clima y una perpetua primavera [que] convidan al hombre a fijarse en la Provincia de Caracas como agricultor, artesano o comerciante", declaraba que "El Gobierno, interesado en proteger a todos, *dará tierras al que quiera cultivarlas* y asegurará a sus respectivas profesiones a los que se dediquen al comercio, a la industria y a las artes"³³³

Como consecuencia de las guerras de independencia, se produjo el acrecentamiento de los bienes patrimoniales del Estado, como consecuencia de la Ley de 3 de septiembre de 1817, que declaró secuestrados y confiscados a favor de la República los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al gobierno español, a sus vasallos de origen europeo o a los americanos realistas³³⁴. Esta confiscación, generalizada, luego, condujo al reparto de los bienes confiscados, proceso que se inició con la Ley de 10 de octubre de 1817 sobre repartimiento de bienes nacionales entre los militares, la cual dispuso que las propiedades de españoles que no se pudieren enajenar a beneficio del erario público, serían repartidas y adjudicadas a los del ejército en cantidades proporcionales³³⁵

Tres años después, luego de sancionada la Constitución de Angostura de 1819, se dictó por el mismo Congreso de Angostura la Ley de 6 de enero de 1820 sobre repartimiento de bienes nacionales entre los servidores de la patria, en la cual se previó como recompensas extraordinarias, la adjudicaciones en bienes nacionales a quienes habían servido durante la guerra de independencia³³⁶.

333 V., en el libro, *La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y documentos afines*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Vol. 6, Caracas 1959, p. 103.

334 V., en José Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, Berlín, 1907, Tomo I, p. 264.

335 V., la referencia a esta ley en el encabezamiento de la Ley de 6 de enero de 1820, y en el Art. 1 de la Ley de 28 de septiembre de 1821.

336 V., en el libro *Actas del Congreso de Angostura*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969, pp. 383 y ss. Referencia a esta Ley se encuentra en el Art. 1 de la Ley de 28 de septiembre de 1821.

Posteriormente, el Congreso de Angostura resolvió la unión de los pueblos de Colombia (Cundinamarca, Venezuela y Ecuador), lo que condujo a la sanción de la Constitución de Colombia de 1821, en la cual se declaró “en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos, que directa o indirectamente no se opongan á esta Constitución, ni a los decretos que expidiere el Congreso” (Art. 188)³³⁷, con lo que se le dio pleno vigor tanto a las leyes de la Primera República como a las que rigieron en la época colonial.

3. *Las leyes de reparto y de regularización de los baldíos en la República de Colombia*

Las llamadas leyes de reparto de bienes confiscados siguieron aprobándose, esta vez por el Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta, y así se sancionó la Ley de 28 de septiembre de 1821, mediante la cual se hicieron asignaciones de bienes nacionales a los que sirvieron a la República. En esta Ley, en efecto, en primer lugar se confirmaron las anteriores asignaciones hechas a los militares tanto por la Ley de 6 de enero de 1820 decretada por el Congreso de Venezuela, como por la Ley de 10 de octubre de 1817 (Art. 1) que había sido dictada por el antiguo Consejo de Estado que había creado el Libertador; y en segundo lugar, se precisó que para el pago de las asignaciones que correspondían a los militares, se destinaban:

- “1. Todos los bienes raíces que se hayan confiscado y que se confiscaren con arreglo a las leyes existentes, o que se expidieren en lo venidero, y que no hayan sido enagenados hasta la fecha de la publicación de esta ley.
- 2 Si estos no alcanzaren podrán también hacerse concesiones de *terrenos baldíos* por el precio que generalmente se fijare a la fanegada.
3. Quedan también afectados al pago cualesquiera otros bienes nacionales, muebles o inmuebles que se puedan enajenar”.

Además, se autorizaba “bastantemente al Poder Ejecutivo para que satisfaga á los militares su haber con los bienes nacionales, ob-

337 V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, p. 393.

servando en lo posible la igualdad y proporción que demanda la justicia" (Art. 7).

Lo importante a destacar de esta Ley, es la especial referencia que se hizo a las tierras baldías como objeto de repartimiento³³⁸.

A la normativa de reparto de bienes nacionales a los militares, la siguió un mes después, la Ley de 11 de octubre de 1821, la cual vino a ser, hasta cierto punto, la primera regulación general republicana sobre enajenación de tierras baldías y creación de las oficinas de agrimensuría. La Ley, por tanto, derogó "el método de composición establecido particularmente por la Instrucción de 15 de octubre de 1754", y cualesquiera otras leyes para la enajenación de las tierras baldías, disponiendo que esta enajenación debía en lo sucesivo verificarse por los precios y con las formalidades que se detallaban en la ley (Art. 3).

En efecto, la Ley que fue dictada por el Congreso General de Colombia, se basó en los siguientes considerandos que tenían que ver con el fomento a la agricultura y la obtención de ingresos fiscales por la venta de baldíos:

1. Que uno de sus primeros deberes es fomentar la agricultura por cuantos medios estén a su alcance; 2. Que la enajenación de tierras baldías a precios cómodos y equitativo, debe contribuir poderosamente a tan importantes objeto; 3. Que los productos de esta enajenación son necesarios para cubrir los inmensos gastos y erogaciones a que están sujetas las rentas públicas.

Con fundamento en esta política general de enajenación de baldíos, la Ley dispuso con carácter general, que podían "enajenarse en lo sucesivo así en las provincias marítimas como en las del interior, las tierras baldías que no han sido antes concedidas a persona alguna, ó que habiéndolo sido por composición, han vuelto al dominio de la República según lo dispuesto en leyes anteriores" (art 1). La única excepción a esta regla de enajenabilidad la constituían "las tierras de comunidades de indios y de los pastos y ejidos de villas y ciudades

338 V., en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1961, p. 71.

sobre las que continuarán observándose las que rigen en particular” (Art. 2).

El precio de venta, en todo caso, variaba si se trataba de baldíos situados en provincias marítimas o en el interior: dos pesos la fanegada de tierras en las provincias marítimas, y un peso en las del interior (Art. 6).

Por otra parte, en esta Ley se consiguen las primeras normas republicanas (post coloniales) tendientes a regular la enajenabilidad de los baldíos y a regularizar la tenencia y propiedad de la tierra. Se buscaba conocer cuáles eran las tierras que continuaban siendo baldías, pero garantizándose a todas las personas que se hallaban en ese momento “en posesión de las tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad”, que serían “preferidos en las ventas, siempre que en concurrencia de otros se allanan a pagar el mismo precio que se ofrece por ellas” (Art. 4).

Por otra parte, la Ley reconoció la propiedad de quienes poseyeran tierras baldías por tiempo inmemorial o a título de justa prescripción, al disponer que en esos casos esas personas “deberán concurrir en el término perentorio de un año á sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas ó cultivadas” (Art. 5). Nada se estableció respecto del tiempo necesario para considerar una posesión inmemorial (usualmente más de 40 años), y nada se reguló sobre usucapibilidad temporánea de las tierras baldías, lo que se continuaba regulando por el derecho común.

En cuanto a las personas que querían “comprar tierras baldías ocurrirán á los gobernadores de las provincias en que se hallen situadas las expresadas tierras, manifestando su localidad, ríos y aguas que las bañan, y que no pertenecen en dominio y propiedad a ninguna otra persona” (Art. 9); en cuyo caso, el gobernador debía pasar “entonces orden al agrimensor de la provincia, y no habiendo agrimensor á los peritos que tenga por conveniente nombrar, para que midan las tierras y levanten un plan topográfico tan exacto como sea posible” (Art. 10); de manera que practicada las diligencias mencionadas, se debía agregar el plano indicado, pasándole el gobernador el expediente “al intendente del departamento para que se declare la propiedad a favor del postulante, comunicando aviso á la tesorería res-

pectiva para el cobro de su valor por cuartas partes en los cuatro años sucesivos" (Art. 11).

Por otra parte, la Ley exigía con carácter general, que dentro de los cuatro años contados desde la publicación de la ley, "todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado" (Art. 13). Si luego de "pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras si fueren adquiridas por merced o composiciones reincorporarán al dominio de la República, y si fueren adquiridas por compras sucesivas ú otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros á expensas de los propietarios" (Art. 14).

Por último, la Ley autorizó "al Poder Ejecutivo para que pueda enajenar tierras baldías por las dos terceras partes del valor que asigna la ley, siempre que los compradores lo satisfagan inmediatamente en las tesorerías nacionales" (Art. 20)³³⁹

Con base en estas Leyes, el Congreso dictó el Decreto de 11 de junio de 1823 autorizando al Poder Ejecutivo para promover eficazmente la inmigración de extranjeros europeos y norteamericanos en el territorio de la República, por lo que tomando en cuenta la existencia de "dilatadas tierras baldías" ordenaba que para "este objeto podrá disponer de hasta 3 millones de fanegadas de tierras propias del Estado", incluso de forma que no estaba sujeto a las disposiciones de la Ley de 11 de octubre de 1821³⁴⁰. Posteriormente, por Decreto de 1 de mayo de 1826 se dispuso que a tal fin, se agregaba un millón más de fanegadas de tierras baldías³⁴¹.

Por último, también debe hacerse mención al Decreto de 26 de julio de 1823, sobre repartimiento de tierras a militares en la provincia de Apure y Casanare, conforme Ley de 28 de septiembre de 1821, en la cual se dispuso que "Los que quieran el total de la asignación de sus haberes en tierras baldías, les serán adjudicadas del modo que

339 V., en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, cit., pp. 97 y 98.

340 V., en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, cit., p. 128.

341 V., en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, cit., p. 461.

previene la citada ley; pero necesariamente se les adjudicará una parte de su haber en dichas tierras” (Art. 3)³⁴².

En términos generales, el anterior fue el régimen legal de las tierras baldías que estaba en vigencia en Venezuela para el momento en el cual se reconstituye como Estado de Venezuela separado de la República de Colombia en 1830; régimen que se sustituyó por las disposiciones de Ley sobre averiguación de tierras baldías, su deslinde, mensura, justiprecio y enajenación dictada por el Congreso de Venezuela en 1848.

Debe señalarse, sin embargo, que un año antes, y a los solos efectos de regularizar el otorgamiento de justificativos judiciales de posesión sobre tierras en la provincia de Apure, la Secretaría del Interior por Resolución de 12 de junio de 1847, ordenó publicar en la *Gaceta Oficial de Venezuela*³⁴³, la Real Instrucción de 15 de octubre de 1754, la cual por lo demás ya había sido expresamente derogada por la antes mencionada Ley de 13 de octubre de 1821, que era ley de la República.

V. LA REGULARIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS EN LA LEY DE 13 DE OCTUBRE DE 1848

1. *La regularización legal de las tierras baldías en 1848*

De acuerdo a lo establecido en la Constitución del Estado de Venezuela de 1830, correspondía al Congreso “decretar lo concerniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales” (Art. 87, ordinal 13), y en tal virtud se sancionó la Ley de 10 de abril de 1848 sobre averiguación de tierras baldías, su deslinde, mensura, justiprecio y enajenación, cuyo contenido siguió la misma línea reguladora que tenía la Ley de 13 de octubre de 1821 de la República de Colombia, antes referida.

Mediante esta Ley de 1848, el Congreso también buscó regularizar la titularidad y tenencia de la tierra, tanto del Estado como de los particulares, y respecto de las tierras baldías dispuso:

342 V., en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, cit., p. 152.

343 V., en *Gaceta de Venezuela* n° 865 de 13-07-1847

- “1. Que los arrendatarios u ocupantes de tierras baldías al tiempo de la publicación de la ley, podrían hacerse “legítimos propietarios” de dichas tierras *solicitando formalmente la compra de la misma*, la cual podrá acordarse sin subasta (Art. 12).
2. Que los que poseían tierras baldías por tiempo inmemorial y no hubiesen sacado los títulos de propiedad conforme a la ley de 13 de octubre de 1821, *debían hacerlo en el término de un año* contado desde la publicación de la ley (Art. 16) con prórrogas sucesivas. *Vencidos dichos lapsos, sin que se sacasen dichos títulos, la ley de 1848 establecía que los terrenos se considerarían propiedad de la República* (Art. 17).
3. Que las tierras baldías podrían venderse mediante subasta pública (Art. 7), conforme a las normas de la ley y del Decreto reglamentario de 16 de marzo de 1849 sobre tierras baldías”.

En esta forma, legalmente quedaba delimitada en el tiempo, la posibilidad de que se reconociese o traspasase a los particulares la propiedad de antiguos baldíos, *exigiéndose actos formales del Estado, como la venta acordada en pública subasta o acordada a los arrendatarios u ocupantes; y los títulos otorgados a los poseedores por tiempo inmemorial dentro de los lapsos previstos en la Ley.*

Esta ley vino por tanto a continuar con la línea reguladora de las décadas precedentes a su sanción, en relación con el régimen jurídico relativo a las tierras baldías y para la precisión de la titularidad sobre las mismas.

El Estado, mediante ella, reconoció a los poseedores por tiempo inmemorial su derecho a adquirir la propiedad de la tierra, incluso si no habían hecho las gestiones que establecía la Ley de 1821, pero el ejercicio de este derecho lo sometió de nuevo a unos plazos de caducidad, vencidos los cuales sin que se ejerciese ese derecho, los terrenos en cuestión se considerarían propiedad del Estado. Después de la Ley de octubre de 1821 y de esta Ley de 1848, conforme a los lapsos en ella previstos, por tanto, la titularidad de la propiedad de la tierra o correspondía por así haberse acordado a los poseedores por tiempo inmemorial que lo hubieren solicitado, o correspondía al Estado. Este, después, podía vender las tierras, y conforme a la Ley los particulares podían adquirir la propiedad de las mismas.

2. *El régimen del decreto reglamentario sobre tierras baldías de 30 de junio de 1865 sobre recompensas militares*

Durante la vigencia de la Ley de 1848, siguió también la política de Estado de enajenar baldíos y adjudicarlos en propiedad a los militares, esta vez como consecuencia de las guerras federales, conforme a las recompensas que había acordado la Asamblea Constituyente en marzo de 1864 a favor del ejército federal triunfante. Por ello, mediante la Ley de crédito público de 16 de junio de 1865, todos los terrenos baldíos de la Nación quedaron “especialmente hipotecados al pago de la deuda de recompensas militares” a cuyo efecto, se autorizó al Ejecutivo a reglamentar clara y sencillamente el modo de obtener dichos terrenos en pago de recompensas, facilitando las diligencias de adjudicación, mensura y deslinde hasta la adjudicación que debía declarar el Ejecutivo Nacional “quien ha de expedir el título de propiedad”(Art. 1).

El Decreto que se dictó sobre tierras baldías de 30 de junio de 1865, sin embargo, fue más allá en su regulación en la materia que lo que se había autorizado en la Ley que lo originó, pero por supuesto con efectos sólo en lo que perseguía la Ley de crédito público de 1865 que no era otra que la recompensa a militares mediante la adjudicación de baldíos.

En efecto, en primer lugar, estableció por primera vez, en el ordenamiento jurídico una enumeración de los bienes que se consideraban como tierras baldías (Art. 1):

- “1. Las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales *carecen de otro dueño*, es decir, que no pertenecen a ejidos, a antiguos resguardos de indígenas, a corporaciones, ni a personas particulares.
2. Los realengos ocupados sin título; *título que sólo puede suplirse por la justificación* que debieron hacer los tenedores de dichos realengos, de haberlos poseído desde antes del año de 1700, según el capítulo 4 de la Real Instrucción comunicada a los que fueron dominios de España en Cédula de 15 de octubre de 1754, y que fue publicada en la Gaceta de Venezuela número 865”.

De acuerdo con el segundo supuesto de la norma, que pretendía establecer un lapso de prescripción inmemorial de 165 años al pre-

tender "revivir" la Instrucción de 1754 que había sido derogada desde 1821, se podría concluir que el Ejecutivo pretendía que el Estado *no debía reconocer otro título de propiedad de baldíos* que no fueran los justificativos de posesión desde antes de 1700, que debían haber hecho los respectivos ocupantes o tenedores antes de la vigencia del Decreto. Podría deducirse entonces, que se buscaba desconocer cualquier otra prescripción adquisitiva, y los que tuviesen posesión de baldíos, aun de carácter inmemorial, sólo podían *adquirirlos mediante compra*, en la cual se establecían las debidas preferencias (Art. 10).

Esta disposición podía conducir a la interpretación de que la norma del Decreto buscaba establecer la imprescriptibilidad de los baldíos³⁴⁴; sin embargo, hay que convenir que por el carácter reglamentario del mismo, dicha regulación era ilegal por contrariar el texto de la Ley de 1848.

En todo caso, el decreto de 1865 también estableció la posibilidad de enajenación de los baldíos (Art. 2), sometida a diversas condiciones, entre algunas derivadas de la proximidad de las tierras al dominio marítimo (situadas a orillas del mar, o de lagos o ríos navegables por botes de remo, vela o vapor).

En el decreto se daba *preferencia para la compra* de los baldíos al arrendatario y al ocupante; y al poseedor por tiempo inmemorial que no hubiere sacado el título de las tierras con anterioridad (Art. 10).

Por último, debe señalarse que en este decreto de 1865 apareció por primera vez en el ordenamiento el principio de que el Estado no aceptaría solicitudes de compras, aunque por supuesto sólo a los efectos de la Ley de crédito público de 1865, de tierras "que disten de una salina menos de una legua de 6.666 $\frac{2}{3}$ varas por cada viento; *menos de trescientas varas de la costa del mar*; menos de ciento de las riberas de los lagos o ríos navegables; y menos de veinticinco de los ríos pequeños" (Art. 3).

344 V., Allan R. Brewer-Carías, "Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías", *cit.*, pp. 78 y ss.

VI. EL RÉGIMEN DE LOS BALDÍOS A PARTIR DEL CÓDIGO CIVIL DE 1867 HASTA 1904

1. *El régimen de los bienes patrimoniales del Estado en los Códigos Civiles*

Como se dijo, dos años después de dictado el decreto de 1865, a partir del primer Código Civil de 1867, se estableció la definición de los bienes inmuebles del Estado incluyendo los baldíos como las tierras que carecían de dueño, regulándose además, la posibilidad de prescripción de los baldíos.

En cuanto a la definición de los baldíos, así se dispuso en los Códigos Civiles de 1867 (Art. 344.5); 1873 (Art. 441) y 1880 (Art. 446), así como en el Código de Hacienda de 1873 (Art. 1º, Ley II); y en cuanto a la usucapibilidad de los bienes patrimoniales del Estado, en Art. 347 dispuso que “están sujetos a prescripción según lo determinado en el Título de la materia”.

Por tanto, las dudas sobre la posibilidad de prescriptibilidad de las tierras baldías puede decirse que pudieron considerarse disipadas 2 años después, por la previsión expresa del Código Civil de 1867, en el sentido de que “la administración y la enajenación de los bienes que pertenecen a la República, a los Municipios o a los establecimientos públicos, se rigen por leyes especiales; pero están sujetos a prescripción según lo determinado en el Título de la materia” (Art. 347). En esta forma, conforme al Código Civil de 1867, podría adquirirse por prescripción los bienes patrimoniales del Estado (Art. 1.815) incluyendo los baldíos, que hubiesen estado poseídos por 30 años (Art. 1.840).

Además, la posibilidad de enajenación de los baldíos también se previó en el Código Civil a partir de 1873 (Art. 442) conforme a lo previsto en las leyes especiales; norma que se ha repetido invariablemente en los Códigos posteriores de 1880 (Art. 447); 1896 (Art. 454); 1904 (Art. 460); 1916 (Art. 521); 1922 (Art. 521); y 1942 (Art. 543).

A partir del Código Civil de 1873 se dispuso que “Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes patrimoniales (del Estado) en cuanto no se opongan a las leyes especiales que les conciernan” (Art. 443); norma que invariablemente se ha repetido en todos los Códigos Civiles posteriores: 1880 (Art. 447); 1896 (Art. 450); 1904 (Art. 461); 1916 (Art. 522); 1922 (Art. 522), y 1942 (Arts. 544). De ello puede decirse que derivaba la posibilidad de usucapibilidad de

baldíos, ya que la Ley especial sobre baldíos de 1848, nada había regulado sobre ello.

2. *El régimen legal de las tierras baldías durante el Siglo XIX*

La Ley de Tierras Baldías de 2 de junio de 1882 derogó tanto la Ley de 1848 como el decreto de 1865, pero su contenido puede decirse que se guió por las normas del mencionado decreto.

En efecto, al definir los baldíos, siguió la línea de regulación del decreto, disponiendo, que eran baldíos los siguientes (Art. 1):

- “1. Los que estando situados dentro de los límites de la Nación, carecen de legítimo dueño, es decir, que no pertenecen a ejidos o a corporaciones, ni a personas particulares.
2. Los realengos ocupados sin legítimo título, o con documento cuyo origen sea vicioso o ilegítimo, *los que sólo pueden remplazarse con el título supletorio evacuado con las formalidades legales, y con la posesión del inmueble desde antes del año de 1700, de conformidad con el artículo 4º de la Real Instrucción, comunicada a los que fueron Dominios de España, en Cédula de 15 de octubre de 1754, publicada en la Gaceta de Venezuela, número 865, siempre que tales títulos supletorios aparezcan protocolizados en la Oficina de Registro en donde está situado el inmueble de cuya propiedad se trata; y*
3. Los que reivindique la Nación conforme a las disposiciones contenidas en la presente ley”.

De acuerdo a esta definición legal, puede decirse que la ley desconoció cualquiera adquisición fundamentada en documentos viciosos o ilegítimos, así como cualquier adquisición de propiedad de tierras baldías que no fuera por compra (Art. 7 y ss.) o legítimo título; o por la posesión inmemorial desde antes de 1700, es decir, en este caso, de 182 años, lo que era absurdo, amparada por título supletorio que debía estar debidamente protocolizado antes de la entrada en vigencia de la ley (1882). Esta regulación también podía conducir a la

interpretación de que la Ley de 1882 desconocía la posibilidad de adquirir baldíos por prescripción³⁴⁵.

La Ley de 1882, sin embargo, reguló expresamente la posibilidad de que las tierras baldías pudieran adjudicarse en propiedad (Art. 6), estableciéndose normas que regulaban el destino que debían tener (Art. 4) y las condiciones para la venta (Arts. 7 y ss.). En consecuencia, durante la vigencia de esta Ley los particulares podían adquirir en propiedad tierras baldías. La única excepción en la materia conforme a la ley de 1882, era la inalienabilidad de los baldíos playeros prevista en el Decreto de 1865, pero precisándose la medida en metros. El artículo 7 de la Ley, al regular la venta de tierras baldías, estableció en efecto, la siguiente condición:

“4. Que no pueden concederse tierras baldías que disten de una salina menos de cinco kilómetros por cada viento; *menos de quinientos metros de la costa del mar*; menos de doscientos de las riberas de los lagos o ríos navegables; y menos de cincuenta de los ríos pequeños”.

Debe indicarse, por último, que la Ley de 1882, en su artículo 2 declaró “nulas y de ningún valor ni efecto las enajenaciones de tierras baldías” que se hubiesen hecho con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1864, es decir, las que se hubieran efectuado conforme al Decreto de 1865; lo cual era evidentemente inconstitucional, tal como incluso lo declaró la Alta Corte de Justicia en 1891³⁴⁶

La Ley de 1882 fue sustituida por la Ley de Tierras Baldías de 24 de agosto de 1894, cuya normativa, en términos generales, siguió la misma orientación de la anterior. Igualmente sucedió con la Ley de Tierras Baldías de 20 de mayo de 1896 y el Decreto de 20 de julio de 1900.

En esta última, sin embargo, se reguló un procedimiento de adjudicación de tierras baldías a los poseedores de buena fe y de ratificación de propiedad a quienes poseyeran con justo título. En efecto, el artículo 5 de la ley estableció lo siguiente:

345 Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías”, *cit.*, p. 81.

346 V., la referencia en Lagrange, p. 120 (Memoria 1891, p. 433)

“Una vez levantado el plano de una porción de tierra denunciada como realenga, podrá el Ejecutivo Nacional ordenar que se expidan títulos de propiedad definitiva a los que la estén ocupando, como poseedores de buena fe, debiendo ratificar la propiedad del terreno ocupado en aquellos que resulten poseedores con justo título; y como comprobantes, así de los dominios o derechos que se reconozcan en los particulares, como de los que correspondan a la Nación, se consignará una copia del plano levantado, en la Oficina de Registro...”.

Esta norma fue reglamentada por decreto de 1º de junio de 1896 en la siguiente forma:

“Artículo 7. Los ocupantes y poseedores de buena fe de tierras realengas, sin legítimo título, procederán cuanto antes a llenar las formalidades legales para la adquisición a título gratuito de su propiedad en la parte de tierra que tengan cultivada, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley de Tierras Baldías vigente”.

La norma podía considerarse que indirectamente regulaba la imprescriptibilidad de los baldíos, al prescribir que los poseedores de buena fe sin título legítimo, a lo que tenían derecho era a obtener la propiedad de la tierra a título gratuito por parte del Estado, quien podría dárselas o no³⁴⁷. Sin embargo, al establecer que los poseedores con justo título se les *debían ratificar la propiedad* del terreno por parte del Estado, mediante el registro de los planos respectivos, también podía considerarse que se reconocía la existencia de la usucapibilidad por posesión con justo título.

VII. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS ENTRE 1904 Y 1909: LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

La Ley de Tierras Baldías, del 18 de abril de 1904, estableció una definición de baldíos más escueta que la prevista en leyes anteriores, al eliminarse toda referencia a los antiguos realengos y a la prescripción inmemorial extendida hasta 1700, precisando en el artículo 1 que se consideraban como baldíos, los siguientes:

347 Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías”, *cit.*, p. 82

- “1. Los que estando situados dentro de los límites de la Nación, carecen de legítimo dueño, es decir, que no pertenecen a ejidos o a corporaciones ni a personas particulares; y
2. Los que reivindique la Nación conforme a derechos y a las disposiciones especiales contenidas en la presente ley”.

Esta Ley, por otra parte, ha sido la única de las leyes sobre tierras baldías, que en contraste con las leyes anteriores, excluyó expresamente la posibilidad de adquirir la propiedad de tierras baldías por prescripción adquisitiva. En efecto, en su artículo 28 estableció lo siguiente:

“Artículo 28. Fuera de los especiales y precisos casos determinados en la presente ley, la propiedad de las tierras baldías sólo podrá adquirirse en virtud de compra y al Ejecutivo Federal corresponde expedir a los compradores, por órgano del Ministerio de Fomento, los respectivos títulos de adjudicación, previas las formalidades establecidas en esta ley”.

Con esta disposición puede decirse que se estableció por primera vez en el ordenamiento jurídico, en forma expresa, la inaplicabilidad de las normas relativas a la adquisición de inmuebles por prescripción previstas en el Código Civil, y en las leyes de Hacienda Pública; por lo que incluso en el Código Civil del mismo año 1904, vigente para el momento de aplicación de la ley, se estableció lo siguiente:

“Artículo 461. Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes patrimoniales en cuanto no se opongan a las leyes especiales que les conciernan”.

La Ley de 1904, por otra parte, también ratificó la inalienabilidad de los baldíos playeros (Art. 43), en una extensión de 500 metros de la costa del mar, establecida desde 1865.

Sin embargo, en cuanto a la posibilidad de enajenación de tierras baldías a particulares, la Ley de 1904 reguló la forma y modalidades de la enajenación de baldíos por venta (Arts. 28 y ss.) y por adjudicación gratuita (Arts. 35 y ss.). En relación a esta última modalidad se atribuyó al “ocupante de tierras baldías que posea en ellas cultivadas por lo menos dos hectáreas con casa de habitación”, el “derecho de que se le conceda gratuitamente el dominio y la propiedad de cinco hectáreas y de que se le expida el título correspondiente” (Art. 35).

La Ley de 1904, en todo caso, saneó la situación de los adquirentes *legítimos* de tierras baldías hasta la fecha de su promulgación en los términos siguientes:

“Artículo 44. La propiedad de tierras baldías adquiridas legítimamente hasta la fecha de la publicación de la presente ley, queda firme y ratificada; y no puede ser objeto de reclamaciones por parte de la Nación y de los Estados”.

La Ley de 1904, por tanto, a pesar de haber excluido la prescripción adquisitiva de baldíos, reconoció la propiedad privada sobre antiguos baldíos adquirida legítimamente por los medios autorizados en el ordenamiento jurídico, entre los cuales incluso puede considerarse que estaba la prescripción regulada en el Código Civil, en los casos en los que fuera aplicable³⁴⁸. De resto, la adquisición legítima de la propiedad de tierras baldías hasta 1904, sólo podía resultar de los siguientes títulos:

- “1. La compra efectuada por arrendatarios u ocupantes y las adjudicaciones a los poseedores de buena fe efectuadas conforme a las leyes de 1896 y 1900; conforme al artículo 12 de la ley de 1848.
2. Las ventas o adjudicaciones formales efectuadas conforme a lo previsto en las leyes de 1865, 1882, 1894, 1896 y 1900.
3. La adquisición mediante título otorgado a los poseedores por tiempo inmemorial en el lapso de un año, con las prórrogas previstas, contados a partir de la publicación de la Ley de 1848 (Arts. 16 y 17).
4. La compra en pública subasta de tierras baldías, conforme al artículo 7 de la Ley de 1848.
5. La adquisición mediante justificación o título supletorio de posesión que datara de antes del año 1700, conforme a las leyes de 1865, 1882, 1894, 1896 y 1900”.

348 Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías”, *cit.*, p. 84

VIII. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS A PARTIR DE 1909: ENAJENABILIDAD Y PRESCRIPTIBILIDAD

El régimen jurídico de las tierras baldías puede decirse que cambió en forma sustancial a partir de 1909, particularmente en cuanto a la posibilidad de adquirir por prescripción las tierras baldías, al sancionarse la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 13 de agosto de 1909, cuyas normas se siguieron en las leyes posteriores hasta la de 1918.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley de dicha Ley:

“Artículo 1. Se consideran baldías las tierras que estando dentro de los límites de la Nación no sean ejidos o hayan sido adquiridas legítimamente por particulares o personas jurídicas capaces de obtener propiedades en el país y las que reivindicó la Nación conforme a la Ley”.

Esta definición, que varió la tradicional de las leyes especiales anteriores, se completó con lo previsto en el Código Civil del mismo año 1904, en el cual se dispuso que “todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación” (Art. 459).

En la Ley de 1909, por otra parte, se eliminaron todas las normas que podían conducir a interpretar la exclusión de la posibilidad para los particulares de adquirir por prescripción las tierras baldías. Al contrario, se estableció expresamente esta posibilidad, no sólo al señalarse en el artículo 1º, como se dijo, que no eran tierras baldías las “adquiridas legítimamente por particulares” (y uno de los modos de adquirir la propiedad según el Código Civil de 1904 era la usucapión), sino al indicarse expresamente que la Nación no iniciaría juicios de reivindicación en caso de que se hubiese adquirido la propiedad de las tierras por prescripción.

En efecto, el artículo 8 de la Ley de 1909, estableció:

“Artículo 8. El Ministro de Fomento, a fin de no ordenar la iniciación de procesos contrarios al objeto de la presente ley, consultará en cada caso al gobierno del respectivo Estado y tendrá en consideración:

1. La autoridad de la prescripción, como causa legítima de dominio según el Código Civil.

2. Que es de interés general la estabilidad de las empresas agrícolas o pecuarias que estuvieren ya fundadas”.

En esta forma, la Ley de 1909 expresamente reconoció y admitió la prescriptibilidad de las tierras baldías, cambiando la prohibición de 1904 y regulando expresamente en la ley especial lo que en la legislación anterior solo estaba regulado en el Código Civil.

En efecto, en 1909, la prescripción estaba regulada en el Código Civil de 1904, y en él se establecía que “para adquirir por prescripción se necesita posesión legítima” (Art. 1.937), señalándose además, que: “El Estado, por sus bienes patrimoniales y todas las personas jurídicas, están sujetas a la prescripción, como los particulares” (Art. 1.944)

El propio Código Civil, por otra parte, se encargó de definir cuándo la posesión era legítima al indicar, en forma negativa, que “la posesión no es legítima cuando no es continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya propia” (Art. 672).

De acuerdo con estas normas, por tanto, la Ley de 1909 reguló expresamente la posibilidad general de que las tierras baldías podían ser objeto de “posesión legítima”; lo que se corroboraba de las propias normas relativas a las oposiciones que podían formularse respecto de las solicitudes de venta de tierras baldías. Entre las causales de oposición que se podían alegar, en efecto, estaba que el “opositor que [estuviera] en posesión legítima de todo o parte del terreno que como baldío se ha denunciado” (Art. 63.1), norma que se repitió posteriormente en todas las leyes posteriores, hasta la vigente de 1936.

En este caso, la oposición daba origen a un procedimiento judicial que podía culminar en una sentencia declarativa de “la posesión legítima, de que habla el artículo 671 del Código Civil” (Art. 69), en cuyo caso se reservaba a la Nación la posibilidad de intentar el respectivo juicio de reivindicación (Art. 72). Todas estas normas se repitieron, casi invariablemente, en las leyes posteriores hasta la de 1936.

La Constitución de 1909, por otra parte, por primera vez estableció a nivel constitucional en forma expresa la posibilidad de la “enajenación de los baldíos” (Art. 13.30), ya que antes, sólo excepcionalmente en la Constitución de 1901 se había establecido la posibilidad de que los mismos pudieran ser “adjudicados” (Art. 6.29). Por tanto, conforme a dicha orientación constitucional, la Ley de 1909 reguló

ampliamente la venta de tierras baldías (Art. 16 y ss.), así como su adjudicación gratuita (Arts. 41 y ss.) con las debidas preferencias (Arts. 60 y ss.).

La Ley recogió el mismo principio antes mencionado, de saneamiento respecto de “la propiedad de tierras baldías *adquirida legítimamente* hasta la fecha de la publicación de la presente ley” (Art. 81), y que había sido prevista también en la Ley anterior de 1904. Sin embargo, limitó la posibilidad de intentar la acción correspondiente por diferencias de cabida, por prescripción de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 1.447 del Código Civil de 1904.

La Ley de 1909, por otra parte, agregó otra innovación de gran importancia al régimen de los baldíos, al eliminar el carácter inalienable de los baldíos playeros (eliminación que sólo tuvo una vigencia de diez meses, pues se restableció en la Ley de 1910) que tradicionalmente se había establecido desde el decreto de 1865, y limitó los casos de inalienabilidad de baldíos sólo a los siguientes supuestos (Art. 12):

- “1º Los terrenos baldíos cuya conservación sea conveniente por razones de *utilidad pública*, especialmente, con el objeto de conservar o aumentar las fuentes y manantiales, los cuales se regirán por leyes especiales.
- 2º Los que se determinen para Ejidos Municipales por esta misma ley.
- 3º Los que el Ejecutivo Federal resolviere dejar para la colonización por medio de inmigrantes extranjeros o para la reducción de indígenas en los Estados y Territorios en donde aún los hay incivilizados, adjudicándoles gratuitamente a cada familia que se establezca, cinco hectáreas con sólo el hecho de la Resolución respectiva que le servirá de título de propiedad.
- 4 Las tierras baldías que estén a inmediaciones de las *salinas hasta dos y medio kilómetros*”.

En estos casos de baldíos declarados como inalienables, podía concluirse en que ello implicaba su imprescriptibilidad. En efecto, si conforme al Código Civil de 1904, no producía “efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse” (Art. 677), era evidente que estos baldíos declarados inalienables no podían adquirirse por prescripción, pues la propiedad de ellos no podía adquirirse.

Las leyes de 27 de junio de 1910, de 11 de julio de 1911, 4 de julio de 1912, 30 de junio de 1915 y 24 de junio de 1918 siguieron, en términos generales, la misma orientación de la Ley de 1909. Durante este período, sin embargo, se dictaron diversas normas de interés en cuanto a la inalienabilidad de ciertos baldíos.

La Ley de 1910, al definir los baldíos no enajenables, agregó el siguiente caso (Art. 12):

- “4. Las tierras que estén a inmediaciones de las salinas hasta dos y medio kilómetros, a las orillas del mar hasta quinientos metros, a las riberas de los lagos o ríos navegables de primero y segundo orden hasta doscientos metros y de los otros no navegables de orden inferior hasta veinticinco metros de distancia”.

Esta norma, con variaciones menores, fue mantenida en la legislación de Tierras Baldías hasta la ley de 1936; permaneciendo invariable la referencia a la inalienabilidad de *los baldíos situados en las orillas del mar hasta quinientos metros*.

Por decreto de 22 de octubre de 1913, además, se dispuso que “los terrenos baldíos existentes en las islas marítimas, fluviales y lacustres pertenecientes a la República, *no podrán ser enajenados en ninguna forma*” (Art. 1); norma que adquirió rango legal a partir de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, de 30 de junio de 1915, agregándose en ese caso a la inalienabilidad, la imprescriptibilidad. En efecto, el artículo 11.5, al declarar que dichos baldíos no eran enajenables, estableció lo siguiente:

- “5. Las tierras baldías existentes en las islas marítimas, fluviales y lacustres, cuyo aprovechamiento hará el Ejecutivo Federal en forma que *no envuelva directa ni indirectamente el transferimiento del dominio ni de la propiedad de la tierra*”.

Esta norma no sólo declaró la inalienabilidad de las tierras baldías situadas en islas, sino que precisó que su aprovechamiento sólo lo podía hacer el Ejecutivo Nacional en forma que “*no envuelva directa ni indirectamente el transferimiento del dominio ni de la propiedad de la tierra*”, lo que equivale a desconocer la prescripción como forma de adquirir la propiedad de estas tierras baldías. Esta norma se repitió

con esa misma redacción en las leyes posteriores hasta la de 24 de junio de 1918.

Por otra parte, en la Constitución de 1914 la norma adquirió rango constitucional al establecerse en el párrafo único del artículo 19.28, lo siguiente:

“Las tierras baldías podrán ser enajenadas conforme a la Ley; se exceptúan los baldíos existentes en las islas marítimas, fluviales y lacustres, cuyo aprovechamiento hará el Ejecutivo Nacional en forma que no envuelva directa ni indirectamente el transferimiento del dominio ni de la propiedad de la tierra”.

Esta norma constitucional, recogida, como se dijo, en las leyes de 1915 a 1918, le dio rango constitucional tanto a la inalienabilidad como a la imprescriptibilidad de las tierras baldías situadas en islas, al prohibir todo aprovechamiento que directa o indirectamente implicase el transferimiento del dominio de la propiedad de la tierra. Con ello se estableció constitucionalmente que los terrenos baldíos situados en islas no podían salir del patrimonio del Estado, por lo que, por supuesto no podían ser adquiridos por prescripción por los particulares.

Esta norma constitucional fue invariablemente establecida en todos los textos constitucionales posteriores: 1922 (único del Art. 19.28); 1925 (Art. 15.18); 1928 (Art. 15.18); 1929 (Art. 15.18); 1931 (Art. 15.18); 1936 (Art. 15.18); 1945 (Art. 15.18); 1947 (Art. 137.12); 1953 (Art. 60.17); 1961 (Art. 136.10), y 1999 (Art. 13).

En esta forma, frente a la prescriptibilidad general de las tierras baldías establecida en forma expresa en la legislación especial a partir de la Ley de 1909, la Constitución de 1914 (y todos los textos constitucionales posteriores) así como la Ley de 1915 hasta el texto de 1918, adoptaron expresamente el principio de la inalienabilidad e imprescriptibilidad sólo de las tierras baldías situadas en las islas marítimas, lacustres y fluviales.

La ley de 1912, siguiendo el principio de las leyes anteriores, estableció lo siguiente:

“Artículo 109. Las concesiones de tierras baldías, adquiridas legítimamente hasta la fecha de la publicación de la presente Ley, con la aprobación del Gobierno Nacional, quedan firmes y ratificadas, y no podrán ser objeto de reclamación por parte de la Nación ni de los Estados”.

Este saneamiento, tal como surge del propio texto, al contrario de las normas de la Ley de 1904, se limitó exclusivamente a las adquisiciones legítimas efectuadas *con la aprobación del Gobierno Nacional*, por lo que podía interpretarse que las adquisiciones de tierras baldías reconocidas y ratificadas por el mismo, eran las otorgadas en venta o adjudicación gratuita por el Ejecutivo Nacional.

Esta norma de saneamiento legal permaneció con esta redacción en las leyes posteriores de 1915, 1918, 1919, 1924, 1925, 1931 y en la Ley vigente de 1936 (Art. 177). En tal sentido, aun cuando a partir de la Ley de 1909 se había admitido expresamente, en general, la prescriptibilidad de las tierras baldías, tres años después, en 1912 el legislador no reconoció ni ratificó expresamente las adquisiciones por prescripción que hubiesen podido efectuarse en ese breve lapso (1909 a 1912).

La Ley de 27 de junio de 1919, por otra parte, introdujo una serie de innovaciones en la regulación sobre tierras baldías, reforzando entre otros aspectos a la vez, la posibilidad de prescriptibilidad de los baldíos y la imprescriptibilidad de algunos de ellos.

El artículo 1º de la Ley de 1919, recogiendo la noción del Código Civil, en efecto, se limitó a señalar que:

“Artículo 1. Son baldíos todos los terrenos que estando dentro de los límites de la República no sean propiedad particular, ni ejidos, ni pertenezcan legítimamente a corporaciones o personas jurídicas.”

La norma de la Ley de 1919 eliminó la expresión tradicional establecida en las leyes anteriores (de 1909, 1910, 1911, 1912, 1915 y 1918), y que excluía de la calificación de baldíos, los terrenos que habían sido *“adquiridos legítimamente por particulares o personas jurídicas capaces de obtener propiedades en el país”*. En la Ley de 1919 no se calificó la adquisición de la propiedad por los particulares para la definición de baldíos, sino pura y simplemente se estableció que eran baldíos los terrenos que *“no sean propiedad particular”*.

La Ley de 1919, por otra parte, fue aún más precisa que las leyes posteriores a la de 1909 en admitir y regular la posibilidad de adquisición por prescripción de las tierras baldías. El régimen en esta materia, quedó regulado como sigue:

La Ley Orgánica de la Hacienda Nacional de 1918 (Art. 25), había establecido expresamente que la propiedad y derechos reales sobre bienes nacionales podían ser adquiridos por prescripción. El tiempo necesario para prescribir era de 20 años cuando existieran justo título y buena fe, y de 50 años cuando faltaren estos requisitos. Esta norma se mantuvo invariablemente en todas las leyes posteriores hasta la vigente.

Por otra parte, la Ley de 1919 expresamente estableció que el Ejecutivo Nacional no podía intentar las acciones de reivindicación (Art. 10) "contra los poseedores de tierras que por sí o sus causantes hayan estado gozándolas *con carácter de propietarios* desde antes de la Ley de 10 de abril de 1848". En estos casos, agregaba la Ley, el poseedor podía alegar la prescripción que le favoreciera (Art. 10).

La norma pretendía establecer un supuesto de posesión inmemorial (71 años) respecto de quienes estuviesen poseyendo tierras desde antes de 1848, con carácter de propietarios. La norma, sin embargo, no era congruente pues poseer una tierra y gozarla "con carácter de propietario" desde antes de 1848, sólo podía ser posible con posterioridad a dicha ley para los que hubiesen adquirido formalmente la propiedad de las tierras conforme a las normas de los artículos 16 y 17 de la Ley de 1848, en los lapsos allí previstos, vencidos los cuales, expresamente se consideraba a los terrenos ocupados y poseídos como *propiedad de la República*. Y si esto fue así, mal podía un poseedor seguir poseyendo la tierra "con carácter de propietario".

Por ello, la primera parte del artículo 10 de la Ley de 1919, repetida en todas las leyes posteriores hasta la vigente de 1936 (Art. 11), aparentemente no podría aplicarse, por ser imposible el supuesto que contempló. Si un poseedor había adquirido la propiedad de la tierra baldía conforme a la Ley de 1848, el bien había dejado de ser baldío desde esa fecha y el particular podía ser considerado como legítimo propietario "con la aprobación del Gobierno Nacional", en cuyo caso no tenía sentido hablar de la posibilidad de la acción reivindicatoria. Por otra parte, si la intención del legislador de 1919, y de las leyes posteriores, fue sanear definitivamente las adquisiciones de tierras baldías efectuadas conforme a la Ley de 1848, ello era innecesario.

La Ley de 1919 estableció, además, como principio general, que en todo caso, el poseedor, aun cuando su posesión datare de fecha posterior a la de dicha ley de 1848), podía "alegar la prescripción que

le favorezca, y no se ordenará la iniciación de ningún juicio de reivindicación cuando sea evidente que prosperaría la excepción de prescripción" (Art. 10). En esta forma se estableció de nuevo en la Ley, la posibilidad general de prescripción de las tierras baldías, lo cual se repitió invariablemente en todas las leyes posteriores hasta la ley vigente de 1936 (Art. 11).

Sin embargo, para que la posesión surtiera efectos a los fines de la prescripción, las tierras baldías sobre las cuales podía alegarse usucapión tenían que ser sólo *aquellas que podían ser adquiridas en propiedad mediante enajenación* (se excluía de ello, por tanto, a los baldíos playeros y de islas). Esto surgió, en 1919, y en la legislación actual, por la concatenación de las normas, tanto de la Ley de Tierras Baldías, como del Código Civil.

La Ley de 1919, en efecto, paralelamente al reconocimiento general de la posibilidad de usucapión de los baldíos, como contrapartida, introdujo una norma de gran interés, y fue la del artículo 52, en la cual se dispuso que "es lícita la ocupación de terrenos baldíos cuando no sean de los inalienables que se enumeran en el artículo 12"; norma que se repitió en todas las leyes posteriores y en la vigente de 1936 (Art. 145). Mediante ella se estableció *que la ocupación de baldíos declarados como inalienables se consideraba ilícita*.

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 766 del Código Civil de 1916, no producía "efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse"; norma que se repitió en los Códigos Civiles posteriores de 1922 (Art. 766) y de 1942 (Art. 778).

Por tanto, si la ocupación de terrenos baldíos inalienables *era legalmente ilícita*, y la posesión no producía efectos jurídicos cuando se refería a "cosas cuya propiedad no puede adquirirse", era evidente que la posesión sobre tierras baldías inalienables no sólo no surtía efectos sino que era ilícita. Y si ello es así, por supuesto que la posesión ineficaz e ilícita no podía dar lugar a la usucapión.

Ahora bien, la prescripción, tal como lo precisa el Código Civil, es un medio de adquirir un derecho por el tiempo (Art. 2.024 del CC 1916; Art. 2.024 del CC 1922, y Art. 1.952 del CC de 1942); y "para adquirir por prescripción se necesita posesión legítima" (Art. 2.025 del CC 1916, Art. 2.025 del CC 1922; Art. 1.953 del CC de 1942). En cambio, una posesión ilícita e ineficaz como la que podía ejercerse

sobre terrenos baldíos inalienables, no podía llegar a ser posesión legítima y nunca debía dar origen a la usucapión. Por ello, precisamente, fue que las propias leyes de tierras baldías, desde la de 1919 hasta la de 1931, establecieron que la sola "ocupación *no constituye título de propiedad ni le atribuye al ocupante el carácter de poseedor legítimo del terreno*, pero sí produce en su favor los efectos que indica esta ley y los que establezcan otras leyes especiales" (Art. 53); entre los cuales estaba la defensa de las bienhechurías y la preferencia en la adjudicación gratuita.

A partir de la Ley de 1931, y en la Ley vigente de Baldíos se eliminó la expresión general de que la ocupación de tierras baldías no constituía "posesión legítima" y al contrario se limitó a prever que los efectos de la ocupación de tierras baldías eran sólo los establecidos en la propia ley y en las otras leyes especiales (Art. 86 de la Ley de 1931, y Art. 146 de la Ley de 1936).

Por último, debe también recordarse que el Código Civil expresamente establece que "la prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio" (Art. 2.031 del CC 1916; Art. 2.031 del CC 1922 y Art. 1.959 del CC 1942); y entre las cosas que están fuera del comercio, están aquellas cuya propiedad no puede transmitirse en forma alguna. Estos serían, por ejemplo, los bienes del dominio público que se declaran inalienables (Art. 543 CC), y cualesquiera otros bienes declarados constitucional o legalmente como inalienables. Por ejemplo, las tierras baldías situadas en islas, conforme al Art. 136.10 de la Constitución de 1961 y artículo 13 de la Constitución de 1999), podían aprovecharse con autorización pública, siempre que ello "no envuelva, *directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra*". Con ello se está señalando que los baldíos situados en islas son inalienables, y su propiedad no puede transferirse en forma alguna del Estado a otro sujeto de derecho. Esta inalienabilidad implica, sin duda, imprescriptibilidad.

El régimen establecido en las leyes de 1924, 1925, 1931 y en la vigente de 1936, siguió la misma orientación del texto de 1919, con algunas variaciones en materia de inalienabilidad de los baldíos playeros y de islas.

IX. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS EN LA LEY DE 1936

En cuanto a la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 19 de agosto de 1936, aún vigente, su contenido general y concepción responde a la evolución anteriormente reseñada.

1. *La definición de los baldíos y su titularidad*

De acuerdo con el artículo 1 de la ley

“Son baldíos todos los terrenos que, estando dentro de los límites de la República, no sean ejidos ni propiedad particular ni pertenezcan legítimamente a corporaciones o personas jurídicas”.

Esta disposición está en conformidad con lo que establecía el Art. 520 del Código Civil de 1922 y con lo previsto en el Código Civil de 1942:

“Artículo 542. Todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación, si su ubicación fuere en el Distrito Federal o en Territorios o Dependencias Federales; y al dominio privado de los Estados si fuere en éstos”.

Esta norma se repitió en el artículo 2 de la Ley de 1936.

2. *La prescriptibilidad de los baldíos y sus limitaciones*

La Ley de 1936, por otra parte, recogió las normas de las leyes anteriores establecidas desde la Ley de 1919, sobre la posibilidad de adquisición por prescripción de las tierras baldías.

En primer lugar, estableció (Art. 11) que “no podrán intentarse las acciones a que se refiere el artículo anterior (reivindicación de baldíos) contra los poseedores de tierras que por sí o por sus causantes hayan estado gozándolas *con cualidad de propietarios* desde antes de la Ley de 10 de abril de 1848 (Art. 11). Este supuesto, evidentemente que no podía tener aplicación real, pues si los poseedores que venían poseyendo por tiempo inmemorial las tierras desde antes de 1848, no tenían título de propiedad antes de esa fecha, para adquirir la propiedad de las tierras baldías debían haberse acogido a lo previsto en

dicha ley en los lapsos prescritos, vencidos los cuales los inmuebles se considerarían "propiedad de la República"; y sucedido esto, mal podría entonces, con posterioridad, poseerse dichos inmuebles "gozándolos con calidad de propietario".

En segundo lugar, la Ley de 1936 señaló que "en todos los casos el poseedor, aunque su posesión datare de fecha posterior a la dicha ley (1848), puede alegar la prescripción que le favorezca, y no se ordenará la iniciación de ningún proceso de reivindicación cuando haya evidencia de que si se invocara la excepción de prescripción, ésta prosperaría" (Art. 11).

Por supuesto, la prescripción, en estos casos, sólo podía invocarse respecto de los baldíos cuya propiedad podía adquirirse, tal como lo señalaba el Art. 766 del CC de 1922 "no produce efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse". Por tanto, respecto de los baldíos declarados como inalienables en la Ley y en la Constitución, como es el caso de los baldíos playeros y los baldíos existentes en las islas, y cuya propiedad no podía adquirirse por particulares, o en otras palabras, cuya propiedad no podía salir de los entes públicos titulares de la misma, no podía alegarse la prescripción adquisitiva, pues respecto de ellos, la posesión no surtía efectos.

Por otra parte, la propia Ley de 1936, siguiendo la orientación de las leyes anteriores, establecía que sólo era "lícita la ocupación de terrenos baldíos cuando no sean de los inalienables que se enumeran en el Art. 13" (Art. 145); y que en los casos de ocupación lícita, ésta "produce en favor del ocupante los efectos que indica *esta ley*, y los que establezcan las otras leyes especiales" (Art. 146). La ocupación lícita originaba la prescripción excepto que se tratase de baldíos inalienables, respecto de los cuales, la ocupación lícita no podía realmente servir de base para la prescripción prevista en el Código Civil, pues conforme a éste (Art. 522 del CC de 1922 y Art. 544 del CC de 1942), "las disposiciones de este Código se aplicarán también (a los bienes patrimoniales) a los bienes del dominio privado, *en cuanto no se opongan a las leyes especiales que les conciernen*" y sería oponerse a lo previsto en la ley especial darle a la ocupación y subsiguiente posesión de tierras baldías playeras o isleñas un efecto distinto al específico y terminantemente previsto en la ley especial y otras leyes especiales (Art. 146).

3. *La enajenabilidad de las tierras baldías*

Con excepción de los baldíos que la ley declaró como inalienables (básicamente los playeros y los situados en las islas), conforme a la orientación constitucional y de toda la legislación anterior, la Ley de 1936 estableció la posibilidad general de que las tierras baldías eran susceptibles de enajenación, venta y adjudicación de acuerdo con las previsiones de la ley (Arts. 16 y ss.), así como su adjudicación gratuita (Arts. 78 y ss.).

4. *El saneamiento respecto de las adquisiciones de baldíos*

La Ley de 1936, siguiendo la orientación de las leyes anteriores, también reconoció que “quedarán firmes y ratificadas y no podrán ser objeto de reclamaciones por parte de la Nación y de los Estados”, “las concesiones de tierras baldías *adquiridas legítimamente* hasta la fecha de la publicación de la presente ley, *con la aprobación del Gobierno Nacional*” (Art. 177).

Este saneamiento abarcaba, por supuesto, sólo las adquisiciones de propiedad de tierras baldías mediante compra o adjudicación gratuita, efectuada legítimamente, con la aprobación del Ejecutivo Nacional. No se reconocían en la norma las usucapiones de tierras baldías.

APRECIACIÓN FINAL

Desde los tiempos de la colonia, los bienes que pertenecían a la Corona como bienes realengos eran esencialmente enajenables y prescriptibles, y ese régimen pasó a la época republicana, cuando se dictaron las primeras leyes en la materia desde 1821, y luego cuando se sancionó la primera regulación propiamente venezolana en materia de tierras baldías, contenida en la Ley de Tierras Baldías de 1848.

Con esta Ley, puede decirse que se regularizó la situación de los baldíos, reconociendo el derecho de aquellos particulares que ejercían la posesión de los mismos y que podían alegar respecto de ellos la usucapión, mediante la cual podían convertirse en propietarios legítimos de las tierras. La Ley de 1848 otorgó un lapso a los ocupantes y poseedores para hacer valer sus derechos, y estableció que vencido

dichos lapsos sin que se ejercieran los derechos que ella otorgaba, los terrenos se considerarían propiedad de la República.

La Ley de 1848, por otra parte, estableció el régimen de enajenabilidad de los baldíos, al regular la forma de adquirir la propiedad de los mismos por particulares, circunscrita a actos formales del Estado de otorgamiento de títulos o venta. La Ley no hizo referencia expresa y tampoco excluyó expresamente la posibilidad de adquisición por prescripción de baldíos. Si bien de esta ausencia de regulación podía interpretarse que no cabía la usucapión de baldíos³⁴⁹, sin embargo, la posibilidad de la adquisición de las tierras baldías por prescripción se estableció expresamente en el Código Civil de 1867.

En las leyes posteriores de 1882, 1894, 1896 y 1900 continuó regulándose la posibilidad de enajenación de baldíos a los particulares, y asimismo, continuó sin regularse en la Ley de tierras baldías la posibilidad de prescriptibilidad de los baldíos. Las leyes, sin embargo, si regularon la forma cómo los poseedores de buena fe podían adquirir la propiedad de las tierras baldías, y cómo a los poseedores con justo título debía ratificárseles la propiedad por documento registrado. En esta forma se reconocieron los derechos de los poseedores a obtener del Estado los títulos respectivos o a que el Estado les reconociera la propiedad.

La imprescriptibilidad expresa de las tierras baldías, en realidad, sólo fue establecida en general en la Ley de 1904, al preverse las formas precisas y especiales de adquirirse la propiedad de los baldíos, con exclusión de cualquier otra, incluso de la usucapión. En esa Ley, sin embargo, se reconocieron las adquisiciones de baldíos efectuadas con anterioridad por particulares, reconocimiento que sólo se refirió a las adquisiciones legítimas, es decir, hechas conforme a la ley; las cuales no procedían respecto de baldíos inalienables, como los playeros. Puede decirse entonces, en forma indubitable, que sólo fue durante cinco años en el período 1904 a 1909, que la legislación especial declaró la imprescriptibilidad de las tierras baldías. Con excepción de esa declaratoria general, desde 1865 sólo se estableció la inalienabilidad de los baldíos playeros y luego de los baldíos insulares, lo que conllevaba a su imprescriptibilidad.

349 Allan R. Brewer-Carías, "Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías", *cit.*, p. 107

La Ley de 1909, tal como se señaló, además de regular ampliamente la posibilidad de la adquisición de baldíos por venta o adjudicación, en cambio, reconoció expresamente la posibilidad de adquirir la propiedad de los baldíos por prescripción, y además, eliminó el régimen de la inalienabilidad de los baldíos playeros, lo que se restableció posteriormente, en 1913. El régimen de la Ley de 1909 se recogió básicamente en las leyes posteriores, incluyendo la de 1936, en la cual, además, se reguló a los ejidos; régimen que se completó con las regulaciones de la Ley Orgánica de Hacienda a partir de 1918, en la que se admitió la posibilidad de adquisición por prescripción de los bienes patrimoniales del Estado, incluyendo los baldíos.

Por tanto, las tierras baldías, con la sola excepción de los baldíos playeros, de los situados en islas y otros específicos vinculados al tema de los recursos naturales forestales y de aguas que desde el Siglo XIX fueron declarados inalienables, puede decirse que siempre han podido ser enajenadas por el Estado de acuerdo con las previsiones establecidas, tanto en la legislación especial sobre las mismas, como en los Códigos Civiles y las leyes de Hacienda Pública (bienes nacionales).

Es decir, desde siempre, desde la época colonial y en particular, desde la primera regulación legal en la materia de Venezuela de 1848 en adelante hasta 1960 (Ley de Reforma Agraria), las tierras baldías pudieron ser enajenadas a particulares y adquiridas en propiedad por estos, por lo que el origen de la tradición legal de la propiedad privada de tierras rurales en Venezuela puede legalmente fijarse en cualquier año hasta 1960. A partir de esa fecha, como se dijo, Ley de Reforma Agraria estableció que no podían enajenarse, gravarse ni arrendarse las tierras afectadas a la reforma agraria, entre las cuales estaban las tierras baldías; limitación que, sin embargo, no fue absoluta, pues quedaba a salvo el "que el Ejecutivo Nacional lo [autorizase] por ser necesarias para otros fines de utilidad pública o social" (Art. 15).

En consecuencia, hasta 1960 las tierras baldías (con las excepciones mencionadas de baldíos playeros, insulares y otros) podían ser enajenadas por el Estado y adquiridas por los particulares, por lo que el origen de la propiedad rural y de la titulación podría ser cualquier año antes de 1960.

En cuanto a la posibilidad de adquisición por prescripción de tierras baldías, a pesar de su no regulación expresa en la Ley de 1848 y de las interpretaciones que ello podía originar, dicha posibilidad se estableció en las regulaciones del Código Civil desde 1867 y en las regulaciones de la Ley Orgánica de Hacienda desde 1918, respecto de los bienes patrimoniales del Estado, y luego, expresamente, a partir de la Ley de Tierras Baldías de 1909. Sólo fue durante la vigencia de la Ley de Tierras Baldías de 1904 (1904-1909) que en la legislación venezolana se estableció la imprescriptibilidad de baldíos.

Por tanto, la exigencia que el Instituto Nacional de Tierras ha venido haciendo a los propietarios de fincas rurales sobre la necesidad de presentación de una tradición legal de la propiedad desde antes de 1848, no tiene asidero jurídico alguno. Esa exigencia parecería derivarse de la incorrecta asunción de que las tierras baldías supuestamente habrían sido siempre bienes inalienables e imprescriptibles (es decir, materialmente del dominio público) desde esa fecha de 1848, lo cual no es cierto.

No existe en el ordenamiento jurídico venezolano, presunción legal (Art. 1.395 C.C.) alguna que establezca que todas las tierras rurales serían baldías, siempre que no se demuestre una tradición legal de la propiedad privada desde de antes de 1848. En realidad, la presunción legal que existe en el ordenamiento civil venezolano es que se presume propietario de un inmueble a quien tenga título de propiedad registrado sobre el mismo (el título suficiente a que se refiere la Ley de Tierras), y quien pretenda derechos sobre el mismo, incluyendo el Estado, debe demandar su reivindicación probando la propiedad.

§ 11. EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS EN VENEZUELA. EFECTOS DE SU DECLARATORIA GENERAL Y CONSTITUCIONAL COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO*

I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

El artículo 304 de la Constitución dispone que “todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo”³⁵⁰, encomendando al Legislador el establecimiento de “las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio”.

Esta declaración general de todas las aguas como del dominio público³⁵¹, sin duda, es de suma importancia, pues con ello se modifi-

* Ponencia preparada para el Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México (UNAM), México, 7 de junio de 2006. Publicado en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (Coord), *Régimen jurídico del agua. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 33-86

350 Esto lo había resumido en una frase, con la finura del poeta, Carlos Augusto León, al señalar que en una gota de agua “está casi toda la vida”, V., *En una nota de agua*, Caracas, 1975.

351 Se incorporó a la Constitución, en esta forma, el principio que se había definido y propuesto en los estudios de la Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos en los años setenta, y en el proyecto de Ley de Agua elaborado en la misma época. V., Allan R. Brewer-Carías, “La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el derecho venezolano”, en *Revista*

có sustancialmente el régimen anterior que conforme al Código Civil distinguía entre aguas del dominio público y aguas susceptibles de propiedad privada. Sin embargo, en la práctica y en sus efectos jurídicos esta “nacionalización” de las aguas es más uno de aquellos molinos de viento convertido en “gigante desaforado”, como los vio el Quijote³⁵², que una realidad.

En el Código, en efecto, sólo había una declaratoria general de que los ríos, lagos y demás bienes semejantes son del dominio público, permitiendo tanto la existencia de aguas de propiedad privada como la apropiabilidad *ex lege* de aguas públicas. Con la Constitución de 1999, por tanto, se inicia la reforma del régimen de las aguas en Venezuela, la cual sin embargo, se había venido planteando desde hacía varias décadas³⁵³.

de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, n° 3-4, XXIII, Montevideo, 1975, pp. 157 a 167. Además, V., Allan R. Brewer-Carías Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 45 a 91 y 147 a 154. Para la elaboración de este trabajo hemos partido de lo que en su momento expusimos en dichas páginas, debidamente actualizadas.

- 352 En su grito de lucha el Quijote dijo: “Treinta o pocos más desaforados gigantes con quienes pienso hacer batalla... no fuyades, cobardes y viles criaturas, que un solo caballero es el que os acomete”. Miguel de Cervantes, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, (Comentado por Diego Clemencia), Madrid, 1833, Parte I, Tomo I, pp. 171 y 172.
- 353 La reforma del régimen de las aguas en nuestro país, no ha sido una tarea improvisada, y el Proyecto de Ley de Aguas elaborado en la Comisión del Plan Nacional para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, no fue producto del apresuramiento. Desde 1967, en un trabajo conjunto entre el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y Coplanarh, se elaboraron las “Bases para un estudio sobre el régimen legal de las aguas en Venezuela”, y como resultado de ello, se publicaron siete volúmenes de estudios relativos a dicho régimen, como antecedentes al Proyecto de Ley de Aguas. V., Instituto de Derecho Público y Coplanarh: *Bases para un Estudio sobre el Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Primera Parte, *Evolución Histórica*, (Publicación n° 11), 166 pp., sep. 1969; Segunda Parte, *Antecedentes Legislativos* (Publicación n° 13), 747 pp., dic. 1969; Tercera Parte, *Ordenación Sistemática de la Legislación Vigente*, Vol. I y Vol. II (Publicación n° 23), 666 pp., oct. 1970; Cuarta Parte, *Doctrina Administrativa y Jurisprudencia*, (Publicación n° 24), 178 pp., oct. 1970; Quinta Parte, *La Aplicación del Régimen Legal: Usos, costumbres, prácticas administrativas*, (Publicación n° 25), 114 pp., abril 1975; y Sexta Parte, *Bibliografía sobre Aspectos Jurídicos* (Publicación n° 26), 180 pp., nov. 1970.

Debe señalarse, además, que en materia de aguas, la Constitución reservó en forma exclusiva al Poder Nacional (federal) la competencia en materia de conservación, fomento y aprovechamiento de “los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país”³⁵⁴ (Art. 156,16); y de políticas *nacionales* y legislación en materia de ambiente³⁵⁵, aguas³⁵⁶, y ordenación del territorio³⁵⁷; lo que sin embargo no excluye la posibilidad de políticas estatales y municipales en la materia (Art. 156,23)

En cuanto a los Municipios, en materias relacionadas con las aguas el artículo 178,6 de la Constitución les atribuyó competencia en materia de dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, en particular, los servicios de agua potable, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas.

Ahora bien, uno de los postulados más importantes del artículo 304 de la Constitución, además de la declaratoria general del dominio público de todas las aguas, y del reconocimiento de la importancia del agua para la vida, es la incorporación en la Constitución de un principio cardinal en materia de aguas, y es el de la unidad del ciclo hidrológico.

354 V., *Ley Forestal, de Suelos y Aguas*, 30-12-65. (G.O. Extra. n° 1.004 de 26-01-1966); *Ley de Abonos y demás Agentes Susceptibles de Operar una Acción Beneficiosa en Plantas, Animales, Suelos o Aguas* de 15-07-1964. (G.O. n° 27.498 de 23-07-1964); *Ley de Vigilancia para impedir la Contaminación de las Aguas por el Petróleo*, (G.O. n° 19.426 de 25-11-1937); *Ley Aprobatoria del Protocolo de 1992 que Enmienda el Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos*, de 1969 (G.O. n° 36.457 de 20-05-1998); *Ley Aprobatoria del Convenio sobre Responsabilidad y daños por contaminación de Hidrocarburos* (G.O. n° 4.340 de 28-11-1991).

355 V., *Ley Orgánica del Ambiente*, (G.O. n° 31.004 de 16-06-1976); *Ley de Diversidad Biológica*, G.O. n° 5.468 Extraordinario de 24-05-2000.

356 V., *Ley Forestal, de Suelos y Aguas*, 30-12-65. (G.O. n° Extra. 1.004 de 26-01-1966); *Ley de Abonos y demás agentes susceptibles de operar una Acción Beneficiosa en Plantas, Animales, Suelos o Aguas* de 15-07-1964. (G.O. n° 27.498 de 23-07-1964); *Ley de Vigilancia para impedir la Contaminación de las Aguas por el Petróleo*, (G.O. n° 19.426 de 25-11-1937).

357 *Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio*. (G.O. n° 38.279 de 23-09-2005); *Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional*, (G.O. n° 37.002 de 28-07-2000).

El agua toda en efecto, es una, de manera que sea cual fuere se procedencia, el estado en que se encuentre: sólido, líquido o gaseoso, o su ubicación, está en íntima relación e interacción. La precipitación, el escurrimiento, la infiltración, la evaporación y la evapotranspiración conforman una realidad que el ordenamiento jurídico no puede ignorar³⁵⁸, y que ahora recoge la Constitución.

Este principio constitucional conlleva tres consecuencia centrales: la necesidad de una autoridad única de las aguas, que debe consolidarse en el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; y la necesidad de que jurídicamente no se diferencien las aguas según su estado: superficiales, subterráneas, aptas o no para la navegación, dulces, salobres, saladas o mineralizadas, como tampoco las aguas termales y la de los manantiales; y la necesidad de que haya un único régimen de aprovechamiento, protección y control.

La base para ello está, en todo caso, con la declaratoria de las aguas como del dominio público, o en otras palabras, con la declaratoria de todas las aguas como bienes que pertenecen a la Nación (ni siquiera del Estado), se está precisando que las mismas, al ser de todos, no son susceptibles de propiedad privada³⁵⁹; que por tanto, están fuera del comercio, porque están afectadas al uso público, de todos, de la comunidad; y que, en consecuencia, son inalienables, imprescriptibles, inembargables, y de aprovechamiento regulado y controlado.

Por supuesto, hablar de declaratoria general de las aguas como del dominio público exige señalar, para disipar dudas, que los bienes del dominio público no constituyen, en sentido estricto, una "propiedad" del Estado. Como lo ha dicho la antigua Corte Suprema de Justicia:

358 Como el mismo Carlos Augusto León lo ha resumido: "Una gota de agua que sube hasta las nubes y que vuelve a la tierra", *op. cit.*, p. IX.

359 V., la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político- Administrativa de 17-2-70 en *Gaceta Oficial*, nº 29.180, de 2-4-70, pp. 217-953. V., también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas 1976, Tomo II, p. 513.

“Tal dominio público está caracterizado por el uso público a que están destinados dichos bienes, por lo que el Estado (personificación de la Nación) no puede distraer dichos bienes de ese uso público, como pudiera hacerlo con los bienes de su dominio privado. Por lo tanto - concluye la Corte-, el Estado, atendiendo a ese dominio público, no puede pretender sobre los mencionados bienes, el derecho de propiedad que con todos sus atributos consagra el Derecho Civil sobre las cosas sujetas a la propiedad privada”.³⁶⁰

Con base en ello, la misma Corte Suprema ha puntualizado que si algo caracteriza a los bienes del dominio público es que su “uso y disfrute deben, en principio, ser mantenidos al alcance de todos los individuos que integran la colectividad”.³⁶¹

Por tanto, el sentido de una declaratoria general de las aguas como bienes del dominio público, de uso público, que trae la Constitución, y sin entrar a la discusión, por demás bizantina, sobre la naturaleza del dominio público como derecho de propiedad, es el de situar a las aguas fuera del ámbito de los bienes susceptibles de propiedad privada, mediante su afectación legal al uso público; y no el de atribuir al Estado una propiedad sobre las aguas en el sentido civilista. Esta declaratoria de las aguas como del dominio público, se insiste, no representa un simple cambio de titularidad de la propiedad de determinados bienes de los particulares en favor del Estado, sino la afectación al uso público de las aguas, para asegurar que su explotación y aprovechamiento esté dirigido primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos.

Como lo dijo hace años Sebastián Martín Retortillo, esa declaratoria general de las aguas como del dominio público es “la única forma que, de modo absoluto, otorga al Estado título suficiente y bastan-

360 V., la Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 8-2-38 en *Memoria* 1939, pp. 431 a 435. V., también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo II, p. 519.

361 V., la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 19-10-64 en *Gaceta Forense*, n° 46, pp. 28 a 32. F. también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo II, p. 527.

te para intervenir de modo eficaz en su explotación".³⁶² . Por lo demás, en cuanto a los derechos particulares que pueda afectar, en realidad como veremos, o tal afectación está dentro de las atribuciones normales de la Administración, como podrían ser las regularizaciones del uso de las aguas que ya son del dominio público; o no son tales afectaciones, pues aun cuando se hayan declarado como del dominio público aguas que venían siendo de propiedad privada, se puede prever en la legislación, la consolidación de los aprovechamientos que se venían realizando, sea mediante la identificación de nuevos usos individualizados, sea mediante la conversión automática de derechos dominicales en derechos de uso y aprovechamiento.

Ahora bien, frente a la declaratoria constitucional de todas las aguas como bienes del dominio público, antes de analizar sus consecuencias e implicaciones, estimamos necesario precisar los rasgos generales del régimen que estaba vigente hasta el 30 de diciembre de 1999, relativo a la titularidad de las aguas, y que ha quedado tácitamente derogado por la Constitución.

II. LOS RASGOS GENERALES DEL RÉGIMEN PRECONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS HASTA 1999

1. *La evolución del régimen de las aguas en Venezuela*

El Código Civil, en efecto, distingue dos tipos de aguas sometidas a distintos regímenes jurídicos: por una parte, aguas que son del dominio público; y por la otra, utilizando la expresión de la Corte Suprema, "aguas corrientes que pueden no ser del dominio público y por ende susceptibles del dominio privado".³⁶³ Del análisis del Código Civil, por tanto, no había dudas en considerar que había tanto aguas públicas como aguas de propiedad privada.

Sin embargo, esta situación jurídica de dualidad de dominio, no siempre fue así.

362 V., S. Martín Retortillo, "Sobre la reforma de la Ley de Aguas", en su libro, *Aguas Públicas y Obras Hidráulicas*, Madrid, 1966, p. 194.

363 V., la Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 8-2-38 en *Memoria* 1939, pp. 431 a 435. V., también en Allan-R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo II, p. 519.

Hasta el inicio de la legislación civil republicana, conforme al derecho español que nos rigió, las aguas eran del dominio público, lo que resulta de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, en las que se ordenaba que "los montes, pastos y aguas de los lugares y montes contenidos en las mercedes que estuvieren hechas, o hiciéramos de señoríos en las Indias, deben ser comunes a los españoles e indios".³⁶⁴

Nuestro primer y único tratadista sobre el régimen jurídico de las aguas en Venezuela, Francisco Meaño concluye, por otra parte que "está, pues, fuera de duda, que en las Partidas se estableció la comunidad de los cursos de agua. Pero una comunidad sólo en el uso: las leyes que lo reglamentan hablan siempre de uso, nunca de señorío, ni de propiedad" y así mismo agrega, "los Reyes de España recabaron para ellos el dominio sobre las aguas, montes y pastos, por lo cual venían a constituirse en realengos".³⁶⁵

Esta dominialidad pública sobre las aguas fue recogida en nuestro primer Código Civil de 1862, que estableció sólo el carácter de los lagos y ríos como del dominio público, sin prever posibilidad alguna de propiedad privada sobre las aguas. Sin embargo, por el propio Código Civil de 1862, desapareció aquella vocación de todos al uso común,³⁶⁶ al preverse derechos de propietarios a usar prioritariamente las aguas del dominio público.

En los Códigos Civiles posteriores hasta el vigente, se ha conservado la enumeración de los lagos y ríos como aguas del dominio público, pero a partir del propio Código de 1867³⁶⁷ se comenzó a

364 V., la referencia en Pedro Pablo Aspúrua y otros, *Criterios y Principios para un reordenamiento jurídico de las aguas*, Coplanarh, Caracas, 1974, p. 6.

365 V., Francisco Meaño, *Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Madrid, 1957, p. 10. Cfr., E. Arcila Farías, *Historia de la ingeniería en Venezuela*, Caracas, 1961, Tomo I, p. 212.

366 V., Francisco Meaño, *op. cit.*, p. 37.

367 El artículo 343, ord. 39, al enumerar los bienes de propiedad pública dice: "Los ríos, aunque no sean navegables, sus álveos y toda agua que corra perennemente dentro del territorio nacional, con las limitaciones contenidas en la Sección 3ª, Título V. de este libro". Cfr. Alfonso Mejía, "El Régimen Administrativo y Civil de las Aguas corrientes en la Legislación Venezolana", en *Revista de Derecho y Legislación*, Nos. 506-507, Caracas, 1953, p. 187.

cambiar el régimen del derecho español antiguo, al reconocerse derechos adquiridos sobre las aguas, hasta llegar a prever la existencia de aguas de propiedad privada.³⁶⁸

En efecto, en el Código Civil de 1867 se incorporó a nuestra legislación el principio del viejo aforismo medioeval que señalaba que quien es dueño del suelo lo es hasta el cielo y hasta los infiernos.³⁶⁹ Así se establece que la propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y la de todo lo que se encuentra encima y debajo de la superficie.³⁷⁰ Este principio, cuyo origen no romano sino medioeval se sitúa en la defensa a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales a disfrutar de las riquezas mineras, que se querían incluir dentro de las regalías,³⁷¹ abrió el paso en nuestro país para que se consolidara una propiedad privada de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas. La norma, sin embargo, provocó una antinomia en cuanto al subsuelo: las minas eran del dominio público, al igual que las aguas, en el derecho español antiguo; pero las minas, en Venezuela, tuvieron algo de que carecieron las aguas: el célebre Decreto dictado por el Libertador Simón Bolívar en Quito el 24 de octubre de 1829, mediante el cual dispuso que "las minas de cualesquiera clase, corresponden a la República".³⁷² Por ello, la antinomia fue salvada en el Código Civil de 1896 al agregarle al artículo 460 la expresión: "salvo lo dispuesto en las Leyes de Minas", con lo cual se armonizó el régimen de la propiedad del Código Civil con el principio del dominio público de las minas, lo que se ha extendido también en la Consti-

368 A. Mejía sostenía que "el principio de este Código es que todas las aguas corrientes son públicas, y las limitaciones se refieren a los derechos adquiridos sobre las mismas por título o prescripción", *loc. cit.*, p. 193.

369 *Cutus est solum eius est usque ad sidera (aut ad coelum), usque ad inferos*. Cfr. Alejandro Nieto, "Aguas subterráneas: Subsuelo árido y subsuelo hídrico", en *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario (Régimen de las aguas)*, Tenerife, 1968, p. 56.

370 V., Arts. 354 del CC 1867; 448 del CC 1873; 453 del CC 1880; 460 del CC 1896; 466 del CC 1906; 527 del CC 1916; del CC 1922; y 549 del CC vigente (1942).

371 V., Alejandro Nieto, "Aguas Subterráneas...", *loc. cit.*, p. 56, quien cita a Peter Liver, "Usque ad sidera, usque ad inferos", en *Mélanges Philippe Meylan*, vol. II, Lausanne, 1963, pp. 182 y ss.

372 Art. 1º, en R. González Miranda, *Estudios acerca del régimen legal del Petróleo en Venezuela*, Caracas, 1958, p. 50.

tución de 1999 en relación con los “yacimientos mineros y de hidrocarburos” (Art. 12).

Lamentablemente, sin embargo, en Venezuela ni tuvimos para las aguas un Decreto del Libertador similar al de Minas, ni tuvimos legislación de aguas. Sólo fue en el Código de 1942 que la salvedad respecto de la Ley de Minas se extendió a lo dispuesto en las leyes especiales, con lo cual se abrió la posibilidad que en la Ley especial de aguas pudiera excluir la apropiabilidad privada de las aguas subterráneas, lo que sin embargo nunca ocurrió. De esa ausencia normativa, derivó la propiedad privada de las aguas que se extendió a los manantiales, a ciertas aguas corrientes (arroyos), a las aguas pluviales y a las aguas subterráneas.

En efecto, el Código Civil de 1867, además de abandonar la declaratoria general de todas las aguas como del dominio público³⁷³ estableció la propiedad de los manantiales como consecuencia de la propiedad del suelo; y en el mismo Código Civil se regularon ciertas aguas corrientes, fuera del dominio público y por tanto susceptibles de propiedad privada.³⁷⁴ Por otra parte, a partir del Código de 1916, se consolidó, respecto de las aguas que permanecían como del dominio público, la apropiabilidad más o menos libre del agua de los ríos.³⁷⁵

A partir de 1921 se establecieron, además, en Venezuela, las primeras normas especiales sobre las aguas contenidas en la Ley de Montes y Aguas del 27 de junio de dicho año, con la que se consolidó la propiedad privada de las aguas: en cuanto a los manantiales la misma ratificó el principio de que seguían la condición del fundo donde nacían (Art. 4); y fue excesivamente conservadora respecto a los derechos adquiridos en las tomas de aguas de los ríos (Art. 4) En especial dicha Ley declaró expresamente que eran “aguas de propie-

373 Cfr. F. Meaño, *op. cit.*, p. 40 y A. Mejía, *loc. cit.*, pp. 192 y 193.

374 Cfr. F. Meaño, *op. cit.*, pp. 42 y 106; A. Mejía, *loc. cit.*, p. 203.

375 Art. 527 del CC 1,916: Art. 527 del CC 1922 y Art. 549 del CC vigente (1942). En la oportunidad de debatirse el régimen de las aguas en el Código Civil de 1916, el diputado Agustín Aguilera expresó que “Los indios sostenían que el dominio señorial de las aguas pertenecía a la Tribu, es decir, que los beneficios del agua y de la pesca eran para todos y no para los ribereños solamente” y concluía su exposición en que “las aguas son de todos”. V., en E. Arcila Farías, *Historia de la Ingeniería en Venezuela, cit.*, 1961, Tomo I, pp. 211-212.

dad particular” las desviadas por canales privados, de los ríos del dominio público; las de manantiales, pozos y ojos de aguas surgidos en terrenos de propiedad particular; y las lagunetas, estanques, aljibes y demás receptáculos naturales o artificiales de aguas pluviales en terrenos de propiedad particular (Art. 6).

Además, se consagró el derecho de todo propietario para abrir libremente pozos, dándosele a éste, derecho sobre las aguas subterráneas, el cual no se perdía “aunque llegadas a la superficie se derramaran, saliendo del terreno de dicho propietario, cualquiera que sea la dirección en que corran o sigan” (Arts. 72 y 73). Este derecho se consagró en un capítulo cuyo título era: “De las aguas de propiedad privada”.

En el Código Civil de 1916 y en la Ley de Montes y Aguas de 1921 se consolidó en Venezuela un régimen jurídico de las aguas radicalmente distintos al que rigió al inicio de la República, y que no sólo permitía la propiedad privada de ciertas aguas, sino que consagraba derechos adquiridos de apropiación de aguas del dominio público. De un régimen de domanialidad pública se había pasado al otro extremo de la gama reguladora.

Las disposiciones del Código Civil con posterioridad al de 1916 puede decirse que permanecieron más o menos inalteradas. En cuanto a la regulación de las aguas en la ley especial, las normas de la ley de 1921 sólo fueron modificadas en la Ley Forestal y de Aguas de 1942. En ella se eliminó la enumeración de las aguas de propiedad privada que repitieron las leyes de 1924, 1931 y 1936, pero se conservó la expresión “aguas de propiedad privada” respecto a las aguas subterráneas (Art. 103). La Ley Forestal, de Suelos y Aguas, de 1955, aun cuando conservó la misma norma que permitía al propietario la apertura libre de pozos para el aprovechamiento de las aguas subterráneas, que se repitió en la aún vigente Ley de 1965, sin embargo eliminó el capítulo que las calificaba como “aguas de propiedad privada”.

Ahora bien, como resultado de esta evolución, hasta el 30 de diciembre de 1999, las aguas, como bienes inmuebles,³⁷⁶ se clasificaban

376 Según el Art. 527 del CC, las lagunas, estanques, manantiales, aljibes y las aguas corrientes son bienes inmuebles por naturaleza.

en aguas del dominio público y aguas de propiedad privada. A continuación analizaremos brevemente, el ámbito y regulación de las mismas.

2. *Las aguas del dominio público*

A. *Principio*

En cuanto a las aguas del dominio público, el Código Civil señala que estas son los lagos, los ríos y demás bienes semejantes (Art. 539), sin hacer distinción alguna sobre si se trata de ríos navegables o no navegables.³⁷⁷ Todos los ríos son del dominio público, y sólo la navegabilidad de los mismos tenía efectos en la determinación de la propiedad de los lechos, conforme a una norma que se había incorporado en el Código Civil de 1919, conforma a la cual el cauce de los ríos no navegables pertenecía a los ribereños según una línea que se supone seguía por el medio del curso del agua (Art. 539).³⁷⁸

Las aguas del dominio público, por ser de uso público, admiten por supuesto el uso común, de todos, para las necesidades de la vida, sometido a las normas de policía administrativa. Todo otro aprovechamiento exclusivo e individualizado debe ser objeto de concesión administrativa, siendo ésta la elemental consecuencia del carácter público de las aguas.

Sin embargo, el Código Civil y las regulaciones de la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, siguiendo la orientación de las regulaciones de 1916 y 1921, respectivamente, consagraron un derecho preferente a la apropiabilidad de las aguas de los ríos, es decir, a la apropiabilidad de las aguas del dominio público, lo cual, técnicamente, era contra-

377 V., A. G. Spota, *Tratado de Derecho de Aguas*, Buenos Aires, 1941 Tomo I, p. 1.051.

378 Cfr. Meaño, *op. cit.*, p. 79. Esta norma, según A. Mejía, entraña un retroceso legislativo, y se apartó de la más autorizada doctrina italiana para la época, de los precedentes del Código Civil italiano y de los principios de las antiguas leyes españolas, *loc. cit.*, pp. 194 y 195. En el Art. 569 del CC se encuentran referencias a la apropiación de cauces abandonados, sean los ríos o no de carácter navegable; y en el Art. 566 del CC, se permite la apropiación de islas que surjan en ríos no navegables por los dueños de las riberas. Las islas en ríos o lagos navegables, en cambio, son del dominio público (Art. 565 del CC).

ditorio con el régimen del dominio público. Este, por ser los bienes de uso público, no admite derechos adquiridos al uso o aprovechamiento de los mismos, salvo por la vía de la concesión. Sin embargo, la Ley Forestal de Suelos y Aguas llegó al extremo de establecer que "en toda concesión de aguas del dominio público se hará constar que se dejan a salvo los derechos adquiridos por terceros" (Art. 90); y en el Código Civil que ellas se otorgaban "sin lesionar los derechos anteriores adquiridos legítimamente" (Art. 682).

En realidad, la forma legítima de adquisición del derecho al uso de aguas del dominio público debería haber sido la concesión; sin embargo, esos derechos adquiridos, a que se refería el Legislador, tenían su origen en la propia Ley, la cual consagraba tres supuestos de derechos al uso y aprovechamiento de las aguas del dominio público.

B. *Derechos a la apropiabilidad de las aguas del dominio público*

a. *La apropiación de las aguas del dominio público con fines agrícolas e industriales*

El primero de ellos, consagrado en el Código Civil, otorga al "propietario de un fundo" "derecho a sacar de los ríos y conducir a su predio, el agua necesaria para sus procedimientos agrícolas e industriales, abriendo al efecto el rasgo correspondiente" (Art. 653), derecho que, inclusive, no podía ser perjudicado por una concesión administrativa conforme al artículo 90 de la Ley Forestal, de Suelos y Aguas.

Este derecho generalmente se lo ha vinculado a la riberaneidad,³⁷⁹ pero sin embargo, si se analiza el Código Civil con detenimiento, hay que concluir en que ese derecho no sólo lo tienen los ribereños. Si no fuera así, no tendrían sentido las propias normas del Código sobre el "derecho de pase y de acueducto". Por ejemplo, cuando consagra que "todo propietario está obligado a dar paso por su fundo a las aguas de toda especie de que quiera servirse el que tenga, permanente o

379 V., Henrique Meier, "De las aguas como bienes (Código Civil) a las aguas como Recursos Naturales Renovables (Constitución Nacional, Leyes Especiales)", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, nº 20, 1974-1955, p. 303.

sólo temporalmente, derecho a ellas, para las necesidades de la vida o para usos agrícolas o industriales" (Art. 666). Por tanto, el derecho no sólo lo tienen los ribereños, aun cuando estos tienen una situación particular que les facilita el ejercicio del derecho. Por ejemplo, así resulta del artículo 14 de la Ley de Minas que atribuye al beneficiario de derechos mineros el derecho al uso y aprovechamiento racional de las aguas del dominio público para el ejercicio de sus actividades mineras, sujeto al cumplimiento de las disposiciones ambientales que rigen la materia; y además, "el derecho a la expropiación o al establecimiento de servidumbres para el aprovechamiento y uso de las aguas del dominio privado en su actividad minera".³⁸⁰

En el ejercicio de este derecho, su titular se encontraba doblemente limitado: por una parte, no podría ejercerlo, si la cantidad de agua de los ríos no lo permitía, sin perjuicio de los que tuvieran derechos preferentes (Art. 653 CC.), y por la otra, no se podía usar el agua de los ríos de manera que se perjudicara la navegación, por lo que no se podía hacer en dichos aprovechamientos, obras que impidieran el paso de los barcos o balsas o el uso de otros medios de transporte fluvial (Art. 654 CC.)³⁸¹ En la primera limitación, el Código la regula sin perjuicio de los que tengan derechos preferentes; en la segunda, indica que no aprovecha la prescripción ni otro título.

Fuera de este derecho al uso de las aguas del dominio público, dice la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, y de que existan derechos adquiridos al aprovechamiento, todo otro desvío de las aguas de su cauce natural requiere de una concesión (Art. 89). Sin embargo, es la misma Ley especial la que establece otro derecho al aprovechamiento de las aguas del dominio público.

380 *Gaceta Oficial* n° 5.382 Extraordinario del 28-09-1999.

381 Además, artículo 190 del Reglamento de la LFSA.

- b. *El aprovechamiento de las aguas de los ríos que nazcan en un fundo, mientras lo atraviesen*

En efecto, el segundo derecho al aprovechamiento de las aguas de los ríos corresponde al propietario de un fundo respecto de los ríos que nazcan en su propiedad mientras la atraviesan, quien no puede ser impedido de disponer de ellas, mientras no lesionen derechos de terceros o constituyan un peligro para la salud pública. Así lo regula la Ley Forestal de Suelos y Aguas, agregando que en estos casos, en perjuicio de este derecho tampoco pueden otorgarse concesiones administrativas de aprovechamiento de los ríos. (Art. 90).

- c. *El aprovechamiento de los ríos como consecuencia de concesiones mineras*

El tercero de los derechos que consagra el ordenamiento jurídico al aprovechamiento de las aguas del dominio público está vinculado al otorgamiento de otras concesiones administrativas. Como se ha visto, conforme al artículo 14 de la Ley de Minas, el beneficiario de derechos mineros tiene derecho al uso y aprovechamiento racional de las aguas del dominio público para el ejercicio de sus actividades mineras, sujeto al cumplimiento de las disposiciones ambientales que rigen la materia.

C. *Apreciación general*

En todos estos casos, de aprovechamiento de las aguas del dominio público, se permite a quienes tengan los referidos derechos a “establecer un barraje apoyado sobre los bordes, a condición de indemnizar y de hacer conservar las obras que preserven de todo peligro los fundos”. En todo caso, también, conforme al Código Civil, deberán “evitar todo perjuicio proveniente del estancamiento, rebosamiento o derivación de las aguas contra los fundos superiores o inferiores; y si dieren lugar a ellos, pagarán esos perjuicios y sufrirán las penas establecidas por los reglamentos de policía”.³⁸²

El régimen del dominio público de las aguas que consagra nuestro ordenamiento jurídico es, pues, un régimen disminuido ya que su

382 Además, artículo 190 del Reglamento de la LFSA.

aprovechamiento específico y particular, en lugar de configurar la excepción y depender del otorgamiento de una concesión administrativa, por los derechos de aprovechamiento que consagra el Código Civil y las leyes especiales, se ha configurado en la regla. Respecto de los ríos, por tanto, no sólo existe el uso común para las necesidades de la vida en forma libre, como el de beber, bañarse, pescar o navegar, con las limitaciones de policía administrativa necesarias, sino que el ordenamiento jurídico ha mixtificado los usos individualizados y los ha convertido también en libres. La excepción se ha convertido, entonces, en la regla, y el dominio público se ha desnaturalizado.

4. *Las aguas de propiedad privada*

Pero paralelamente a la regulación de derechos de aprovechamiento y uso, relativamente libres, de las aguas del dominio público, el ordenamiento jurídico conforme a la evolución señalada, había establecido que determinadas aguas eran susceptibles de propiedad privada, lo que ha sido derogado tácitamente por la disposición constitucional que ahora las declara del dominio público. En todo caso, esta propiedad privada sobre las aguas se refería a los manantiales, a los arroyos y a las aguas pluviales; y también se extendía a las aguas subterráneas.

A. *La propiedad privada de los manantiales*

En cuanto a los manantiales, es decir, el agua que naturalmente brota de la tierra, el Código Civil establece que quienes los tuvieran en su predio podían “usar de él libremente” (Art. 650 CC.).

Este derecho implicaba, por tanto que el propietario del fundo podía “servirse de las aguas libremente” e inclusive disponer de las mismas en favor de otros (Art. 656 CC.).

Esta regulación, clásica en el derecho civil, tuvo su origen en la antigua regla del derecho romano según la cual “el agua viva es considerada porción del campo”³⁸³ y que, por ignorancia del principio de la unidad del ciclo hidrológico había conducido a estimar que los

383 *Porfio enim agri videtur aqua viva. Dig libr. XLIII, Tít, 24, Ley II, en B. Villegas Basabilbaso, Derecho Administrativo, Tomo IV, Buenos Aires, 1952, p. 563.*

manantiales formaban parte integrante del fundo donde nacía. Por tanto, los manantiales seguían la condición jurídica del fundo en que surgían: si éste era un bien del dominio del Estado, aquellos serían del dominio público o privado del Estado;³⁸⁴ si los fundos eran de propiedad privada, los manantiales serían de propiedad privada; todo lo cual ahora ha sido derogado.

Este derecho de propiedad sobre los manantiales, sin embargo, estaba sometido a limitaciones: en primer lugar, el derecho lo consagraba el Código Civil dejando a "salvo el derecho que hubiere adquirido el propietario del predio inferior, en virtud de un título o de la prescripción".³⁸⁵ Inclusive el título o la prescripción limitaban el derecho del propietario de las aguas a disponer de las mismas en favor de otros (Art. 656 CC.), lo que incluso desvirtuaba el criterio tradicional de que la propiedad del manantial dependía de su ubicación en el fundo del propietario respectivo.³⁸⁶

La segunda limitación al derecho de propiedad del manantial era que el propietario del mismo no podía "desviar su curso, cuando suministra a los habitantes de una población o caserío el agua que le es necesaria" (Art. 651 cc.). Sin embargo, "si los habitantes no [habían] adquirido su uso o no lo [tenían] en virtud de la prescripción, el propietario [tenía] derecho a indemnización" (Art. 651 CC.). Se consagraba así, una prioridad de uso para el abastecimiento de poblaciones, aun cuando se garantizaba al propietario su derecho a ser indemnizado.

La tercera limitación al derecho del propietario de un manantial implicaba que éste, después de haberse servido de ellas, no podía desviarlas de manera que se perdieran en perjuicio de los predios que pudieran aprovecharla.

384 Por eso la vieja Ley de Montes y Aguas de 1921 establecía que "se considerarán del dominio público los manantiales, fuentes y ojos de agua que se encuentren en los montes baldíos" inalienables (Arts. 3º y 4º de la Ley).

385 El Art. 650 del CC. establece: "La prescripción en este caso no se cumple sino por la posesión de 10 años, si hubiere título, o de 20, si no lo hubiere, contados estos lapsos desde el día en que el propietario del predio inferior haya hecho y terminado en el fundo superior obras visibles y permanentes, destinadas a facilitar la caída y curso de las aguas en su propio predio, y que hayan servido a este fin". *Cfr.* Art. 656.

386 *V.*, H. Meier, *loc. cit.*, pp. 303 y 304.

La tercera limitación al derecho del propietario de un manantial era que éste, al servirse de sus aguas, no podía causar perjuicio ni a los predios inferiores ni superiores. En cuanto a los predios inferiores, como se dijo, el Código Civil establecía que el propietario, después de haberse servido de las aguas, no podía desviarlas de manera que se perdieran en perjuicio de aquellos predios que pudieran aprovecharla; y en cuanto a los predios superiores, a pesar de la confusa redacción del Código Civil, la limitación al derecho del propietario del manantial implicaba que éste, al usar el agua, no debía ocasionar rebosamiento u otro perjuicio a los dueños de los predios superiores (Art. 656 CC.)³⁸⁷.

B. *La propiedad de los arroyos*

Además de los manantiales, la legislación civil consagraba también la propiedad privada sobre los arroyos, en favor del propietario de un fundo que estuviera limitado o atravesado por este tipo de aguas corrientes, de curso natural, pero que según el Código Civil "no [eran] del dominio público", y siempre que sobre los mismos no tuviera derecho algún tercero (Art. 652 CC.). No precisaba, sin embargo, el Código Civil, cuándo se estaba en presencia de un arroyo, es decir, cuándo un curso de agua corriente no era un río y por tanto, no era del dominio público.

El criterio de distinción generalmente estaba basado en la magnitud del caudal,³⁸⁸ menor en el arroyo, pero sin duda, era precisamente en este campo que cobraba todo su valor la apreciación de la Corte Suprema de que "para llegar el intérprete a fijar si determinadas aguas vivas, de curso natural, [eran] del dominio público o del dominio privado (es decir, [eran] ríos o arroyos) ha menester que entre a examinar ciertas circunstancias de hecho que caracterizarían su naturaleza".³⁸⁹

387 Cfr. F. Meaño, *op. cit.*, p. 148.

388 V., Miguel A. Marienhoff, *Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1939, pp. 276 a 278 *cit.*, por F. Meaño, *op. cit.*, p. 109. Cfr. A. Mejía, *loc. cit.*, p. 204; y A. Spota, *op. cit.*, p. 1.053.

389 V., sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal 8-2-38, en *Memoria* 1939, pp. 431 a 435. V., además en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*

En todo caso, este derecho ahora derogado, ante todo, se otorgaba al ribereño,³⁹⁰ es decir, al propietario de un fundo limitado o atravesado por un arroyo; y se otorgaba sometido a limitaciones.

En primer lugar, en cuanto al destino del agua a utilizar: sólo podía destinarse para el riego de su propiedad o para el beneficio de su industria; en segundo lugar, se otorgaba el derecho con la condición de que se devolviera al curso ordinario lo que quedase del agua utilizada (Art. 652 CC.); y en tercer lugar, el aprovechamiento no debía perjudicar ni a los fundos inferiores o superiores por causa de pérdida o rebosamiento, respectivamente (Arts. 652 y 681 CC.).³⁹¹

C. *La propiedad de las aguas pluviales*

En tercer lugar, además de la propiedad privada de los manantiales y de las aguas corrientes menores, es decir, de los arroyos, también podía sostenerse en el ordenamiento anterior a la Constitución de 1999, que existía la posibilidad de propiedad privada sobre las aguas pluviales, es decir, las que provenían de las lluvias, mientras conservaban tal carácter; de las que provenían naturalmente de fundos superiores; y de las que estaban estancadas natural o artificialmente.

La propiedad del suelo, hemos dicho, conforme al Código Civil, llevaba consigo la de todo cuanto se encontraba encima de la superficie (Art. 549 CC.), por lo que, por accesión, las aguas pluviales pertenecían al propietario del fundo sobre el cual caían o se estancaban. Es más, el Código Civil obligaba al propietario a construir sus tejados de

vo, cit., Tomo II, p. 519. Con la distinción entre aguas del dominio público (ríos) y aguas corrientes que no lo son (arroyos), con razón señala Spota que se ha creado un grave problema interpretativo, *op. cit.*, p. 1.053.

390 Esto lo confirma la Ley de Minas al establecer en su Art. 72, que “el uso de las aguas que no son del dominio público es sólo en beneficio de los cesionarios ribereños”. Este derecho del ribereño lo califica Mejías como un derecho real *sui generis*, *loc. cit.*, p. 204.

391 El artículo 681 del CC. señala expresamente que los propietarios con este derecho “deberán también evitar todo perjuicio proveniente de la estagnación, rebosamiento o derivación de las aguas contra los fundos superiores o inferiores; y si dieran lugar a ellos, pagarán esos perjuicios y sufrirán las penas establecidas por los reglamentos de policía”.

tal manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, pero no puede hacerlas caer en otro terreno de propiedad privada (Art. 708 CC.).

Sin embargo, las aguas pluviales que naturalmente y sin obra del hombre corren de fundos superiores, son de obligatorio recibo por los fundos inferiores, y los dueños de éstos, no pueden hacer obras que impidan el correr de las aguas (Art. 647 CC.).

En estos casos, los propietarios de los fundos superiores tenían la propiedad de las aguas pluviales mientras corrían por ellos, y en ningún caso podían hacer más gravosa la recepción por los fundos inferiores de dichas aguas (Art. 647). Los propietarios de los fundos inferiores, al recibir las aguas pluviales, por su parte, adquirirían la propiedad de las mismas, mientras transcurrieran por ellos,

La propiedad de las aguas pluviales estancadas, sin embargo, no estaba expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico. El Código Civil, ciertamente, hace referencia a las lagunas, estanques y aljibes calificándolas como bienes inmuebles distintas de los lagos que eran los declarados como del bienes del dominio público (Arts. 527 y 539 CC.), y la legislación especial contenida en la Ley de Montes y Aguas desde la de 1919 hasta la Ley de 1936, había calificado expresamente a dichas lagunas, estanques y aljibes así como a “los demás receptáculos naturales o artificiales de aguas pluviales en terrenos de propiedad privada”, como aguas de propiedad particular (Art. 4,2). Aun cuando dicha norma desapareció de la ley en 1942, ello no obsta, en todo caso, para que conforme a las otras normas señaladas, se estimase la posibilidad de propiedad privada de las aguas pluviales. En cuanto a la diferencia entre los lagos y las lagunas, estanques y aljibes, también se trataba de un problema de magnitud, y por tanto de una cuestión de hecho.

En todo caso, al igual que en todos los otros casos señalados anteriormente de propiedad privada de aguas, ahora derogados, la disposición de éstas estaba sometida a limitaciones: estas aguas no podía aprovecharse de manera tal que se perjudicase a los fundos inferiores o superiores, mediante desvíos o rebosamiento en perjuicio de aquellos (Art. 656 CC.).

D. *La cuestión de la propiedad de las aguas subterráneas*

Hemos hecho referencia a las previsiones del ordenamiento jurídico sobre las aguas del dominio público y sobre las aguas que antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 eran susceptibles de ser de propiedad privada. Entre ellas, debemos también hacer referencia a las aguas subterráneas, las cuales incluso presentaban algunos elementos peculiares.

En Venezuela, en efecto, desde siempre las minas e hidrocarburos han sido del dominio público, como ahora lo regula la Constitución de 1999 al referirse a los yacimientos mineros y los hidrocarburos. En esta forma, desde el derecho español antiguo y posteriormente con el Decreto del Libertador de 1829, las minas siempre fueron consideradas como del dominio público. La pretendida propiedad de lo que está por debajo del suelo que consagró el Código Civil en 1867 se armonizó con la legislación de minas a partir del Código de 1896 en la cual se dejó a salvo lo dispuesto en la Ley de Minas; y sólo fue en el Código Civil de 1942 que se amplió la salvedad a lo dispuesto en leyes especiales.

En esta forma el artículo 549 del Código Civil establece que “la propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y de todo cuanto se encuentra encima o debajo de ella, salvo lo dispuesto en las leyes especiales”. Las leyes especiales en materia de aguas, sin embargo, lejos de establecer una salvedad similar a la de la legislación minera, lo que hicieron fue consolidar una propiedad privada sobre las aguas subterráneas, ahora desaparecida con la Constitución de 1999.

En efecto, la Ley de Montes y Aguas de 1921 no sólo consagró el derecho de todo propietario a abrir libremente pozos para sacar agua dentro de sus fincas, sino que consagró indirectamente el derecho de propiedad sobre las aguas subterráneas al aclarar que “cuando se lograre el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o galerías o sondeos, el propietario no pierde el derecho de ellas, aunque llegadas a la superficie se derramen, saliendo del terreno de dicho propietario, cualquiera que sea la dirección en que corran o sigan, a menos que él las dejase abandonadas a su curso natural sin construir acueductos para recogerlas” (Arts. 72 y 73). Si este derecho perduraba después del alumbramiento de las aguas, la Ley, sin duda, partía de la presunción de que el derecho existía antes de que fuesen extraídas las aguas.

Esta norma fue eliminada en la Ley de 1942, y como consecuencia, en la vigente Ley Forestal, de Suelos y Aguas, de 1965, se establece el derecho de todo propietario a "abrir libremente pozos y construir zanjas o galerías dentro de sus fincas" (Art. 94).

Ahora bien, este derecho, ante todo conforme a la Ley es un derecho de "abrir libremente pozos", es decir, en realidad es un derecho a perforar el suelo, por lo que en nuestro país, aún el régimen de las aguas subterráneas está ligado al régimen del suelo.

El propietario también tiene derecho a "construir zanjas o galerías", lo que no es más que una ratificación de lo previsto en el Código Civil: "El propietario reza el artículo 554- puede hacer en su suelo o debajo de él toda construcción... o excavación y sacar por medio de ellas todos los productos posibles, salvo, ...lo que dispongan leyes especiales y los reglamentos de policía".

La consagración de un derecho de perforar el suelo, de construir pozos, zanjas o galerías, y de extraer y apropiarse de las aguas, no podía, por tanto, ser más clara en nuestro ordenamiento preconstitucional; derecho sometido a lo que dispusieran leyes especiales y reglamentos de policía.

En esta forma, entonces, sólo el propietario del suelo tenía derecho a perforarlo; y a él correspondía la propiedad de las aguas subterráneas una vez alumbradas. Sin embargo, la duda quedaba sobre si podría admitirse que existía una propiedad privada sobre las aguas subterráneas no alumbradas

Aquí entraba en juego la previsión del Código Civil sobre la extensión de la propiedad del suelo hacia arriba y hacia abajo (Art. 549), como rezaba el aforismo medieval citado, "sobre todo lo que está encima del suelo hasta los cielos, y todo lo que está debajo del mismo, hasta los infiernos". Y con base en ello, y en ausencia de una ley especial de aguas que excluyera la propiedad privada de las aguas subterráneas, podía admitirse dicha propiedad aun respecto de las aguas no alumbradas, entre otros factores, por no responder el ordenamiento jurídico al principio de la unidad del ciclo hidrológico.

Podía argumentarse que en tanto el trabajo del hombre no hubiera logrado perforar el subsuelo hasta alcanzar la masa líquida, esas aguas subterráneas no eran apropiables, es decir, conforme al Código Civil, no eran bienes, o sea, "cosas que pueden ser objeto de propie-

dad pública o privada" (Art. 525), por lo que se las podían considerar como *res nullius*,³⁹² sujetas a ocupación. Sin embargo, esta argumentación no podía admitirse en el ordenamiento jurídico venezolano, no sólo porque el propio Código Civil determina cuáles bienes eran objeto de adquisición por ocupación, figura referida, en particular a bienes muebles (Art. 797 CC.), sino que se consagra expresamente en la legislación especial, el derecho a perforar en favor del propietario del suelo, por lo que otra persona distinta al propietario, al no tener derecho a perforar el suelo, no podía apropiarse de dichas aguas subterráneas.

Ahora bien, también este derecho del propietario a abrir pozos y a apropiarse del agua subterránea estaba sometido a limitaciones.

La primera de ellas se refería a la necesidad de un perímetro de protección de los pozos, de manera que los que se abrieran guardasen entre ellos una distancia que no interfiriera en la producción de los pozos que existieran en los terrenos vecinos, distancia que no podía ser menor de 400 metros en los casos de los pozos que surtieran acueductos.³⁹³ Por otra parte, en cuanto a las distancias a guardar, debía tenerse presente también lo previsto en el artículo 701 del Código Civil en el sentido de que no se podía "construir cerca de una pared ajena o medianera, aljibes, pozos, cloacas, letrinas, acueductos... sin guardar las distancias exigidas por los Reglamentos y usos del lugar, o sin construir las obras de resguardo necesarias...".

La segunda limitación al aprovechamiento de las aguas subterráneas exigía a los propietarios de pozos, en los cuales el agua surgía naturalmente de la superficie del terreno (pozos artesianos), tomar las medidas adecuadas para regular su producción con el objeto de conservar la riqueza de la capa acuífera (Art. 94).

En tercer lugar, la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, remitía al Reglamento a los efectos de la determinación de los requisitos técnicos para la perforación de pozos, zanjas o galerías, y de las medidas necesarias para evitar la contaminación química y orgánica de las aguas subterráneas (Art. 95). Sin embargo, el Reglamento no preveía nor-

392 V., Alejandro Nieto, "Aguas Subterráneas...", *loc. cit.*, p. 80.

393 Art. 94 de la LFSA. Cfr. La Ordenanza de Acueducto del Distrito Sucre del Estado Miranda (Art. 11).

mas especiales de importancia sino que remitía a las disposiciones que dictase la autoridad sanitaria en relación a la protección de la salud y al control de la contaminación.³⁹⁴

En cuarto lugar, la apertura de pozos para el aprovechamiento de aguas subterráneas estaba limitada por las normas locales de policía, tal como lo autoriza el Código Civil (Art. 554), con base en lo cual, por ejemplo, las Ordenanzas municipales de Acueductos exigen la necesidad de un permiso previo del Municipio para perforar pozos o extraer agua del subsuelo.³⁹⁵

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE TODAS LAS AGUAS COMO DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. *La unidad del ciclo hidrológico y la unidad del régimen jurídico de las aguas*

Del análisis que anteriormente se ha hecho sobre el régimen jurídico vigente hasta 1999 sobre la propiedad de las aguas en Venezuela surge, ante todo, la constatación de que no existía un régimen jurídico unitario y uniforme referido a los recursos hidráulicos. Al contrario, hemos visto, había aguas del dominio público de uso público; pero aguas cuyo aprovechamiento no dependía ni siquiera del otorgamiento de una concesión administrativa, sino que se consagran en la Ley determinados derechos al aprovechamiento de las mismas. De manera que ni siquiera el régimen de las aguas del dominio público es uniforme.

Por otra parte, se regulaban aguas de propiedad privada, sobre manantiales, arroyos, aguas pluviales y aguas subterráneas, de aprovechamiento sujeto a limitaciones disímiles y variadas.

394 Art. 192, Parágrafos 1º, 2º y 3º del Reglamento. Con base en esto, por ejemplo, mediante Resolución conjunta del Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social por 90 y 16, respectivamente, de 28-8-69. se ordenó la clausura de los pozos privados de abastecimiento en el Área Metropolitana de Caracas. V., en Coplanarh IDP, *Bases para un Estudio sobre el Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Tercera parte, Vol. II, Caracas, 1970, p. 577.

395 V., la referencia en Coplanarh, Instituto de Derecho Público, *Bases para un Estudio... cit.*, Tercera parte, Vol. II, p. 572.

En la determinación de estas aguas, la Ley ni siquiera era clara, y por tanto, debía ser siempre una cuestión de hecho la determinación de cuándo un curso de agua comenzaba a ser un río o un arroyo, y cuándo un cuerpo de agua estancada comenzaba a ser un lago o una laguna. Los lagos formados por las grandes presas de aprovechamiento de las aguas, eran por ejemplo, del dominio público, pero podía haber la duda respecto de los grandes estanques.

Frente a esta disparidad de régimen jurídico, sin embargo, se imponía el principio natural de la unidad del ciclo hidrológico, que ahora recoge la Constitución, lo que exige que se considere al agua como sólo una, de manera que es la misma sea cual fuere el estado y el lugar donde se encuentre; y siempre está en circulación. La que hoy es estancada o corriente, mañana es subterránea o evaporada o en proceso de evapotranspiración, y luego es la misma la que se precipita como lluvia, granizo o nieve.³⁹⁶ Esa unidad real, sin duda, era incompatible con tratamientos jurídicos disímiles.

Siguiendo a Alejandro Nieto podemos señalar, que así como es un absurdo físico considerar, como lo hacía nuestra legislación, que el agua es accesoria del fundo y que por tanto, el propietario de éste la poseía en propiedad, cuando el agua cambiaba de situación y estado, y por tanto, de fundo y ubicación; asimismo, es un absurdo jurídico considerar que las aguas corrientes superficiales puedan variar de régimen jurídico según su magnitud o ubicación, y que ellas pueden tener un régimen diferente a las mismas aguas corrientes subterráneas.³⁹⁷ El legislador del siglo XIX, por ignorancia geológica, sometió a las aguas superficiales a un régimen distinto de las subterráneas; por ello el legislador contemporáneo debía corregir esa situación para no pasar por negligente.

396 Por ello ha señalado Jean Barade: "Es sorprendente que una misma materia, en razón de su movimiento perpetuo, pueda cambiar sucesivamente de propietario y de régimen jurídico; es la misma agua la que primero cae a la tierra en forma de lluvia, como *res nullius*, luego se convierte en propiedad de varios ocupantes privados para terminar siendo pública al desembocar en un río a través de la alcantarilla y, en fin *res communis* en el mar. No existen masas de agua perfectamente delimitadas que puedan ser objeto de un verdadero derecho de propiedad". V., en "Le régime juridique de l'eau, richesse nationale", *Revue de Droit Public*, 1965, p. 613, cit. por A. Nieto, *loc. cit.*, p. 82.

397 V., Alejandro Nieto, "Aguas Subterráneas...", *loc. cit.*, p. 94.

La unidad del ciclo hidrológico postulaba y postula, por tanto, la necesidad ineludible de que se establezca un régimen jurídico único y uniforme para el aprovechamiento y la propiedad de las aguas, a los efectos de que conforme a la Constitución estén dirigidas primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos. De ahí el régimen del dominio público que el mismo texto constitucional ahora ha impuesto. Por ello, el postulado esencial que va a guiar la reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela, deriva de esta declaratoria de todas, sea cual fuere su origen, estado físico o ubicación, como bienes del dominio público de uso público.

2. *Las implicaciones de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público*

La Constitución entró en vigencia el 30 de diciembre de 1999, y para la fecha (mayo 2006) aún no se ha dictado la legislación correspondiente que aplique efectivamente la declaratoria del dominio público de las aguas. Ello exige, por tanto tratar de determinar las implicaciones jurídicas que tiene tal declaratoria en el marco de la legislación existente y que ha quedado en gran parte tácitamente derogada.

Por una parte, no hay duda, en considerar que una declaratoria general de las aguas como del dominio público implica la exclusión de las aguas del ámbito de aquellos bienes que conforme al Código Civil son susceptibles de ser de la propiedad privada, por lo que a partir de 2000 puede decirse que en Venezuela no puede haber más derechos de propiedad particular sobre ciertas aguas.

Pero además, tal declaratoria general de rango constitucional ha implicado la derogación de las normas del ordenamiento jurídico, que establecían derechos adquiridos al aprovechamiento de las aguas del dominio público, el cual sólo podrá realizarse mediante concesión. Veamos separadamente estas implicaciones.

A. *La cesación de los derechos de propiedad privada sobre las aguas*

a. *La exclusión de las aguas del ámbito de la propiedad privada*

En primer lugar, la declaración constitucional de todas las aguas como del dominio público implicó automáticamente la cesación de los derechos al aprovechamiento de las aguas, y entre ellos, los dere-

chos de propiedad sobre ciertas aguas que admitía el ordenamiento jurídico³⁹⁸.

Conforme a ello, la declaratoria general constitucional de todas las aguas como del dominio público implica excluir del ámbito de la propiedad privada, el agua de los manantiales, de los arroyos, las pluviales y las subterráneas. Por supuesto, estamos hablando de que estas aguas quedan excluidas del ámbito de los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada conforme al Código Civil, lo cual no implica que dichas aguas no puedan ser usadas. Los usos comunes siempre son libres, dentro de las prescripciones de policía, y son los usos especiales los que normalmente están sometidos a limitaciones administrativas.

b. *La extinción de derechos adquiridos al aprovechamiento de aguas del dominio público*

Pero hemos visto que la legislación venezolana, además de establecer derechos de propiedad sobre ciertas aguas, consagra una serie de derechos adquiridos al aprovechamiento de las aguas en favor de los propietarios de fundos para sus usos agrícolas e industriales; a favor de los propietarios de fundos donde nazcan las aguas mientras los atraviesen; y a favor de los concesionarios mineros.

Entre estos derechos, el primero de ellos, sin duda el más importante y el que da origen al mayor aprovechamiento de aguas del dominio público en nuestro país, está consagrado en nuestra legislación desde el Código Civil de 1873.³⁹⁹

El artículo 653 del Código Civil vigente, al ser introducido en dicho año, no tenía precedentes ni en los Códigos anteriores, ni en el Código Civil italiano ni en el francés; y el derecho que concede se

398 Debemos señalar que ponemos fuera de toda discusión la consagración en la legislación pre-constitucional de derechos de propiedad sobre ciertas aguas, a pesar de los esfuerzos que se habían hecho en vista de la importancia de los recursos hidráulicos, de buscar sostener que nuestro ordenamiento no consagraba un verdadero derecho de propiedad sobre las aguas sino de uso, y que éstas, como recursos naturales, "no pertenecía a nadie en particular, sino a todos los venezolanos" y no eran apropiables. V., H. Meier, *loc. cit.*, p. 309.

399 Cfr. A. Mejía, *loc. cit.*, p. 208.

fundamentó en la prioridad que se reconoce a los primeros propietarios prediales que usaban el agua de los ríos, sobre los posteriores.⁴⁰⁰

Una declaratoria general de las aguas como del dominio público, consideramos que implica la derogación de las normas que regulan estos derechos adquiridos y preferentes al aprovechamiento de las aguas del dominio público, lo cual no implica la imposibilidad de aprovechamiento. En este caso, también, los usos comunes son libres, pero los usos especiales deben someterse a las limitaciones administrativas, y entre ellas, a la obtención de una concesión.

B. *La regulación de los usos y aprovechamientos*

En efecto, la extinción de los derechos de propiedad sobre las aguas o de los derechos adquiridos al aprovechamiento que deriva de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público, no implican, en absoluto, imposibilidad de aprovechamiento.

Ante todo, en la legislación que se dicte⁴⁰¹, deben quedar consolidados los usos comunes, propios de la vida doméstica, para abreviar ganado, para pescar y para la navegación menor, los cuales pueden ser realizados por todos, sin necesidad de autorización, pero sometidos a las regulaciones y limitaciones de policía administrativa sobre navegación, sanidad o pesca, y pudiendo la Administración excluir de dichos usos, determinados cuerpos de agua o sectores de los mismos por ejemplo, por razones de seguridad o salubridad.

400 En relación a esta norma, Nicomedes Zuloaga, en su Código Civil concordado dice "que el derecho de sacar agua de los ríos, concedido de manera expresa por el legislador del 73, a su parecer, proviene de la Real Cédula sobre Aguas, de 1785, conocida con el nombre de Cédula de San Ildefonso, por la cual el Rey de España concedió en la Provincia de Venezuela, facultad y permiso a todos los hacendados para que puedan extraer libremente, aunque sea por fundos ajenos, siempre que abonen a los dueños de ellos el valor de las tierras que ocupe la caja de la acequia, lo que en ellas estuviere plantado, y cuando se les sigan por dicha causa, y que con las nuevas extracciones de las aguas no se perjudique a los dueños de las acequias que en la actualidad están rasgadas, ni se les disminuya la posesión de las aguas necesaria para sus fundos en que se hallen", *cit.* por A. Mejía, *loc. cit.*, p. 207.

401 Con posterioridad a la elaboración de este estudio se sancionó la Ley de Aguas, G.O. n° 38.595 de 02-01-07

Sólo se debería requerir autorización cuando para llevar a cabo un uso común de las aguas, sea necesario por ejemplo la ejecución de una obra hidráulica, por pequeña que ésta sea.

Por otra parte, se podría regular el derecho de uso, que no es de propiedad, del dueño de un predio donde nazca un arroyo o manantial sobre las aguas de las mismas, no pudiendo, sin embargo, ni conducir las a otros predios ni alterar su curso. Este derecho de uso, resulta necesario, en vista de la propiedad de los fundos y la ubicación de las aguas de manantiales y arroyos.

Por último, también se puede consagrar un derecho de todos a utilizar y almacenar las aguas pluviales que se precipiten en sus predios, salvo las regulaciones de policía, pudiendo sin embargo, la Administración, limitar por ejemplo, el volumen de almacenamiento.

En esta forma, el derecho de propiedad privada que el Código Civil establecía sobre los manantiales, los arroyos y las aguas pluviales, en realidad, en la legislación que debe dictarse se pueden transformar en un derecho de uso común y de uso individualizado,⁴⁰² derivado de la situación del agua en fundos de propiedad privada, sometido a las regulaciones administrativas necesarias. No se aplica lo mismo, sin embargo, a las aguas subterráneas, las cuales con la declaratoria del dominio público han quedado excluidas del ámbito de la propiedad privada. La legislación que se dicte deberá en este caso regular la modalidad de otorgamiento al propietario del suelo de los derechos individualizados de uso sobre las mismas, si procede.

De acuerdo a lo anterior, y salvo los casos que se regulen de usos comunes o individualizados, el aprovechamiento de las aguas del dominio público, sólo puede realizarse mediante concesión de aprovechamiento, otorgada por la Administración, reconociéndose el carácter prioritario que deben tener respecto de cualquier otro uso, el abastecimiento de agua a poblaciones. Este debe comprender la satisfacción de las necesidades domésticas y las requeridas por actividades que sean prácticamente inseparables del medio urbano como pueden ser las de usos públicos, comerciales o industriales localiza-

402 Individualizado, porque como señala Marienhoff, deriva de la particular situación de hecho en que algunas personas se encuentran, frente a los demás usuarios, respecto de un bien del dominio público. V., Miguel S. Marienhoff, *Dominio Público. Protección Jurídica del Usuario*. Buenos Aires, 1955, p. 48.

bles en ese mismo medio, de acuerdo con la ordenación urbanística correspondiente.

3. *Los efectos de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público*

Pero, sin lugar a dudas, los problemas de mayor controversia que han surgido con motivo de la declaratoria constitucional de todas las aguas como del dominio público, se refieren a los efectos generales de la misma, particularmente en relación con los anteriores titulares de derechos preferentes de aprovechamiento de aguas del dominio público, o de derechos de propiedad sobre las aguas. Es necesario determinar, así, cual es la verdadera naturaleza jurídica de aquellos derechos, establecer si en la nueva legislación pudieran tener derechos sustitutivos, y precisar si una declaratoria general de las aguas como del dominio público origina algún derecho de indemnización.

El problema se presenta distinto, sin embargo, según se trate de los antiguos derechos al aprovechamiento de aguas del dominio público o de derechos de propiedad privada de las aguas.

Analicemos el problema, entonces, separadamente.

A. *Efectos de la declaratoria de las aguas como del dominio público sobre los derechos al aprovechamiento de aguas del dominio público*

En primer lugar, la declaratoria de todas las aguas como bienes del dominio público, implica que los aprovechamientos de las mismas sólo puedan realizarse mediante la obtención de una concesión, por lo que dicha declaratoria en nuestro criterio ha conllevado la extinción de los derechos preferentes o "adquiridos" de ciertos propietarios.

En efecto, si bien el Código Civil habla de derechos adquiridos, ese carácter sólo sería oponible frente a actos individuales, por lo que por ejemplo el propio Código señala que las concesiones de aprovechamiento de aguas del dominio público no pueden darse en perjuicio de dichos derechos adquiridos.⁴⁰³ Sin embargo, en relación con el Legislador, cuando los derechos preferentes tienen origen directa-

403 Art. 682 del CC. y Art. 90 LFSA.

mente en la propia Ley, no podría hablarse propiamente de “derechos adquiridos”.

Lo contrario implicaría una limitación inconcebible a la soberanía legislativa y un desconocimiento del poder soberano del Estado. En eso, la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia fue reiterada⁴⁰⁴, y en una de sus sentencias, señaló que los derechos adquiridos “únicamente pueden hacerse valer en materia contractual, o contra las disposiciones del Poder Público que no constituyen actos de autoridad, sino actos de gestión, en los cuales el Estado se asimila a los particulares, sean estos personas naturales o jurídicas”.⁴⁰⁵ Por ello, en otra decisión, dentro de la misma línea de pensamiento, señaló que hay “derechos adquiridos”, por ejemplo, con motivo del otorgamiento de una concesión.⁴⁰⁶ Por tanto, estimamos que no hay duda en considerar que los derechos al aprovechamiento de las aguas del dominio público que consagraba el ordenamiento jurídico, eran derechos preferentes o adquiridos conforme a ese ordenamiento, frente a otros usuarios, pero no podrían tener nunca ese carácter de “derechos adquiridos” frente al Legislador mismo y menos frente al Constituyente. El derecho es creación del Estado, y éste puede modificarlo, sin que nadie pueda deducir “derechos adquiridos” frente a situaciones jurídicas generales para alegar su inmutabilidad.

Por tanto, la extinción de estos derechos preferentes con motivo de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público, no dan, en ningún caso, derecho a indemnización por parte de sus antiguos titulares. Estos, lo que deben hacer es solicitar la respectiva concesión.

404 V., Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 16-11-65 en *Gaceta Forense*, n° 50, p. 72. Contrariamente V., Sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Federal Accidental de 18-1-37 en *Memoria 1938*, pp. 428 y 429. V., También en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo I, Caracas, 1975, pp. 247 y 248.

405 V., Sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa de 30-4-41 en *Memoria 1942*, p. 199.

406 V., Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal Accidental de 16-11-33 en *Memoria 1934*, pp. 198 y 199. Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Dominio Público...* cit. p. 98.

En todo caso, para el supuesto negado en que se pudiera considerar que estos derechos preferentes al aprovechamiento de aguas del dominio público, como conllevaban la "apropiabilidad" de las aguas conforme al Código Civil, (Art. 539) eran derechos dominicales, los mismos se podrían transformar en la legislación nueva en derechos de uso y aprovechamiento, mediante su reconocimiento, previa comprobación del usuario, por parte de la Administración y el otorgamiento de la respectiva concesión.

B. *Efectos de la declaración de las aguas como del dominio público en relación con los antiguos derechos de propiedad de las aguas*

Pero la declaratoria general de todas las aguas como bienes del dominio público no sólo ha afectado a quienes tenían derechos preferentes de aprovechar dichas aguas, los cuales, como se dijo, se han extinguido; sino que también afecta a los titulares de antiguos derechos de propiedad sobre las aguas.

En este caso, el efecto de la declaratoria de las aguas como del dominio público es que estos derechos de propiedad privada, han quedado extinguidos. Sin embargo es necesario determinar la naturaleza de esta extinción, y precisar si estamos en presencia de una confiscación, ya que no se ha expropiado la propiedad, conforme lo indica la misma Constitución (Art. 115).

Estimamos que en este caso no estamos en presencia de una confiscación, sino de un cambio, respecto de determinados bienes, de un régimen jurídico por otro, lo cual no implica violación de la garantía constitucional de la propiedad, pues no hay privación singular de la misma en cuyo caso si podría haber lugar a indemnización. Esto, sin duda, exige aclaraciones.

Ciertamente que la Constitución garantiza el derecho de propiedad (Art. 115); pero sobre la misma lo que hay que comenzar por determinar es sobre qué bienes puede existir propiedad privada; o en otras palabras, determinar el ámbito de la propiedad privada en el sentido de establecer si es irrestricta y eterna y si se ejerce siempre, sobre todos los bienes o cosas existentes en un momento determinado; en definitiva, se trata de establecer como lo dice la Constitución, si puede haber restricciones legales al ámbito de la propiedad por razones de interés general.

Indudablemente, es el Legislador quien determina el ámbito de la propiedad, es decir, es quien puede determinar qué bienes son susceptibles de ser de propiedad privada y cuáles no lo son; y cuando realiza esa determinación está asignando o cambiando el régimen jurídico de determinados bienes, al establecer que estos son del dominio público o por el contrario, son susceptibles de ser de propiedad privada (Art. 525 Código Civil).

Esta calificación tradicionalmente establecida en el Código Civil, y a partir de la Constitución de 1999 en el propio texto constitucional, sin embargo, ni es absoluta, ni eterna, ni inmutable. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no existen bienes del dominio público o de propiedad privada, que lo sean "por naturaleza". La existencia de unos y otros depende única y exclusivamente de la voluntad del Legislador⁴⁰⁷ o del Constituyente; por lo que tanto el dominio público como la propiedad privada son conceptos jurídicos. El Legislador tradicionalmente ha manejado estos conceptos y ha deslindado la clasificación básica de ambos tipos de dominio en el Código Civil, por lo que el ámbito de la propiedad privada no llega hasta los bienes que han sido declarados por el Legislador, y ahora por el Constituyente, como bienes del dominio público.

Ahora bien, el deslinde jurídico que tradicionalmente ha hecho el Código Civil entre bienes susceptibles de propiedad privada y bienes que no lo son (dominio público), no es ni ha sido una demarcación cerrada y eterna, que no admita modificaciones. Al contrario, las leyes se derogan y modifican por otras leyes, y en la Constitución, donde *está el límite* de la acción del Legislador, no se consagra el carácter absoluto e inmutable de la propiedad privada y en cambio, ahora se declaran determinados bienes como del dominio público. Por otro lado, el Legislador, en un momento determinado, podría excluir ciertos bienes del ámbito de la propiedad privada, declarándolo del dominio público, como ha sucedido en la Constitución de 1999, lo cual no implicaría, en absoluto, una violación del derecho de propiedad.

El legislador, por tanto, puede declarar ciertos bienes como del dominio Público. Por ello, no sólo el mismo Código Civil al hablar de

407 Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, Buenos Aires. 1960, pp. 43, 47 y 119 y ss.

los bienes del dominio público deja a la interpretación la expresión “y demás semejantes” (Art. 539), sino que como se dijo, el Código Civil, como toda ley, es modificable por otra ley de la misma jerarquía. En un sistema federal como el venezolano, por ejemplo, la cuestión de determinar qué bienes son del dominio público y, por tanto, no susceptibles de ser de propiedad privada, es una cuestión civil que, como tal, está reservada al legislador nacional (Art. 156, 32 de la Constitución) Por tanto, no podrían los Estados ni los Municipios agregar a la enumeración del Código Civil, otros bienes del dominio público.

Pero dejando a un lado esta limitación derivada de la estructura federal, es evidente que el legislador nacional podría modificar la enumeración que hace de los bienes del dominio público el Código Civil, sea mediante la reforma del Código, o mediante otra ley.

Esto ha sucedido, por ejemplo, en las sucesivas reformas del Código Civil y por ejemplo en la Ley que en su momento creó el Instituto Autónomo del Aeropuerto Internacional de Maiquetía de 1971, en cuyo artículo 9 declaró como “bienes del dominio público aeronáutico” los siguientes:

- “1. Las zonas aéreas de acceso al aeropuerto dentro de los límites que fije el Ejecutivo Nacional;
2. Las aéreas de información de vuelo en sus distintas alturas correspondientes al aeropuerto;
3. Las aerovías en los trayectos que señale el Ejecutivo Nacional;
4. Las instalaciones y dispositivos para la protección de los vuelos y demás operaciones de seguridad aérea, así como los espacios donde se alojaren, que señale el Ejecutivo Nacional, situados o no en el área de funcionamiento del aeropuerto;
5. Las pistas de despegue y aterrizaje y todas las otras áreas que formen parte del dominio público terrestre determinadas por el Ejecutivo Nacional”.

No puede ponerse en duda, en ningún caso, la procedencia de cualquier modificación legal o constitucional a la enumeración de los bienes del dominio público que establece el Código Civil. Ello no sería otra cosa que la modificación de normas de derecho objetivo por otras normas.

Recientemente ha ocurrido incluso, respecto de bienes (tierras rurales) del dominio privado del Estado que en 2001 con la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*⁴⁰⁸, se han declarado como del dominio público, cambiándole su status jurídico. El artículo 99 de dicha Ley dispuso, que a partir de su entrada en vigencia:

“Las tierras propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles”⁴⁰⁹.

Esta norma, sin duda, también constituyó una novedad en el ordenamiento jurídico venezolano, pues a partir de su entrada en vigencia (2001) se produjo un cambio radical en el régimen jurídico de los bienes inmuebles patrimoniales del Estado, que fueron objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles.

Entre esos bienes inmuebles o tierras propiedad de los entes territoriales están los de carácter rural, que a los fines de la reforma agraria estaban adscritos al antiguo Instituto Agrario Nacional, entre los cuales estaban evidentemente las denominadas tierras baldías. Respecto de ellas, el cambio de régimen jurídico implicó que de haber sido desde tiempo inmemorial bienes del dominio privado o bienes patrimoniales del Estado, han pasado a ser bienes del dominio público; cambiándose así lo que se había venido regulando tanto en el Código Civil y la vieja Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, como en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional. Además, conforme a la Disposición Final Segunda de la Ley, se ha transferido la propiedad y posesión de la totalidad de las tierras rurales del antiguo Instituto Agrario Nacional al Instituto Nacional de Tierras.

Por otra parte, los mismos cambios de régimen jurídico pueden ocurrir respecto de otras garantías constitucionales como la libertad económica. El Estado, cuando se reserva determinadas industrias

408 V., Decreto-Ley n° 1.546 publicado en *Gaceta Oficial* n° 37.323 de 13-11-2001

409 El texto del artículo ha permanecido igual (Art. 95), en la reforma de la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario* publicada en *Gaceta Oficial* n° 5.771 Extraordinario del 18-05-2005.

(Art. 302 de la Constitución), lo que hace es excluir ciertas actividades del ámbito de la libertad económica, y la reserva, en sí misma, no conlleva derecho alguno a indemnización por parte de los antiguos industriales, salvo que el Estado asuma las industrias que eran de los particulares.⁴¹⁰ Pues bien, algo similar sucede en materia de propiedad: cuando el Estado declara ciertos bienes como del dominio público por voluntad del Constituyente o del Legislador,⁴¹¹ lo que hace en realidad, es excluir ciertos bienes del ámbito de la propiedad privada, y esta exclusión, en sí misma, no conlleva derecho alguno a indemnización por parte de los antiguos propietarios, pues aquí falta el requisito de la especificidad del sacrificio.⁴¹²

En estos casos, el Constituyente o el Legislador ni expropia unos derechos determinados ni los confisca; sólo establece que un género de bienes no pueden ser susceptibles de propiedad privada, es decir, que ésta no puede existir, y que la que existía, se extingue, por imposibilidad en el objeto.⁴¹³

Pero tratándose de la calificación general de un bien como del dominio público, el problema se plantea, sin duda, cuando el cambio de la condición jurídica de un bien afecta a quienes hasta el momento

410 Cfr. Opinión del Contralor General de la República sobre el Articulado del Proyecto de Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, en *Revista de Control Fiscal*, n° 77 Caracas 1975 p. 36.

411 Sobre la competencia legislativa para ello no hay lugar a dudas. Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, cit., p. 132; Benjamín Villegas Basabilbaso, *op. cit.*, Tomo IV, pp. 92 y 313.

412 V., R. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona 1970, Tomo II, pp. 419 y 420. Cfr. Annibale Quilardoni, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, Roma, 1935, Tomo I, p. 158, n° 189, cit., por Alberto Spota, *Tratado de Derecho de Aguas*, Tomo I, Buenos Aires, 1941, p. 21, Nota n° 30. En contra V., Miguel S. Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, cit., p. 132 y 133.

413 En este sentido, Pedro Pablo Azpúrua, Amelio Useche, Eduardo Buroz, Cecilia Sosa de Mendoza, Allan R. Brewer-Carías, y Sebastián Martín Retortillo sostienen que: "La declaratoria general del carácter público de todos los recursos hidráulicos, no ocasionaría para el Estado obligación alguna de indemnizar en relación con aquellas aguas y cauces que hasta el presente hubiesen sido del dominio privado. Y ello por la elemental razón de que no estamos frente a un supuesto de expropiación forzosa, sino de un cambio de régimen jurídico de unos bienes, que realiza con carácter general el Poder Legislativo. Una situación frente a la que evidentemente no hay derechos adquiridos", en *Criterios y Principios para un reordenamiento jurídico de las Aguas*, Caracas, 1974, p. 17.

de la declaratoria ejercían un derecho de propiedad sobre el referido bien. Tal como lo planteó Marienhoff:

“Puede ocurrir que el legislador, mediante una norma de alcance general, declare que toda una categoría de bienes que hasta entonces era propiedad privada de los habitantes, en lo sucesivo ostente calidad de bien *público*. Hay ahí un cambio del derecho objetivo que produce como efecto principal la transferencia de dominio de toda una categoría de bienes, que del patrimonio privado de sus titulares pasa a integrar el *dominio público* del Estado.

No es posible poner en duda la procedencia legal de tal procedimiento, siempre que éste lo efectúe la autoridad competente para disponer ese cambio en la condición jurídica de las cosas. Pero sí es pertinente preguntar si ello genera o no consecuencias de carácter económico a cargo del Estado, o, más claramente, si para lograr ese traspaso de bienes privados al dominio público, el Estado debe o no indemnizar a los propietarios que en lo sucesivo se verán privados de lo suyo.

Guicciardi no ve obstáculo alguno para que el derecho del individuo ceda ante el derecho del Estado, siempre que ello se lo efectúe con carácter “general”, o sea, en modo igual para todos los ciudadanos, mediante una modificación del derecho vigente; Alessi piensa en igual forma, agregando que en tales supuestos no procede indemnización alguna; lo mismo opina Zanobini”.⁴¹⁴

En efecto, R. Alessi, en sus *Instituciones de Derecho Administrativo*, sostiene lo siguiente:

“Para el dominio público necesario al problema del comienzo de la dominialidad es un problema de unidades específicas, en cuanto que afectando la dominialidad necesariamente a todo un género de bienes, independientemente de su previa pertenencia al Estado, la iniciación de la dominialidad debe buscarse en un momento común a todo el género, es decir, en la promulgación de la norma que extiende la dominialidad al género.

En consecuencia, la Administración no puede, mediante una declaración especial de voluntad, extender la dominialidad a un bien determinado si dicha dominialidad no se ha establecido por la norma para todo

414 *Op. cit.*, p. 132.

el género; por el contrario, una vez establecida la dominialidad con carácter general, no se requiere una especial afectación de cada uno de los bienes mediante acuerdos especiales. *Por otra parte, si antes de la extensión de la dominialidad a todo el género, algunos de los bienes concretos del mismo fueran de propiedad privada, la promulgación de la Ley que establece la dominialidad sería causa de pase automático de la propiedad de cada uno de los bienes al Estado, sin que ello pudiera dar motivo a indemnización, al faltar el requisito de la especialidad del sacrificio del derecho privado. (Lo que sucede, por ejemplo, después del texto refundido de 11 de diciembre de 1933, n° 1.775 que extendió la dominialidad a las aguas subterráneas)*"⁴¹⁵

Con la tesis de la ausencia de presunto derecho a indemnización de los propietarios afectados en los casos de declaratoria general de cierto género de bienes como del dominio público, sin embargo, disintió el propio Marienhoff con base en el siguiente argumento:

"En el caso de referencia no se trata de una simple *restricción* al dominio en interés público, sino de una *privación* total del derecho de propiedad, cosa que, constitucionalmente, entre nosotros sólo puede ocurrir mediante expropiación y previa indemnización: único procedimiento jurídico mediante el cual los habitantes del país pueden ser privados de su propiedad.

De manera que el traspaso al dominio público de toda una categoría de bienes hasta entonces de propiedad *privada* de los habitantes, sólo será lícito en tanto no se afecten derechos de índole patrimonial, pues éstos hallanse protegidos por la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. El dominio es *perpetuo*, y, no contando con el asentimiento del interesado, sólo puede desaparecer mediante expropiación"⁴¹⁶

En realidad, la argumentación de Marienhoff tuviera fundamento, si se tratase del sacrificio de determinados propietarios que serían afectados, y no del sacrificio de la propiedad (género) en sí misma. La propiedad no es, en absoluto, perpetua; su existencia depende del legislador y éste puede determinar que ciertas categorías de bienes no serán susceptibles de apropiación privada. En estos casos, como se ha dicho, no se trata de "expropiar" unos derechos determinados; se trata de establecer que sobre un género de bienes no se puede ejercer

415 V., R. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo II, pp. 419 y 420.

416 V., Miguel Marienhoff, *op. cit.*, pp. 132 y 133

la propiedad privada, es decir, que ésta no puede existir y que la que existía se extingue por imposibilidad en el objeto de la misma. No puede hablarse, por tanto, de "confiscación", por lo demás prohibida en nuestro ordenamiento constitucional.

Es indudable, y así lo ha determinado toda la construcción jurídica de la responsabilidad del Estado por acto del legislador, que el elemento básico para pretender una indemnización del Estado por una lesión a algún derecho producido por una ley, es el de la singularidad y especificidad del sacrificio o lesión causada. Si ésta no existe no surge el derecho a indemnización.

En materia de aguas, por otra parte, esta es la tendencia en el derecho comparado. En Francia, por ejemplo, sólo se reconoce derecho a indemnización cuando de acuerdo al Código Fluvial se ubica en el dominio público *un* curso de agua, *una* sección de un curso de agua o *un* lago, es decir, un bien individualizado.⁴¹⁷ El problema, por supuesto, en algunos sistemas podría ser controvertido en torno a la eventual procedencia de la indemnización.⁴¹⁸

En efecto, para el supuesto de que frente a una ley que declare un género de bienes como del dominio público, ante la cual no se podría alegar derechos adquiridos,⁴¹⁹ se podría pretender reclamar indemnización del Estado por la eventual lesión de un derecho de propiedad, lo que significaría exigir la responsabilidad del Estado por acto legislativo.

Sin embargo, frente a esto, es necesario decir, de una vez, que la construcción jurídica de toda la responsabilidad del Estado legislador, se ha fundado en el supuesto de que para pretender una indemnización del Estado por una lesión a algún derecho derivado de una ley, es necesaria la singularidad y especificidad del sacrificio o lesión. Si esta no existe, no surge el derecho a indemnización; o en otras pa-

417 V., J. Lamarque, *Droit de la Protection de la Nature et de l'environnement*, París, 1973, p. 285

418 Véanse los comentarios sobre la legislación del Estado de Florida, U. S. A., en National Water Commission, *A Summary Digest of State Water Laws*. pp. 19, 221 y 222.

419 Cfr. Ramón Martín Mateo, "La determinación del contenido de la propiedad inmobiliaria", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Madrid, 1969, Tomo V, pp. 169 y 170.

labras, si la nueva Ley afecta a todos por igual, es decir, si los efectos son realmente efectos generales, no surge obligación de indemnizar.⁴²⁰

En otras palabras, frente a la pregunta de si el Estado podría estar obligado a indemnizar en virtud del ejercicio de su potestad normativa, se ha dicho lo siguiente:

*“La respuesta a este interrogante es unánimemente positiva, si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial... Esta respuesta se basa en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos”.*⁴²¹

Lo anterior, no hay duda, no es más que la confirmación de que toda la teoría de la responsabilidad del Estado por acto legislativo está fundamentada en el “principio de la igualdad ante las cargas públicas”;⁴²² por lo que si no se ha violado dicho principio no procedería indemnización frente al sacrificio legal y no hay duda, que una norma que contenga la declaratoria de un género de bienes como del dominio público, no lesiona *especialmente* el derecho de un propietario, sino a todos los habitantes por igual, al excluir dichos bienes del ámbito de los que puedan ser de propiedad privada.

En definitiva, por tanto, la declaratoria de todas las aguas como bienes del dominio público, al no lesionar especialmente el derecho de un propietario, sino a todos los habitantes por igual, y excluir dichos bienes del ámbito de los que pueden ser objeto de propiedad privada, no origina derecho alguno de indemnización.

420 Cfr. Enrique Sayagués-Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, p. 610; Enrique Sayagués-Laso, “Responsabilité de l'Etat en raison des actes Législatives”, en *Le Conseil d'Etat, Livre Jubilaire*, París 1952, p. 622; Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, n° 68, Madrid 1972, p. 132.

421 V., Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, n° 68, Madrid, 1972, p. 132.

422 V., Pierre Delvolvé, *Le Principe d'égalité devant les charges publiques*, París, 1969, p. 240.

Pero el problema en realidad, es menos grave de lo que pudiera parecer, porque los derechos de propiedad que hasta diciembre de 1999 existían sobre los manantiales, los arroyos y las aguas pluviales y que son los afectados por la declaratoria constitucional, como se dijo, se podrían transformar en un derecho de uso individualizado, conforme a la legislación que se dicte, por lo que los antiguos propietarios no perderían su derecho de aprovecharse de dichas aguas.

La principal incidencia de la declaratoria general de todas las aguas como del dominio público, sin duda, ha sido en relación a las aguas subterráneas las cuales, conforme a la remisión que el propio Código Civil hacía a las leyes especiales para excluir a lo que esté debajo de la superficie del suelo, del ámbito de la propiedad privada (Art. 549), las mismas estarían sometidas a un régimen similar al de los hidrocarburos. En la legislación que se dicte, sin embargo, podría establecerse respecto de estos derechos afectados, su transformación en derechos de uso y aprovechamiento, para lo cual a los antiguos titulares, previa demostración de su derecho, se les podría reconocer mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión.

En esta forma, la declaratoria de todas las aguas como del dominio público en la Constitución de 1999, a los que tenían algún derecho de propiedad sobre las aguas, en realidad no les afectaría sustancialmente, pues se podría prever la conversión de su antiguo derecho de propiedad en un derecho de uso individualizado o en un derecho especial mediante concesión.

Todo ello deberá establecerse en la Ley de Aguas⁴²³ que debe dictarse, para cuya elaboración hay muchas ideas y proyectos preparados en los últimos años⁴²⁴

423 Como se dijo, con posterioridad a la elaboración de este estudio se sancionó la Ley de Aguas, G. O. n° 38.595 de 02-01-07

424 Véase por ejemplo, los principios elaborados para la Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos en 1973 en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y administración de las aguas y otros recursos naturales renovables*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 175-192

QUINTA PARTE
RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 12. NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO EN VENEZUELA*

I. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Los contratos del Estado, contratos estatales o contratos públicos, son todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos) es una persona jurídica estatal⁴²⁵, es decir, que está integrada en la organización del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe. los institutos autónomos) o de derecho privado (pe. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.

Estos contratos del Estado, en nuestro criterio, han sido calificados en la Constitución como contratos de interés público (nacional, estatal o municipal) y en algunas leyes, algunos de ellos han sido calificados como "contratos administrativos.

* Documento preparado para las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, sobre Contratos administrativos, Caracas, octubre 2005; publicado en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas 2006, pp. 449 a 479.

425 V., Allan R. Brewer-Carías, "Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999" en *Derecho Público Contemporáneo: Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

En efecto, en la Constitución de 1999, como la ley suprema y principal fuente del derecho, en materia de contratos del Estado, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título IV sobre el "Poder Público", regula a los "contratos de interés público", noción que en los artículos 150 y 151 se adoptó para identificar contratos suscritos por las entidades públicas, es decir, las personas jurídicas estatales, o las que integran el sector público y que en general se engloban en la noción de "Estado". La noción puede considerarse como equivalente a las nociones de *contratos públicos*⁴²⁶, *contratos del Estado*⁴²⁷, o *contratos de la Administración*⁴²⁸; o la noción en inglés de *Public Contract*⁴²⁹; a la noción francesa de *contrats de l'administration*⁴³⁰; a la italiana de *contratti della pubblica amministrazione*⁴³¹; o a la portuguesa de *contratos de administração pública*⁴³²; todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, la Administración Pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen propósitos de interés público. Esa fue la intención de la propuesta que formulamos respecto de esa norma ante la Asamblea Nacional Constituyente durante la elaboración de la Constitución de 1999⁴³³.

En virtud de que Venezuela está organizada como un Estado federal (Art. 4, C.) con tres niveles de gobierno (nacional, estatal, municipal) (Art. 136 C.), la intención de la regulación de la clasificación de los contratos de interés público en el artículo 150 de la Constitución, en "contratos de interés público nacional", "contratos de interés público estatal" y "contratos de interés público municipal"; fue referirse a los contratos suscritos, respectivamente, por entidades públi-

426 Sabino Álvarez Guendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

427 Jorge Enrique Romero Pérez, *Los contratos del Estado*, San José Costa Rica, 1993.

428 Álvaro Pérez Vives, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

429 Marco D'Alberti, *I "Public contracts" nell'esperienza Britannica*, Napoli, 1984.

430 André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 Vols., Paris, 1956.

431 Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; Francesco Paolo Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1974.

432 Juarez de Oliveira, *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo 1993.

433 V., Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173 y ss.

cas nacionales, entidades públicas estatales y entidades públicas municipales⁴³⁴. En consecuencia, la intención de la regulación constitucional fue la de considerarse como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 2.241 del 3 de septiembre de de 2000⁴³⁵, restringió la noción de “contrato de interés público” del artículo 150 de la Constitución, para comprender sólo aquellos contratos suscritos por la República, los Estados y los Municipios en los que esté envuelto un interés nacional, estatal y municipal. En consecuencia, conforme a esta doctrina, que no compartimos, los contratos suscritos por ejemplo por

434 V., en general: Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortiz, “Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, n° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 173; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 287 ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 123 ss.; y Ricardo Combella, *Derecho Constitucional: Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 115 y ss.

435 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como la el más alto y último intérprete de la Constitución en esa sentencia (Caso: *Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*), estableció una interpretación vinculante, y redujo la categoría de los “contratos de interés público” (Art. 150 C.) a aquellos suscritos o celebrados por la República, los Estados y los Municipios, en consecuencia, excluyendo de tal calificación a los contratos públicos suscritos por institutos autónomos o empresas públicas nacionales como por ejemplo podría ser PDVSA. El argumento central de la decisión de la sala se refirió al tema de la autorización parlamentaria previa en relación con los contratos de deuda pública suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

institutos autónomos o empresas del Estado nacionales, no pueden considerarse como “contratos de interés público nacional” conforme al artículo 150 constitucional. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 150 de la Constitución de 1999, un contrato suscrito por ejemplo por Petróleos de Venezuela (PDVSA) no podría considerarse como un contrato de interés público nacional, lo que no tiene sentido. Sin embargo, y sin duda, es un contrato público nacional suscrito por una entidad pública estatal, en particular, una empresa del Estado o persona jurídica de derecho privado estatal.

II. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LAS CLÁUSULAS OBLIGATORIAS.

En Venezuela, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, como en cambio ha sucedido, por ejemplo, en España con la Ley de Contratos de las Administraciones⁴³⁶ o en Colombia, con la Ley de Contratos del Estado⁴³⁷. En particular, en cuanto concierne a los denominados “contratos administrativos” solo dos leyes utilizan esta expresión⁴³⁸, por una parte la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1965, respecto de las concesiones de explotación forestal (Art. 65), y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (Art. 5,25), para resolver las controversias que resulten de contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

Aparte de estas dos previsiones legales, no existen en el ordenamiento jurídico otras leyes que hablen de contratos administrativos, lo que no excluye que existan muchas otras leyes que regulen lo que

436 V., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

437 V., Jorge Vélez García y Allan R. Brewer-Carías, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Bogotá, 1995; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 30-31.

438 V., Jesús Caballero Ortíz, “*Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?*”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1773; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 49-50.

la doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han considerado como contratos administrativos, como por ejemplo, los relativos a servicios públicos, a las obras públicas o a concesiones de explotación de recursos naturales o de monopolios fiscales (p.e. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de Promoción de Inversiones mediante Concesiones, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley del Servicio Eléctrico, la Ley de Minas, la Ley relativa a la producción de fósforos⁴³⁹.

Ahora bien, aún en ausencia de una ley general sobre los contratos del Estado, lo cierto es que la Constitución establece un conjunto de regulaciones que dan origen a cláusulas obligatorias que deben estar en todos los contratos del Estado (nacionales, estatales y municipales) o en algunos de ellos.

En efecto, en primer lugar puede mencionarse que la Constitución establece ciertas prohibiciones: a) los funcionarios públicos (nacionales, estatales y municipales) no pueden suscribir contratos con entidades públicas (nacionales, estatales o municipales) (Art. 145); y b) los diputados a la Asamblea Nacional no pueden ser dueños, gerentes o directores de empresas que contraten con entes públicos (Art. 190).

En segundo lugar, la Constitución establece ciertas cláusulas obligatorias que deben ser expresa o tácitamente incorporada en todos los contratos públicos, como la cláusula de inmunidad de jurisdicción y la cláusula "Calvo" relativa a reclamaciones internacionales o en algunos de ellos, las cláusulas de protección ambiental.

En efecto, de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución, en todos los contratos públicos (nacionales, estatales y municipales), aún cuando no esté expresamente establecido, se debe considerar incluida una cláusula conforme a la cual todas las controversias que puedan resultar de la ejecución de los mismos, y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, deben ser decididas por los tribunales competentes venezolanos de acuerdo con la ley venezolana⁴⁴⁰. Se trata del principio de la inmunidad de soberanía del Estado,

439 Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 50-51

440 V., en general, Beatrice Sansó de Ramírez, "La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999", en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*,

el cual sin embargo tiene su excepción expresamente establecida en la Constitución en relación con contratos en los cuales, por su naturaleza, no se considere procedente dicha cláusula (Art. 151 C.)⁴⁴¹. En virtud de esta excepción, puede considerarse que el ordenamiento legal venezolano abandonó el sistema absoluto de inmunidad de jurisdicción sustituyéndolo por el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción, permitiendo entonces, que las entidades públicas, como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos públicos, queden sujetas a jurisdicciones extranjeras o a tribunales arbitrales y que incluso establezcan como aplicable para la resolución de la controversia lo dispuesto en leyes extranjeras⁴⁴².

Por supuesto, en esta materia no hay formulas universales que puedan determinar la "naturaleza" de los contratos para el establecimiento de la excepción del principio de inmunidad jurisdiccional; sin embargo, en derecho internacional se ha considerado que la naturaleza del contrato a tales fines, no puede basarse en el sólo hecho de que el Estado o una entidad pública sea o no parte contractual, o que use o no sus poderes de soberanía, o que el contrato sea o no un contrato de interés público. En consecuencia, la naturaleza del contrato para permitir que las controversias derivadas de su ejecución se sujeten a una jurisdicción extranjera o a arbitraje, o para que se aplique la ley extranjera, se debe basar en la consideración de la naturaleza comercial del mismo, en particular, cuando la otra parte sea una empresa extranjera. En la antes mencionada decisión de la Corte Suprema de Justicia de 17 de agosto de 1999 (Caso: *Apertura Petrolera*), incluso se admitieron otras consideraciones diferentes a la naturaleza comercial del objeto del contrato para aplicar la excepción y admitir el arbitraje, vinculadas a la importancia económica del mismo, evaluada por la Administración Pública y la Asamblea Nacional.

Temas sobre la Constitución de 1999, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 333-368.

441 Durante las discusiones del proyecto de Constitución nos correspondió proponer la inclusión de este artículo ante la Asamblea nacional Constituyente en 1999, siguiendo lo que estaba previsto en la Constitución de 1961 en relación con la excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional. V., Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo I, Caracas, 1999, pp. 209 y ss.

442 V., Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 130 a 137.

La segunda cláusula obligatoria que la Constitución impone a todos los contratos de interés público, también en su artículo 151, es la llamada cláusula *Calvo*, conforme a la cual en todos los referidos contratos, se debe considerar incorporada tácitamente la previsión conforme a la cual en ningún caso la ejecución de los contratos puede originar reclamaciones extranjeras contra la República⁴⁴³. El origen de esta cláusula en la Constitución de 1883, fue el rechazo de todo tipo de reclamaciones diplomáticas por parte de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, en los casos en que los Estados extranjeros actuaban por cuenta de empresas o ciudadanos extranjeros, basándose en la consideración de que todos los extranjeros en Venezuela deben ser tratados en las mismas condiciones de igualdad que los venezolanos, excluyendo toda posibilidad de que las controversias entre partes derivadas de la ejecución de un contrato público, cuando una de las partes sea una empresa o ciudadano extranjero, puedan considerarse como controversias internacionales ⁴⁴⁴.

La tercera cláusula obligatoria respecto de contratos públicos establecida en la Constitución, es la cláusula temporal que deben contener todos los contratos destinados a la explotación de los recursos naturales propiedad de la nación o para la prestación de servicios públicos. En tal sentido el artículo 113 de la Constitución establece que esos contratos públicos siempre deben tener un tiempo de duración, y adicionalmente deben contener siempre una cláusula que establezca adecuados beneficios para la entidad pública concedente, de acuerdo con el interés público envuelto. El artículo 150,10 de la Cons-

443 V., Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 137 y ss.

444 El origen de la cláusula, lo que explica su denominación "Calvo", estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual el autor refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. Esta cláusula "Calvo" también influyó en la concepción de la "Doctrina Drago", formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis Maria Drago, como reacción contra las acciones bélicas de Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela para cobrar por la fuerza las deudas públicas con los Estados europeos. V., Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*, Madrid, 1927.

titución también prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras por tiempo indefinido.

Por último, la cuarta cláusula obligatoria para los contratos públicos establecida en la Constitución, se refiere a los contratos que puedan afectar los recursos naturales suscritos por la República (no otros entes públicos como las empresas del Estado), en los cuales debe considerarse tácitamente incorporada la obligación para el contratante de preservar el equilibrio ecológico y permitir el acceso y transferencia de tecnología y el restablecimiento del ambiente a su situación natural cuando fuere alterado en los términos establecidos legalmente⁴⁴⁵.

Por otra parte, en relación con las formalidades para la validez de los contratos de interés público, el artículo 150 de la Constitución cambió radicalmente⁴⁴⁶ la previsión que establecía la Constitución de 1961 en el sentido de que todos los contratos de interés público nacional fueran aprobados por el entonces Congreso nacional. Ahora, la Constitución en su artículo 150, como ha sido interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia n° 2.241 de 3 de septiembre de 2002⁴⁴⁷, exige que los contratos de interés público nacional suscritos por la República requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional sólo cuando esté expresamente establecido y exigido por una ley. En consecuencia, solo cuando una particular ley establece que determinado contrato de interés público nacional suscrito por la República debe ser sometido a la aprobación de la Asamblea nacional, este requerimiento formal es necesario como condición de validez del contrato (Art. 182,9 C.).

445 V., en general, Alberto Blanco-Urbe Quintero, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente: Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64.

446 El cambio constitucional lo propusimos ante la Asamblea Nacional Constituyente durante las discusiones de la Constitución de 1999. V., Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 175-177.

447 Como se dijo, la argumentación central de la Sala Constitucional en su sentencia de 2 de septiembre de 2002, se refirió a la necesidad de la previa autorización parlamentaria en relación con todos los contratos de interés público de deuda pública suscritos por la República, los Estados y los Municipios.

Sin embargo, la Constitución expresamente regula la necesidad de autorización parlamentaria (Arts. 150 y 187,9), de acuerdo con la misma interpretación del Tribunal Supremo antes mencionada, en relación con los contratos de interés público nacional suscritos por la República, los Estados y Municipios con Estados extranjeros o entidades públicas extranjeras o con empresas no domiciliadas en la República.

Aparte de estas regulaciones generales de fuente constitucional, como se dijo, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, por lo que salvo lo que se disponga en leyes especiales de obligatoria aplicación a los contratos del Estado, los mismos, como cualquier otro contrato, se rigen básicamente por las cláusulas establecidas en el contrato mismo, y por el Código Civil, siendo éste de aplicación supletoria, en el sentido que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en el texto contractual.

En consecuencia, las partes en los contratos del Estado, y salvo las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas, en principio tienen completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales en las cláusulas que estimen conveniente a sus intereses particulares, sin estar sujetas a las regulaciones generales o específicas del Código Civil. La consecuencia de lo anterior, es que en materia contractual, y salvo por lo que se refiere a las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas, el principio es que casi todas las regulaciones legales son supletorias a la voluntad de las partes y sólo se aplican en ausencia o insuficiencia de las previsiones adoptadas por ellas.

Por ello es que de acuerdo con el artículo 1270 del Código Civil, las obligaciones contenidas en los contratos deben cumplirse precisamente como se han contraído; y de acuerdo con el artículo 1160 del mismo Código, los contratos deben cumplirse de Buena fe y las partes están obligadas no sólo a cumplir con lo expresamente establecido en el contrato, sino con todas las consecuencias que resulten de los mismos, de acuerdo con la equidad, el uso y la ley.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano, en consecuencia, la relación contractual entre las partes está establecida en el contrato siendo el límite legal básico que tienen al regularla, es que de acuerdo con el artículo 6 del Código Civil, es que mediante los con-

tratos las partes no pueden alterar las regulaciones legales, ni las cláusulas contractuales pueden ser contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

El concepto de orden público, en el sistema legal venezolano, se refiere a situaciones en las cuales la aplicación de una disposición legal concierne al orden legal general e indispensable para la existencia de la propia comunidad, que no pueden ser relajadas por la voluntad de las partes, concepto que por supuesto, no se aplica en los asuntos que sólo conciernen a las partes en una controversia contractual. Por ejemplo, normas de orden público son aquellas que establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, incluso las competencias de los jueces, y aquellas que conciernen a los poderes tributarios de las entidades públicas. En el campo del derecho privado, por ejemplo, todas las leyes o normas relativas al estado de las personas (por ejemplo, *patria potestad*, divorcio, adopción) son normas en las cuales está interesado el orden público y las buenas costumbres⁴⁴⁸.

En otros casos, es el mismo legislador el que ha expresamente indicado, en ciertas leyes, que las mismas son de orden público, en el sentido de que sus normas no pueden ser modificadas mediante relaciones contractuales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004⁴⁴⁹, en cuyo artículo 2 se dispone que sus normas son de orden público por lo que no pueden ser renunciadas ni relajadas por las partes.

Puede decirse que, en general, los contratos del Estado no contienen normas contrarias al orden público o a las buenas costumbres, por lo que en general, tienen fuerza de ley entre las partes (Art. 1159 CC), y obligan a las partes a cumplir lo que está expresamente regulado en las cláusulas contractuales y cumplir las obligaciones precisamente como fueron contraídas (Arts. 1160 y 1270 CC.).

En virtud de ese carácter que tienen los contratos, incluyendo los contratos del Estado, de tener la fuerza de ley entre las partes, las obligaciones contractuales particularmente en los contratos estatales, tienen que configurarse conforme a las cláusulas contractuales, con-

448 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 265-268.

449 *Gaceta Oficial*, n° 37.930 de 04-05-2004

forme a las normas legales que resulten aplicables en el sector de la actividad económica en el cual se concluya el contrato, y supletoriamente, conforme a las normas del Código Civil.

En particular, en cuanto a las regulaciones de derecho administrativo aplicable a los contratos del Estado, debe precisarse que los principios de esa rama del derecho, como los de todas las otras, están básicamente establecidos en leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en virtud de ser la ley formal, la más importante fuente de esta disciplina, siendo las regulaciones legales en general supletorias en relación con los contratos estatales. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de Ley General de Puertos, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de la Ley Orgánica del Ambiente y de la Ley Penal del Ambiente, para sólo recordar algunas.)

Las leyes especiales, en general, proporcionan un marco importante para la actividad contractual. Sólo mencionemos la Ley Orgánica de la Administración Pública, que regula a los entes públicos y sus órganos⁴⁵⁰, incluso la competencia específica para contratar, y en particular a los institutos autónomos y empresas del Estado, que son los entes que generalmente suscriben contratos públicos con los particulares (Art. 28, 32 LOAP).

Por ejemplo, es el artículo 100 LOAP el que define a las empresas del Estado como sociedades mercantiles en las cuales un ente público (estatal) sea titular de más del 50% del capital social, siendo incluso posible su creación con un solo accionista (Art. 104). La personalidad jurídica de las mismas, al igual que la de cualquier sociedad mercantil, se adquiere mediante el registro de los estatutos en el registro mercantil conforme al Código de Comercio (Arts. 101).

El artículo 106 LOAP establece que las empresas públicas, siendo, personas establecidas conforme al derecho privado o "*personas jurídicas de derecho privado*", están sujetas a la legislación comercial ordinaria, particularmente establecida en el Código de Comercio, excepto cuando se disponga otra cosa en la misma Ley Orgánica de la Administración Pública (Art. 106). En este sentido, el Tribunal Supremo de

450 *Gaceta Oficial*, n° 37.305 de 17-10-2001. V., Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas 2002, pp. 62 ss.

Justicia mediante sentencia de la Sala Constitucional de 18 de marzo de 2002 ha señalado, por ejemplo, en relación con Petróleos de Venezuela (PDVSA), que el régimen legal que le es aplicable, es uno de carácter mixto, de derecho público y derecho privado, aún cuando preponderantemente de derecho privado debido a su organización legal, excepto en relación con sus relaciones con la República establecida a través de leyes y reglamentos vinculados con la Administración Pública⁴⁵¹.

III. LOS CONTRATOS ESTATALES, EL INTERÉS PÚBLICO Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Todos los contratos estatales o contratos del Estado, al tener como una de las partes contratantes un ente público o persona jurídica estatal, pueden considerarse como de interés público, en el sentido de que todo lo que interese a un ente público es de interés público. Por eso hemos considerado que la expresión contrato de interés público en la Constitución equivale a contrato público o del Estado.

Pero una cosa es el interés público y otra cosa es el servicio público; todo servicio público comporta una actividad de interés público, pero no toda actividad de interés público puede considerarse como servicio público.

En efecto, la expresión "*servicio público*" en el ordenamiento jurídico venezolano no puede usarse indiscriminadamente para calificar como tal a toda actividad de interés público. Como sucede en la doctrina del derecho administrativo anglosajón, la expresión "servicio público" conforme al *Black's Law Dictionary*⁴⁵², tiene un particular sig-

451 V., *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Caracas, 2002, p. 219.

452 En el *Black's Law Dictionary*, el término "public service" se aplica a las actividades o entidades "which specially serve the needs of the general public or conduce to the comfort and convenience of an entire community, such as railroads, gas, water and electric light companies; and companies furnishing public transportation". Si el servicio público es prestado por una empresa privada debe tener "an appropriate franchise from the state to provide for the necessity or convenience of the general public, incapable of being furnished by private competitive business, and dependent for its exercise on eminent domain or government agency", West Publishing, St. Paul, Minn., 1991, p. 858.

nificado relativo a "public utility"⁴⁵³, expresión que identifica a los servicios prestados al público en general por entidades o corporaciones públicas o mediante concesión de estas. En consecuencia, en el derecho venezolano y en el derecho anglosajón, no toda actividad de interés público puede ser considerada como servicio público, sino sólo aquellas que consisten en una actividad de prestación de interés público destinada a satisfacer las necesidades del público en general o de confort y conveniencia de la comunidad como globalidad como por ejemplo son los servicios de ferrocarriles, de transporte, de gas, de electricidad, de agua. En consecuencia, no es correcto identificar "servicio público" con cualquier actividad de interés general, pues de lo contrario, la noción carecería de utilidad.

Sin embargo, la noción de servicio público, equivalente también a la expresión francesa de "service public", que en el derecho administrativo latino ha sido una de las nociones más trajinadas, usadas y distorsionadas, en fin, de uso más abusivo, al punto de que en ciertos casos ha servido para identificar cualquier actividad de las entidades públicas, lanzando la noción a una permanente crisis conceptual⁴⁵⁴.

Resulta necesario, por tanto, tratar de identificar correctamente la noción y distinguirla de otras actividades de interés público, ya que su utilización ha sido extremadamente frecuente en la tarea de tratar de identificar a los "contratos administrativos" como una categoría dentro de los contratos estatales.

De acuerdo con el derecho venezolano, en efecto, en sentido equivalente a la noción de "public service or utility" antes indicada, un servicio público ante todo, es siempre una actividad mediante la cual un ente público o una empresa mediante concesión, presta regularmente a un servicio al público en general o a la comunidad entera,

453 V., Peter L Strauss et al., *Administrative Law. Cases and Comments*, University Casebooks Series, New York, 1995, pp. 339 ss. Cf. José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, p. 381.

454 V., entre los más recientes ensayos en la materia: Jaime Orlando Santofimio, "Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso" en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1882-1956; José Ignacio Hernández G., "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano" *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, EJV, Caracas, 2002, pp. 47-75.

como por ejemplo son los servicios de gas, teléfono, agua, electricidad, transporte. Se trata, siempre de una actividad de prestación⁴⁵⁵, mediante la cual la entidad pública directamente satisface necesidades públicas generales dando un servicio a la comunidad entera o al público general. En consecuencia, la característica esencial del servicio público es que siempre consiste en una actividad prestacional destinada al público en general, para satisfacer necesidades públicas de manera continua y regular, y que el ente público tiene que asumir en virtud de una obligación constitucional o legalmente establecida. Por ello es que los particulares no son libres de asumir dichas actividades prestacionales y sólo pueden cumplirlas mediante un contrato de concesión otorgado por el ente público respectivo, o en su caso, un permiso, una autorización o un registro en oficina pública⁴⁵⁶.

En nuestro criterio, esta definición de servicio público implica lo siguiente ⁴⁵⁷: Primero, que siempre se trata de una actividad prestacional que consiste en proveer o dar un servicio al público en general; por lo que el concepto se refiere precisamente a servicios'tales como gas, electricidad, agua, transporte, teléfono, lo que implica que siempre están regulados mediante leyes.

Segundo, se trata de servicios que el ente público respectivo debe cumplir o prestar en ejecución de una obligación constitucional o legal, de lo que resulta la necesaria existencia de una ley formal que los regule. De ello deriva la doctrina de que para que un servicio público exista es necesaria su calificación como tal mediante ley expresa⁴⁵⁸. En

455 V., por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias" en *Revista de Derecho Público*, n° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 65-71. V., también el reciente trabajo de José Ramón Parada, "Los servicios públicos en España", en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, pp. 1845-1869.

456 V., Allan R. Brewer-Carías", "El régimen constitucional de los servicios públicos", VI *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías"*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas, Marzo 5-8, 2002.

457 *Idem*.

458 Por ello, en relación con la noción de servicio público, algunos autores han concluido que solo las actividades expresamente calificadas como tales en las leyes pueden ser consideradas como servicios públicos. V., José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

consecuencia, no todo tipo de servicios prestados por los entes públicos pueden considerarse como servicios públicos, sino sólo aquellos que se prestan en ejecución de una obligación establecida en la Constitución o en una ley. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización.

Tercero, en virtud de que se trata siempre de una actividad que consiste en prestar servicios al público en general como consecuencia de una obligación impuesta al Estado, de acuerdo con el principio de la *alteridad* que existe en toda relación derecho/obligación, el público en general y los usuarios en particular pueden alegar tener un derecho constitucional o legal de recibir los servicios, e incluso pueden reclamarlos judicialmente⁴⁵⁹.

Cuarto, cuando una actividad se declara constitucional o legalmente como un *servicio público*, tal actividad no puede ser libremente cumplida por los particulares, pues está sujeta a alguna intervención o restricción estatal. En este caso, la libertad económica o libertad de empresa puede considerarse que está limitada, aún en grados diversos. En efecto, la declaración de una actividad como servicio público puede implicar primero, la exclusión total de cualquier posibilidad de que los particulares puedan prestar el servicio, como sucedía en el pasado, por ejemplo, con los servicios de correo; segundo, que el servicio se pueda prestar por los particulares mediante concesión o permiso otorgado por el ente público, como sucede en general, por ejemplo, con los servicios públicos domiciliarios; o tercero, que los servicios públicos pueden prestarse en forma concurrente entre el Estado y los particulares, sin mayores limitaciones, como sucede por ejemplo con los servicios de salud o de educación⁴⁶⁰.

En Venezuela, el artículo 302 de la Constitución establece la posibilidad de que el Estado se reserve, mediante ley orgánica y con fundamento en razones de conveniencia nacional, determinadas indus-

459 Por ello, el artículo 259 de la Constitución de 1999 le atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa competencia para resolver los reclamos por la prestación de los servicios públicos.

460 V., Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias" en *Revista de Derecho Público*, n° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 68 ss.

trias, explotaciones, bienes y “servicio” de interés público. En muchos casos, incluso, el monopolio estatal puede establecerse en relación no sólo en ciertas actividades (industrias, explotaciones) sino en servicios en particular. Sin embargo, en relación con los servicios públicos, su declaración legal como tales “servicios públicos” no implica necesariamente una reserve automática de la actividad al Estado, por lo que más bien, dependiendo del grado intervención estatal, los mismos pueden ser prestados por particulares mediante concesiones conforme al artículo 113 de la Constitución; o pueden prestarse por los particulares en forma concurrente. Pero en todo caso, una ley que regule la actividad como servicio público es siempre necesaria para ser tenidos como tal.

En la última de las decisiones importantes del Tribunal Supremo de Justicia sobre la noción de servicio público, y para resolver un recurso de nulidad interpuesto contra una resolución del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la Sala Político Administrativa de dicho Tribunal consideró “necesario estudiar la actividad del correo a la luz de los conceptos emanados de la doctrina, normativa y jurisprudencia, bajo el marco conceptual del servicio público”, estableciendo el siguiente criterio, coincidente con el que hemos sostenido:

“El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y por tanto, sometido a un régimen de Derecho público. (José PEÑA SOLÍS. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje nº 7. Caracas, 2002, pág. 433).

Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (*publicatio*), la gestión

directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público⁴⁶¹.

IV. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme a la doctrina tradicional, no todos los contratos del Estado pueden considerarse como “contratos administrativos”, pero sin duda, en presencia de cualquier contrato del Estado o contrato público, siempre surgirá la discusión sobre si debe o no considerarse como un contrato administrativo, en particular cuando de cuestiones de competencia judicial se trata.

Por otra parte, con frecuencia es la propia Administración contratante la que califica a cualquier contrato como contrato administrativo a los efectos de alegar la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común. Sin embargo, de hecho, si bien es cierto que en su origen en el siglo pasado, la distinción entre “contratos administrativos” y “contratos de derecho privado de la Administración” podía tener alguna importancia en relación con los poderes extraordinarios que podía ejercer la Administración contratante en relación con la ejecución de los “contratos administrativos” y que supuestamente no existían en los “contratos de derecho privado”; en la actualidad la distinción es inútil, ya que los poderes extraordinarios (*cláusulas exorbitantes*) establecidos en las leyes, pueden siempre ejercerse por la Administración contratante, independientemente del objeto del contrato público y del contenido de sus cláusulas, cuando el interés público lo requiera.

Por ello es que siempre se ha considerado a dichas prerrogativas estatales como inherentes a la Administración, es decir, que son de carácter implícito a pesar de que no estén establecidas en los contratos públicos. Es por ello que la antigua Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 17 de agosto de 1999 (*Caso Apertura Petrolera*) decidió que los poderes extraordinarios que no se encuentran en los contratos privados no definen el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son consecuencia y no la condición para su determinación;

461 Sentencia n° 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (*Caso: DHL Fletes Aéreos C.A. y otros*) de 5 de agosto de 2004.

agregando que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas no es sino la consecuencia de la necesaria y obligatoria protección del interés general.

La noción de "contrato administrativo", en ausencia de una ley general que los regule en Venezuela, sin duda, es una construcción doctrinal en cuya elaboración hemos contribuido en una forma u otra todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina, al comentar la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada fundamentalmente en razones prácticas de orden adjetivo.

En todo caso, como antes se ha dicho, los únicos contratos del Estado regulados en la Constitución son los contratos de interés público que se caracterizan por el sólo hecho de que una de las partes contratantes debe ser una entidad pública (la República, los Estados y los Municipios, de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia). Ninguna otra consideración se hace en la Constitución en relación con otros aspectos de los contratos o en relación con su objeto a los efectos de considerarlos como contratos de interés público.

En consecuencia, en relación con los contratos, la única distinción establecida en la Constitución se refiere al nivel territorial de gobierno en el cual se ubica la entidad pública contratante: en el nivel nacional, estatal o municipal, circunstancia que da origen a la distinción entre contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal. En la Constitución no se hace referencia alguna a los llamados "contratos administrativos"; noción que es utilizada sólo en pocas normas legales y desarrollada por la doctrina jurisprudencial de la antigua Corte Suprema de Justicia y por la doctrina legal.

En Venezuela, como se indicó, los contratos administrativos solo se regulan en dos leyes específicas: la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁶², en la cual, conforme a la orientación de la Ley Orgánica precedente relativa a la antigua Corte Suprema de Justicia, establece una norma adjetiva de atribución de competencia judicial en materia contencioso administrativa (Art. 259 C.), a la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo, a los efectos de la resolución de las controversias relacionadas con los contratos administrativos sus-

462 *Gaceta Oficial*, n° 37.942 de 02-05-2004.

critos por la República, los Estados y los Municipios (Art. 5, 25). Ha sido con base en esta previsión legal, es que se ha elaborado una amplia y confusa doctrina jurisprudencial que ha tratado de identificar, entre los contratos públicos o contratos de interés público, algunos que se consideran contratos administrativos a los efectos de atraer la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo⁴⁶³.

La otra ley que se refiere a contratos administrativos, como se dijo, es la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 1966⁴⁶⁴ en la cual se establece que la explotación de productos forestales en tierras baldías o del Estado, que no se haga directamente por el Ministerio competente en la materia de tierras y agricultura, puede realizarse por particulares mediante "contratos administrativos" celebrados de acuerdo con la ley.

Ahora bien, todos los que nos hemos ocupado del estudio del derecho administrativo hemos escrito extensivamente sobre el tema⁴⁶⁵,

463 V., Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 1961-1996*, Caracas, 1999, pp. 174 y ss.

464 *Gaceta Oficial*, n° 1004 Extr. De 26-01-1966.

465 V., en cuanto a nuestros primeros trabajos: Allan R. Brewer-Carías, "Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 127-154; "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos" en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 61-112; "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa", (con referencias al derecho uruguayo por Horacio Casinelli Muñoz) en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 62, n° 2-3, Montevideo 1965, pp. 25-56; "Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica" en *Revista del Ministerio de Justicia*, n° 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75; "Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República" en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Diciembre 1964, pp. 173-232; "Los contratos de la administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República II" en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 31, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Junio 1965, pp. 269-299; "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos" en *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 755-778; "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos (con especial referencia a los contratos de obra pública en el derecho venezolano)" en *Revista de Derecho*

incluso variando la aproximación, específicamente sobre los “contratos administrativos”⁴⁶⁶. Incluso, en uno de los primeros estudios con-

Español y Americano, Instituto de Cultura Hispánica, n° 19, Año XIII, Madrid, Enero-marzo 1968, pp. 101-117; “Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe”, en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, n° 65, Contraloría General de la República, Caracas, 1972, pp. 86-93; “La autorización legislativa” en *Procedimientos Parlamentarios para la aprobación de Contratos de interés nacional*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973, pp. 77-92; “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional” en *Cuadernos de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, n° 2, Mérida 1976, pp. 5-26; Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III: *La Actividad Administrativa*. Vol. 2. *Recursos y Contratos Administrativos*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977, 587 pp.; “La evolución del concepto de contrato administrativo” en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, n° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; y en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90; “Evolução do conceito do contrato administrativo” en *Revista de Direito Publico* Nos. 51-52, Sao Paulo, July-December 1979, pp. 5-19; “Algunas consideraciones sobre las cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 81, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 251-262; “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa” en *Revista de Derecho Público*, n° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 40-54; “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, (*Labor en el Senado* 1982), Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1983, pp. 183-193; “La aprobación legislativa de los contratos de interés nacional y el contrato Pdvsa-Veba Oil”, en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, (*Labor en el Senado*), Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1985 pp. 65-82;

- 466 V. en particular Allan R. Brewer-Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986 pp. 61-90; “Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa”, en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986 pp. 91-124; “Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa” en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378; “Las

temporáneos de derecho administrativo venezolano, que fue nuestra tesis de grado *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 155-223, escribimos un Capítulo destinado a analizar “la teoría del contrato administrativo”. Dicha tesis, escrita en Francia entre 1962 y 1963 mientras seguíamos los cursos de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, sin duda, estuvo influenciada por la doctrina francesa de derecho administrativo de la época, de manera que la definición que entonces adoptada para identificar los contratos administrativos fue “la finalidad de servicio público” perseguida con el contrato⁴⁶⁷.

Fue esta “finalidad de servicio público” en el sentido de gestión de los intereses públicos por la Administración Pública,⁴⁶⁸ la que justificaba la aplicación de un régimen de derecho administrativo a dichos contratos y la competencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en relación con las controversias que pu-

cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa” en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 91-124; “Consideraciones sobre los derechos del contratista en los contratos de obra pública: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida” en *Revista de Derecho Público*, n° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Octubre-diciembre 1986, pp. 35-46; “El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones” en *Revista de Derecho Público*, n° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Abril-junio 1990, pp. 5-25; *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, n° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, 302 pp; “Algunos comentarios al régimen de la contratación estatal en Colombia” en *Revista de Derecho Público*, n° 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Julio-diciembre 1994, pp. 75-80; y en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, 1996, pp. 455-461; “El Derecho Administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo”, en Allan R. Brewer-Carías y Jorge Vélez García, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae n° 6, Bogotá, 1995, pp. 7-37; “El arbitraje y los contratos de interés nacional” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, n° 13, Caracas, 1999, pp. 169-204.

467 Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

468 *Idem*, p. 114.

dieran surgir de su ejecución⁴⁶⁹; que no se aplicaban a los contratos de derecho privado que pudiera suscribir la Administración Pública. La definición se basó en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia conforme a decisiones de los años cuarenta y cincuenta, en particular respecto de contratos administrativos en los cuales la Administración hizo uso de sus poderes o prerrogativas públicas dado el interés público envuelto en el objeto del contrato o porque había sido suscrito con criterio de *servicio público*⁴⁷⁰. La definición de “*servicio público*”, para ese entonces, era una definición amplia no relacionada particularmente con la prestación de servicios al público en general⁴⁷¹. Pero aún cuando la definición del contrato administrativo era entonces extremadamente amplia en el sentido de que cualquier contrato público podía considerarse contrato administrativo, los ejemplos que se daban para identificarlos, sin embargo, permitían tener una visión más precisa sobre ellos: contratos de obra pública, contratos de empréstito público, contratos de suministro a la Administración Pública, contratos de transporte público y concesiones de servicios públicos⁴⁷².

Una de las características fundamentales del derecho administrativo es su mutabilidad y adaptabilidad respecto de la transformación del Estado y de la actividad de su Administración Pública, por lo que el concepto de contrato administrativo basado en la ecuación cerrada: “interés público o finalidad de servicio público/régimen de derecho administrativo/control por la jurisdicción contencioso administrativa”, ha sido cuestionado por la doctrina. Por eso se ha escrito sobre el “contradictorio y confuso criterio” utilizado en relación con los con-

469 *Idem*, p. 158.

470 V., por ejemplo, las sentencias de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, de la Corte Federal de 3 de diciembre de 1959 y de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 1961 y de 13 de agosto de 1964, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol. 2, Caracas, 1977, pp. 727-733.

471 V., Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas 2001, pp. 37-47.

472 Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 162.

tratos administrativos⁴⁷³, y en un estudio reciente de 2003, el profesor Rafael Gómez Ferrer Morant, sobre *“La mutabilidad de la figura de los contratos administrativos”*, se refirió a “la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo” considerando que su “evolución aún no ha terminado”⁴⁷⁴.

Dos décadas después de publicada nuestra tesis de grado, en un trabajo publicado en 1981 denominado *“La evolución del concepto de contrato administrativo”*⁴⁷⁵, que desarrollamos posteriormente en nuestro libro *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, cuestionamos el concepto mismo de derecho administrativo basado en la sola relación “contratos administrativos/régimen de derecho administrativo”, la cual hemos calificado de absolutamente inadmisibles⁴⁷⁶. En realidad, aparte de las cláusulas mismas del contrato (que tienen fuerza de ley entre las partes), y el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil, todos los contratos públicos están sujetos en una forma u otra al derecho público (administrativo), al menos en relación con las regulaciones relativas a las competencias de los entes y órganos públicos para suscribirlos, o a la selección de los contratistas (licitación), o en relación con su ejecución, de manera que no hay contratos públicos que estén sólo sujetos al derecho privado supuestamente opuestos a los contratos administrativos sujetos al derecho administrativo⁴⁷⁷. En cambio, hemos sostenido que “la noción de contrato administrativo solo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público (contratos de Administración Pública) que en virtud de la finalidad de interés público perseguido con el mismo, está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho pri-

473 V., Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32,

474 V., en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 1749-1764.

475 V., en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, 1982, pp. 41-69.

476 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, p. 13.

477 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, cit., pp. 14, 42, 43, 52, 53, 55, 71, 72.

vado. La preponderancia de uno u otro régimen es ahora lo importante"⁴⁷⁸.

Posteriormente hemos insistido en el tema en el trabajo presentado en una de estas Jornadas Internacionales sobre "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo", en el cual expresamos que "las actividades de la Administración Pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza"; y que "todos los contratos públicos están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado"⁴⁷⁹.

Una de las más recientes críticas respecto de la noción de contratos administrativos es el trabajo de Jesús Caballero Ortiz, "Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?"⁴⁸⁰, en el cual se ha referido, en términos similares a los usados por Rafael Badell Madrid ("criterio confuso y contradictorio")⁴⁸¹, al vago e impreciso criterio utilizado para su identificación. Ello ha llevado a algunos distinguidos administrativistas a considerar que la noción de contrato administrativo es inútil y sin efecto⁴⁸².

Por supuesto, a pesar de la imprecisión de algunas decisiones de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, algunos contratos públicos pueden considerarse y siempre se han considerado como "contratos administrativos". Es el caso de las concesiones de servicios públicos como las de transporte público, gas, electricidad, agua, recolección de desechos sólidos, teléfonos y de los con-

478 *Idem*, p. 14.

479 *V.*, en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 58-60.

480 Publicado en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 1765-1778.

481 *V.*, Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, p. 32.

482 *V.*, Gonzalo Pérez Luciani, "Los contratos administrativos en Venezuela", en Allan R. Brewer-Carías (Director), *Derecho Público en Venezuela y Colombia: Archivo de derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1986, p. 253.

tratos de obra pública⁴⁸³. En esos contratos, dado el interés público envuelto, el ente público contratante se considera que posee los antes mencionados poderes públicos extraordinarios en relación con su ejecución. Pero en relación con otros contratos públicos, donde el interés público no es tan obvio, la noción de contrato administrativo, en definitiva, puede considerarse como una noción *ex post facto*⁴⁸⁴, en el sentido de que cualquier contrato público suscrito por la República, los Estados y los Municipios puede convertirse en contrato administrativo, si el ente público contratante utiliza sus poderes públicos extraordinarios en relación con su cumplimiento y ejecución, y siempre que la Sala Político Administrativa decidiera considerar el contrato público como un contrato administrativo, solo para confirmar su competencia para resolver las controversias que deriven de su ejecución.

Como indicamos, el origen francés de la distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado suscrito por la Administración Pública, dio origen a la distribución de competencias judiciales entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción judicial ordinaria⁴⁸⁵; la cual fue seguida en muchos países de régimen de derecho escrito. La noción francesa de "*service public*" fue también utilizada y por ello la seguimos hace cuatro décadas⁴⁸⁶. La muy conocida crisis de la noción de "*servicio publico*" también originó la mencionada crisis de la noción de contrato administrativo, los cuales no pueden ahora ser definidos por la sola finalidad de servicio publico, dado el riesgo de que no exista criterio sustantivo alguno para identificar dicha finalidad, o simplemente porque se identifiquen con todos los contratos públicos o de interés público. Si tal es el caso, entonces la noción de contrato administrativo es inútil, excepto para la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de

483 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 46; Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 50-51.

484 V., "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo" en *Las Formas de la Actividad Administrativa: II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 59.

485 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 39.

486 *Idem*, p. 40, 51.

Justicia al decidir sobre su propia competencia en relación con ciertos contratos suscritos por la República, los Estados o los Municipios⁴⁸⁷.

Sin embargo, este interés adjetivo que originó la misma noción de contrato administrativo, puede decirse que también ha desaparecido con la aplicación de la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004, la cual al distribuir las competencias entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, puede decirse que eliminó el monopolio que tenía la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo para conocer controversias en materia de "contratos administrativos", con lo cual la noción perdió utilidad e interés procesal, que materialmente era el único que la sustentaba. Por tanto, ninguna importancia tiene que se califique o no a cualquier contrato público como contrato administrativo, el cual como contrato público, está sometido, como todos los contratos del Estado a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado, siendo el Código Civil de aplicación supletoria respecto de lo establecido en las cláusulas contractuales y en las leyes especiales.

Por otra parte, es de recordar que incluso, en la asunción del monopolio jurisdiccional ahora eliminado, la antigua Corte Suprema también usó el criterio de "servicio público" en sentido estricto, para justificar la existencia de ciertas cláusulas extraordinarias en un contrato administrativo⁴⁸⁸. Así, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias recientes progresivamente adoptado una definición amplia de "contratos administrativos", como equivalente a "contratos públicos". En tal sentido en la sentencia n° 357 del 14 de abril de 2004, se resolvió:

"Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público; b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público; c) y como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en

487 *Idem*, p. 55.

488 *V.*, por ejemplo, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 111 de abril de 1983, en *Revista de Derecho Público*, EJV, n° 20, Caracas, 1984, pp. 163-164; y en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, pp. 161-163.

dichos contratos consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos”⁴⁸⁹.

En otra decisión, la n° 654 de 21 de abril de 2004, la misma Sala decidió:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: (a) que una de las partes contratantes sea un ente público; (b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad o servicio público (aspecto éste que puede evidenciarse cuando la actividad contratada resulte importante para la prestación de un servicio público, cuando sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última, o cuando el contrato en cuestión suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes). Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto del mismo”⁴⁹⁰.

V. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES O LOS PODERES EXTRAORDINARIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Ahora bien, dejando aparte el tema de la vaga noción de contrato administrativo, lo cierto es que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la consecuencia fundamental de que un contrato público se considere como un contrato administrativo, aparte de la de orden procesal antes mencionada y ahora superada, es la posibilidad de que el ente público contratante pueda hacer uso de ciertas prerrogativas públicas, llamadas en la doctrina como *cláusulas exorbitantes de derecho común*, es decir, poderes extraordinarios que corresponden a las enti-

489 Caso: *Empresa Constructora Irepresent vs. Alcaldía San Carlos de Austria del Estado Cojedes*, *Revista de Derecho Público*, n° 97-98, Enero-Junio 2004, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 314.

490 Caso: *David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*, *Revista de Derecho Público*, n° 97-98, Enero-Junio 2004, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 320.

dades públicas con el objeto de preservar el interés público. Y que no se encuentran en los contratos de derecho privado. Como se ha dicho, estos poderes o prerrogativas públicas se han considerado como inherentes a la Administración Pública, no siendo necesario que estén incorporados en las cláusulas contractuales, ya que son cláusulas implícitas⁴⁹¹. Estas cláusulas son los poderes que tiene la Administración contratante para dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato⁴⁹².

Lo importante a destacar en relación con estos poderes extraordinarios es que en realidad los mismos no resultan de los Contratos Públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público. Por ello, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia admitió consistentemente que las llamadas cláusulas exorbitantes relativas a dichos poderes no tenían que estar incorporadas en el texto de los contratos, considerando que se encontraban tácitamente incorporadas en el texto de todos los contratos públicos, independiente de su naturaleza o finalidad. Así se admitió, por ejemplo, por la actual Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 654 de 21 de abril de 2004, al señalar que “los poderes atribuidos por ley a la Administración Pública, incluso cuando no estén expresamente incorporados en el texto del contrato, deben considerarse insertos en el mismo”⁴⁹³, lo que se aplica a los llamados “contratos administrativos” y a cualquier tipo de contrato del Estado.

Dichos poderes, por otra parte, por el principio de la competencia, siempre están regulados en alguna ley, como por ejemplo la Ley de Promoción a la Inversión Privada mediante Concesiones⁴⁹⁴. Dichas prerrogativas o poderes extraordinarios de la Administración contra-

491 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, op. cit.*, pp. 43,47, 164.

492 V., Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Caracas, 1992, pp. 164-185.

493 Caso: *David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*, *Revista de Derecho Público*, n° 97-98, Enero-Junio 2004, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 321.

494 *Gaceta Oficial*, n° 5.394 Extr. de 21-10-1999.

tante, por supuesto, también podrían estar expresamente regulados y establecidos en el texto de los contratos, particularmente de los que tradicionalmente se han calificado como “contratos administrativos”, por ejemplo, en los contratos de obra pública o de concesión de servicios públicos. Por ello, por ejemplo, en relación con los contratos de obra pública, el reglamento que establece las Condiciones Generales de Contratación, con el carácter de cláusulas obligatorias⁴⁹⁵, establece expresamente los poderes que el ente público contratante puede ejercer para supervisar y controlar la ejecución de los trabajos⁴⁹⁶.

En consecuencia, el uso de los referidos poderes extraordinarios por el ente público contratante, ante todo, debe adecuarse a lo que se establece en el contrato mismo, cuyas cláusulas tiene fuerza de ley entre las partes; y si dichas prerrogativas o poderes extraordinarios no están previstas en las cláusulas contractuales, pero se consideran implícitas en ellas, entonces el ente público contratante siempre debe ejercerlos mediante su actividad formal, es decir, mediante la emisión de actos administrativos⁴⁹⁷, dictados como resultado de un procedimiento administrativo, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴⁹⁸. Esta Ley Orgánica, en efecto, es aplicable incluso a las empresas del Estado, cuando dicten actos administrativos (Art. 1), de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁴⁹⁹.

En consecuencia, los poderes extraordinarios que pueden ejercerse por el ente público contratante, deben expresarse formalmente a través de actos administrativos que deben revestir todas las formalidades de ley, siguiendo un procedimiento administrativo en el cual

495 Decreto n° 1821, de 30-08-1991, *Gaceta Oficial* n° 34.797 de 09-09-1991.

496 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 165.

497 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p.47.

498 *Gaceta Oficial*, n° 2.818 Extra. de 01-07-1981. V., Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1987, pp. 19 ss.

499 V., Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Administración Pública*, Caracas 1982, pp. 27 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá 2003, p. 11.

se le debe garantizar al co-contratante de la Administración el debido proceso administrativo y en particular, su derecho a la defensa⁵⁰⁰.

En efecto, en los contratos del Estado, y en particular, en los denominados contratos administrativos, conforme se regula en las leyes o en el texto de los contratos, se admite la posibilidad, por ejemplo, de que la Administración contratante, al hacer uso de sus poderes extraordinarios, intervenga el servicio o la obra, sustituya al contratista en la prestación o ejecución del mismo o ponga término al contrato, sea como sanción por incumplimiento de sus obligaciones por el contratante; sea por razones de interés general, en cuyo caso debe mediar indemnización.

En todos los casos en los cuales, por ejemplo, se produzca la primera forma de terminación anticipada del contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratante, la Administración está obligada a abrir un procedimiento administrativo, en el cual se garantice el debido proceso, y a emitir un acto administrativo debidamente motivado.

Esto lo ha reiterado el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, y particularmente lo ha explicado en la sentencia n° 1836 de 8 de agosto de 2001, dictada con motivo de la impugnación de un acto administrativo municipal que puso fin a un contrato de concesión de explotación de canteras, en la cual la Sala se pronunció "sobre la jurisprudencia que viene esgrimiendo en relación a estas causales de extinción de las concesiones", indicando lo siguiente:

"[...] La jurisprudencia de esta Sala Político Administrativa ha venido reiterando la potestad que tiene la Administración de rescindir unilateralmente un contrato (concesión) en aquellos casos de incumplimiento del co-contratante (concesionario), conforme lo establece, actualmente, el ordinal c) artículo 46 de del Decreto con fuerza y rango de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.394 Extraordinario de fecha 25 de octubre de 1999, caso en el cual, según afirma la jurisprudencia de

500 Allan R. Brewer-Carías, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse Étude de droit comparé: France, Espagne, Amérique Latine, Economica*, Paris 1992, pp. 139 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá 2003, p. 261 ss.

esta Sala, existe la necesidad de seguir un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa y debido proceso”.

Es así, que en muchos de estos casos este Máximo Tribunal ha dispuesto lo siguiente:

“[...] Manifiesta el actor que, sin embargo, de haber la administración comprobado los hechos que acarrearón el incumplimiento de las referidas cláusulas, debió darle la posibilidad a ésta de exponer o alegar sus razones jurídicas y las pruebas pertinentes para demostrar que no hubo tal incumplimiento, es decir, debió iniciarse el procedimiento administrativo que le garantizara el ejercicio de su derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 y 69 de la Carta Magna...”.

“[...] Al respecto observa la Sala que, de ser cierta la denuncia realizada por el abogado asistente de la accionante -acerca de la ausencia de procedimiento previo al acto unilateral por el cual el Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables acordó la resolución del contrato administrativo celebrado con la accionante el 25 de enero de 1984- el derecho a la defensa de ésta le había sido menoscabado...”. (Sent. de la SPA-CSJ de fecha 10 de febrero de 1994, Caso: *Industria Maderera del Caparo, C.A*)⁵⁰¹

En consecuencia, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, en todo caso de rescisión unilateral de contratos administrativos por incumplimiento de sus obligaciones por el contratante, la Administración debe abrir un procedimiento administrativo y garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del contratante, y, en definitiva, dictar un acto administrativo formalmente motivado que pueda ser objeto de control judicial. Ello nunca puede considerarse incompatible con el interés público cuya tutela está en manos de la Administración, ya que conforme al artículo 49 de la Constitución, la garantía del debido proceso es inviolable en todo procedimiento administrativo y ni siquiera puede ser ignorada por el propio Legislador⁵⁰².

501 Caso: *David Montiel y otro vs. Cámara Municipal del Municipio Almirante Padilla del Estado Zulia*, en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Caracas 2001, pp. 250 y ss.

502 Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, ha desaplicado por ejemplo normas que consagran el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-

Esto lo ha precisado con claridad, la Sala Constitucional en sentencia n° 321 de 22 de febrero de 2002, en la cual ha indicado que las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental, derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas⁵⁰³. El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, tanto en procedimientos judiciales como administrativos, el cual corresponde a toda persona sin distingo alguno si se trata de una persona natural o jurídica, por lo que no admite excepciones ni limitaciones⁵⁰⁴. Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede

administrativa, por considerarlas inconstitucionales. V., Sentencia n° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo V.*, en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 142-143.

- 503 La Sala estableció lo siguiente: [D]ebe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional. (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*, *Revista de Derecho Público* n° 89-90/91-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 142-143.
- 504 Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que. “resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa”. V., en *Revista de Derecho Público*, n° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige"⁵⁰⁵.

Ahora bien, de la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa.

Por otra parte, y volviendo al tema del uso de poderes extraordinarios por la Administración Pública contratante en relación con los contratos del Estado, sólo pueden ser ejercidas, como se dijo, si dichos poderes están regulados en las cláusulas contractuales o en una ley. Si no están regulados en las cláusulas contractuales, el principio general en relación con los órganos de la Administración Pública es que la competencia tiene que estar establecida en texto legal expreso⁵⁰⁶, principio que por supuesto también es aplicable en el ejercicio de potestades o poderes extraordinarios por la Administración contratante en la ejecución de contratos públicos.

505 Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia n° 572 de 18 de agosto de 1997, Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*. Además, con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha insistido en el carácter absoluto e inviolable del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, en sentencia n° 97 de 15 de marzo de, la Sala señaló: "Se denomina *debido proceso* a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva" Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, 2000*.

506 V., Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1991, 47 ss.

Particularmente, en los casos de imposición de sanciones por la Administración contratante a los co-contratantes en contratos del Estado, debe recordarse que dado el principio de la reserva legal, las sanciones y la potestad sancionadora deben estar establecidas en texto legal expreso. En consecuencia el ente público contratante no puede imponer sanciones que no estén previstas en las cláusulas contractuales como "cláusula penal"⁵⁰⁷ o en la ley⁵⁰⁸, dada la garantía constitucional del debido proceso (Art. 49,6 C.)

Pero en todo caso, en relación con el posible uso de poderes extraordinarios en los contratos del Estado, cuando los mismos están establecidos y regulados en las cláusulas contractuales, la Administración contratante no puede ejercerlos contrariando su contenido. Como se ha dicho, el artículo 1159 del Código Civil, que es aplicable a todo tipo de contrato (contratos privados y contratos del Estado), las cláusulas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que incluso tratándose de contratos administrativos, sus cláusulas son obligatorias para las partes. Pero incluso, si los poderes extraordinarios no están establecidos en el contrato, sino en normas legales, su ejercicio por la Administración contratante tampoco puede ignorar las cláusulas contractuales.

Por ello, si el ente público contratante en un contrato administrativo afecta derechos del co-contratante previstos en las cláusulas contractuales mediante el ejercicio de poderes extraordinarios, particularmente si se trata de las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, entonces la Administración estaría obligada a indemnizar al co-contratante por los daños y perjuicio que le cause. Por ello es que el ejercicio de poderes extraordinarios cuando no se regulan en las cláusulas contractuales, nunca pueden afectar las cláusulas económicas o de protección del co-contratante, y si los derechos contractuales resultasen afectados o disminuidos ello siempre implica la obligación por parte de la Administración contratante de indemnizar al co-contratante⁵⁰⁹. Igualmente, todo daño causado al co-contratante por una decisión administrativa que por ejemplo, tienda a dar por terminado unilateralmente un contrato sin ajustarse a las previsiones

507 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 241.

508 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 165-166.

509 Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 160.

contractuales, también origina derecho del co-contratante a ser indemnizado⁵¹⁰.

En todos estos casos, incluso puede decirse que el derecho a una justa compensación resulta de la expropiación de los derechos contractuales, para lo cual incluso debería seguirse el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública⁵¹¹ o conforme al artículo 115 de la Constitución.

510 *Idem*, p. 160, 161, 184, 218.

511 *Gaceta Oficial* n° 37.475 de 01-07-2002. V., Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social*, Caracas 2002, pp. 25 ss.

§ 13. ALGUNOS COMENTARIOS A LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES: CONTRATOS PÚBLICOS Y JURISDICCIÓN*

I. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES Y LA ESTABILIDAD JURÍDICA

La Ley de Promoción y Protección de Inversiones, dictada mediante Decreto N° 356 de 3 de octubre de 1999 (*Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.390 del 22 de octubre de 1999), tiene por objeto básicamente proveer tanto a las inversiones como a los inversionistas, nacionales y extranjeros, de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas (Art. 1).

Se precisa en la propia Ley, sin embargo, que Venezuela puede celebrar tratados o acuerdos que pueden contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en la Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los en ella consagrados (Art. 5).

En todo caso, las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan como es obvio, de la protección concedida por la Ley, a la cual

* Documento preparado para las Jornadas sobre Arbitraje Comercial organizadas por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, publicado en el libro Irene de Valera (Coordinadora), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005. pp. 279-288.

puede sumarse el régimen más favorable que surja de la eventual entrada en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, así como la que emane de las convenciones multilaterales en las que Venezuela sea parte.

II. LAS GARANTÍAS LEGALES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

A los fines del cumplimiento del objeto definido en la Ley, antes indicado, la misma establece las siguientes garantías generales para de la protección de las inversiones, particularmente las internacionales:

En primer lugar, garantiza a las inversiones internacionales en Venezuela el derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no pueden ser objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación (Art. 6)

En segundo lugar, el artículo 9 de la ley garantiza a las inversiones y los inversionistas internacionales, el derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la Ley. A tal efecto, la Ley, primero, garantiza a las inversiones y los inversionistas internacionales los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en la propia Ley (Art. 7). La Ley deja a salvo, sin embargo, que mediante Ley, el Estado puede reservar determinados sectores de la actividad económica, al propio Estado o a inversionistas venezolanos. Y segundo, la ley también garantiza a las inversiones internacionales que no requieren de autorización previa alguna para poder realizarse, excepto en los casos en que la Ley expresamente así lo indique (Art. 7, párrafo segundo).

En tercer lugar, se garantiza la no discriminación en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que se puedan establecer y mantener tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble

tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas (Art. 8).

En cuarto lugar, se garantiza a las inversiones y los inversionistas venezolanos que 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 (Art. 10).

En quinto lugar, se garantiza que el Estado no decretará ni ejecutará confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Garantiza, además, que sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social, "de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada" (Art. 11).

En estos casos, la Ley garantiza que la indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la misma sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público; lo que suceda antes. La indemnización, que debe incluir el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se debe abonar sin demora (Art. 11). La Ley garantiza, además, que las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales deben ser abonadas en moneda convertible y debe ser libremente transferibles al exterior (Art. 11).

En sexto lugar, el artículo 12 de la Ley garantiza a las inversiones internacionales y en su caso, los inversionistas internacionales, el derecho, previo cumplimiento de la normativa interna y al pago de los tributos a los que hubiere lugar, a la transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones, tales como el capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pago de los créditos internacionales vinculados a una inversión; las regalías y otros pagos relativos al valor y la remuneración de los derechos de

propiedad intelectual; las indemnizaciones en caso de expropiaciones (Art. 11); el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión y los pagos resultantes de la solución de controversias. El mismo artículo garantiza que dichas transferencias se deben efectuar sin demora, en moneda convertible, al tipo de cambio vigente el día de la transferencia de conformidad con las reglamentaciones de cambio en vigor para ese momento.

Conforme al párrafo primero del mismo artículo 12, sin embargo, las mencionadas transferencias pueden limitarse temporalmente en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados, cuando debido a una situación extraordinaria de carácter económico o financiero, la aplicación de lo previsto en el mencionado artículo 12 resulte o pueda resultar en un grave trastorno de la balanza de pagos o de las reservas monetarias internacionales del país, que no sea posible solucionar adecuadamente mediante alguna medida alternativa. En estos casos, la medida que imponga la limitación debe evitar todo daño innecesario a los intereses económicos, comerciales y financieros de las inversiones internacionales y de los inversionistas internacionales; y debe ser liberada en la medida en que se corrija la situación extraordinaria que le hubiere dado origen y en consecuencia, disminuyan o se eliminen los graves trastornos de la balanza de pagos o de las reservas monetarias del país, o la amenaza de tales trastornos, según sea el caso.

III. LOS CONTRATOS ESTATALES DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LAS INVERSIONES

Ahora bien, dentro de los mecanismos establecidos en la Ley a los efectos de proveer a las inversiones y a los inversionistas de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, el artículo 17 de la Ley dispuso que la República puede celebrar contratos de estabilidad jurídica, con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de algunas condiciones económicas en el tiempo de vigencia de los mismos.

Dichos contratos deben ser celebrados, según el sector de la actividad económica de que se trate, por el órgano estatal nacional con competencia para aplicar las disposiciones contenidas en la normativa comunitaria andina sobre capitales extranjeros, a cuyo efecto, di-

chos contratos pueden garantizar a la inversión uno o más de los siguientes derechos:

1) Estabilidad de los regímenes de impuestos nacionales vigentes al momento de celebrarse el contrato. En este específico caso de contratos de estabilidad jurídica, que se refieran a la estabilidad de regímenes de impuestos nacionales, al estar en juego el ejercicio de competencias tributarias, requieren la opinión favorable del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT) y la previa autorización del Congreso de la República como condición para que puedan entrar en vigencia.

2) Estabilidad de los regímenes de promoción de exportaciones.

3) Estabilidad de uno o más de los beneficios o incentivos específicos a los que se hubiese acogido el inversionista o la empresa en la cual se realice la inversión, según fuere el caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del presente Decreto-Ley.

Estos contratos de estabilidad jurídica, que en todo caso deben celebrarse antes de la realización de la inversión, sin duda, son contratos públicos, o contratos del Estado. En los términos de la Constitución (Art. 150), pueden ser considerados como contratos de interés público nacional, y en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia también pueden ser considerados como contratos administrativos (Art. 5, párrafo primero, ordinal 25).

Dichos contratos, conforme al artículo 18 de la Ley, están sujetos a las siguientes condiciones que se pueden considerar como parte integrante de las cláusulas contractuales:

En primer lugar, no pueden tener una vigencia mayor de diez (10) años a partir de la fecha de su celebración;

En segundo lugar, sólo pueden ser suscritos por las empresas o los inversionistas, según sea el caso, que se comprometan a cumplir con programas específicos de inversiones y con otras contraprestaciones, de acuerdo con las condiciones que se indiquen en el Reglamento;

En tercer lugar, pueden ser resueltos unilateralmente por el Estado en caso de incumplimiento por parte de las empresas o de los inversionistas, según fuere el caso, de las obligaciones contraídas conforme al contrato.

En caso de resolución, y sin perjuicio de cualquier otra cláusula de penalidad que se establezca en el contrato, deben ser suspendidos los beneficios o incentivos a favor de la empresa o del inversionista, según fuere el caso, y ésta o aquél, según corresponda, quedan obligados a la devolución de las cantidades de dinero, así como el valor de los beneficios o incentivos que hubieran recibido por concepto de incentivos o beneficios durante todo el período fiscal en que se materialice el incumplimiento, y a la devolución de los tributos que se hubieren tenido que pagar, de no haber mediado el contrato de estabilidad jurídica, durante el mismo período.

El artículo 18 de la Ley agregó, además, que las controversias que surjan entre las empresas o inversionistas que suscriban los contratos de estabilidad jurídica y el Estado venezolano, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo contrato, pueden ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial.

IV. LAS NORMAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En la Ley se establecen varios regímenes para la solución de controversias, según surjan entre Estados (el Estado venezolano y el Estado del país de origen de la inversión); o entre un inversionista internacional y el Estado venezolano.

En primer lugar están las controversias que puedan surgir entre el Estado venezolano y el Estado del país de origen del inversionista internacional, "en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto" en la propia Ley. En estos casos, se distinguen dos supuestos según que exista o no algún tratado o acuerdo sobre inversiones suscrito entre los Estados, así:

Primero, si entre el Estado venezolano y el Estado del país de origen de la inversión se tiene vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, para la solución de las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Ley, se deben aplicar las disposiciones del tratado o acuerdo.

Segundo, si entre el Estado venezolano y el país de origen de la inversión no se tiene vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, conforme al artículo 21 de la Ley, cualquier controversia que surja entre ellos debe ser resuelta por vía diplomática.

Si dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, no se llegase a un acuerdo entre los Estados, entonces el Estado venezolano está obligado a propiciar ("propiciará") el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos deben ser acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias.

En segundo lugar están las controversias que surjan entre un inversionista internacional y el Estado venezolano, en cuyo caso también se distinguen tres supuestos según que exista o no un tratado o acuerdo internacional de protección de inversiones o se aplique o no alguno de los convenios internacionales específicos para la garantía de inversiones.

Primero, conforme al artículo 22 de la Ley, en los casos de controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, las mismas deben ser sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente

Segundo, también puede tratarse el caso controversias que surjan entre un inversionista internacional y el Estado venezolano, respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI - MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) del 18 de marzo de 1965, en cuyo caso también deben ser sometidas al arbitraje internacional en los términos de dichos convenios, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

En este último caso del CIADI, por ejemplo, el artículo 25(1) del Convenio dispone que la jurisdicción del Centro se extiende a cualquier disputa legal que surja directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión o agencia del Estado contratante que el Estado designe ante el Centro) y un nacional de otro Estado Contratante, que las partes en la disputa hayan consentido por escrito someter al Centro. El tema central de discusión, en este

caso está en determinar en qué forma se establece el “consentimiento por escrito”. El tribunal del CIADI que afirmó su competencia en el caso SPP v. Egipto, interpretó el valor que tiene una disposición de una ley interna que reconoce la competencia del CIADI para resolver disputas relativas a inversiones, como fuente del consentimiento requerido por el artículo 25(1) del Convenio. El tribunal, en ese caso, interpretó lo siguiente: “The Convention does not prescribe any particular form of the consent, not does require that consent be given on a case-by-case basis. To the contrary, the drafters of the Convention intended that consent could be given in advance through investment legislation. Accordingly, the Tribunal cannot accept the contention that the phrase “where it applies” in Article 8 of Law n° 43 requires a further or *ad hoc* manifestation of consent of the Centre’s jurisdiction (*Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt. Decision on Jurisdiction*, 14 April 1988; para 101. 3 ICSID Reports, at 155-56).

El artículo 8 de la Ley n° 43 egipcia establecía:

“Investment Disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab republic of Egypt and the investor’s home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law 90 of 1971, where such Convention applies”.

En nuestro concepto, esta última expresión de la ley egipcia es idéntica en su sentido a la expresión “*las controversias respecto de las cuales sean aplicables*”, contenida en el artículo 22 de la ley venezolana.

Esto significa que, de acuerdo con la citada jurisprudencia del CIADI, cuando una ley interna contiene una disposición que remite a la jurisdicción del Centro para resolver una disputa relativa a inversiones, el requisito del consentimiento contenido en el artículo 25(1) del Convenio queda satisfecho por esa sola circunstancia, y que, para que el mismo artículo 25(1) sea “*aplicable*” sólo sería necesario que la disputa surja directamente de una inversión, entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión o agencia del Estado contratante que el Estado designe ante el Centro) y un nacional de otro Estado Contra-

tante en el Convenio, sin que sea entonces necesaria "*a further or ad hoc manifestation of consent of the Centre's jurisdiction*"

Tercero, en caso de no existir vigente un convenio o acuerdo internacional de inversiones, o no resultar aplicables los convenios específicos indicados, conforme al artículo 23 de la Ley, dispone que cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación de la Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección.

En tercer lugar, están las controversias que puedan surgir entre las empresas o inversionistas y el Estado venezolano con motivo con motivo de los contratos públicos de estabilidad jurídica que se hayan suscrito, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo contrato, las cuales conforme al artículo 18 de la Ley pueden ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial.

Debe recordarse que de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución, si bien en todos los contratos públicos aún cuando no esté expresamente en el texto del los mismos, debe considerarse incluida una cláusula conforme a la cual las controversias que puedan surgir de su ejecución que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, deben ser decididas por los tribunales competentes venezolanos de acuerdo con la ley venezolana; en la misma norma se establece la excepción respecto de contratos públicos en los cuales, por "su naturaleza", dicha cláusula no sea procedente.

En virtud de esta excepción, en Venezuela se abandonó el sistema absoluto de inmunidad de jurisdicción, sustituyéndose por el principio de la inmunidad relativa permitiéndose entonces la posibilidad de que los entes públicos, como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos públicos, puedan estar sometidos a jurisdicciones extranjeras o a arbitraje e incluso a la legislación extranjera,, como sucede con muchos contratos públicos en relación con la industria petrolera o la Ley de protección de inversiones. El tema de la "naturaleza" del contrato, en general, apunta a su naturaleza comercial; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en su decisión del 17 de agosto de 1999 (Caso: *Apertura Petrolera*), ha admitido otras consideraciones diferentes a las de la naturaleza comercial del contrato para permitir la cláusula arbitral en los contratos públicos, como la importancia

económica del contrato evaluada por la Administración Pública y la Asamblea nacional (Véase el texto completo de esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Documentos del Caso de la Apertura Petrolera*, en www.allanbrewercarias.com, Documentos 2004).

SEXTA PARTE
RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

§ 14. EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LA INDUSTRIA PETROLERA: DESNACIONALIZACIÓN, TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN DE LA "APERTURA PETROLERA" Y LA MIGRACIÓN A EMPRESAS MIXTAS*

INTRODUCCIÓN

Los yacimientos mineros y petroleros en Venezuela, siempre han sido del dominio público, conforme a los principios que se establecieron en las Ordenanzas de Minería de Nueva España, recogidos en la legislación republicana a partir de la independencia⁵¹². En consecuencia, la industria petrolera y minera siempre ha estado sometida en Venezuela a técnicas de intervención del Estado mediante el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos a los particulares para su realización.

Estos principios tradicionales del ordenamiento jurídico venezolano han sido reafirmados en la Constitución de 1999, en la cual se ha declarado a los yacimientos mineros y petroleros como del dominio público, se han regulado en general el régimen de las concesiones de

* El texto de este documento, actualizado, tiene su origen e la Ponencia preparada para las VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, noviembre 2004

512 V., en general sobre el tema Isabel Boscán de Ruesta, "La propiedad de los yacimientos de los hidrocarburos. Evolución histórica", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 3061-3105.

explotación de recursos naturales y se han establecido regulaciones específicas de protección al ambiente.

En efecto, en primer lugar, el artículo 12 de la Constitución declara que los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles⁵¹³.

En segundo lugar, en cuanto al régimen de las concesiones, el artículo 113 de la Constitución regula las concesiones del Estado cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública, con exclusividad o sin ella, las cuales se pueden otorgar por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público. Además, el artículo 156, ordinal 16 de la Constitución, al enumerar las competencias del Poder Nacional, incluye el régimen y administración de las minas e hidrocarburos y el aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país, precisando que el "Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido".

En tercer lugar, en la Constitución se estableció un novedoso Capítulo sobre los derechos ambientales, cuyas regulaciones se aplican en particular en los casos de explotación de recursos naturales como los mineros y de hidrocarburos⁵¹⁴. En particular, se establecieron las

513 En esta forma se le da rango constitucional a lo ya previsto en la Ley de Minas (Art. 2) (*Gaceta Oficial* n° 5382 de 28-09-99) y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Art. 1°) (*Gaceta Oficial* n° 36.793 de 23-9-99). V., nuestra propuesta sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 35 y 39.

514 V., en general, Fortunato González Cruz, "El ambiente en la nueva Constitución venezolana", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2917-2923; Germán Acedo Payarez, "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados Derechos Ambientales", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2925-2978; Alberto Blanco-Urbe Quintero, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho*

siguientes regulaciones: Primero, el artículo 127 declara que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Además, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. Las consecuencias de estos derechos son que el Estado debe proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Se agrega, además, que 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. Por último se prohíbe la patentabilidad del genoma de los seres vivos, remitiéndose a la ley que se refiere a los principios bioéticos la regulación de la materia.

Segundo, el artículo 128 impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica debe desarrollar los principios y criterios para este ordenamiento, con lo que se remite a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983⁵¹⁵.

Tercero, el artículo 129 de la Constitución ha elevado a rango constitucional el requisito que hasta ese momento era de orden reglamentario, de exigir que todas las actividades susceptibles de gene-

Constitucional, n° 6 (enero-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64; Alberto Blanco-Urbe Quintero, "El ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2995-3008; y V., Luciano Parejo Alfonso, "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2979-2994.

515 V., Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983.

rar daños a los ecosistemas, deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural.

Cuarto, el mismo artículo 129 de la Constitución dispone que el Estado debe impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, remitiendo a una ley especial la regulación del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

Quinto, el mismo artículo 129 de la Constitución establece que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

Como se dijo, estas normas constitucionales recogen la tradición normativa anterior, conforme a la cual, siendo los yacimientos mineros y de hidrocarburos del dominio público, su explotación industrial podía y puede desarrollarse por los particulares mediante concesiones, autorizaciones y permisos, con sujeción a las normas de protección ambiental. En cuanto al régimen de la industria minera, por otra parte, las técnicas de intervención del Estado a partir de 1999 han continuado siendo las mismas, girando en torno a la figura de la concesión. En cambio, en materia de la industria petrolera, la situación si ha cambiado radicalmente pues en esta materia se ha producido un proceso de desnacionalización petrolera, volviéndose al esquema de las concesiones que había sido abolido en 1975, aún con otro nombre.

En efecto, una de las decisiones políticas más importantes que se tomaron en el país durante la segunda mitad del Siglo pasado, fue *la nacionalización de la industria petrolera*, es decir, la reserva que se hizo al Estado de "todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en búsqueda de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio exterior e interior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera". Así se estableció en el artículo 1º de la Ley que

reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975⁵¹⁶.

Esa Ley Orgánica, al igual que las que se dictaron en los comienzos de los años setenta en relación con la nacionalización de la industria del gas natural (1971), la industria y explotación del mineral de hierro (1975), y el mercado interno de hidrocarburos (1973); se sancionó con base en la previsión del artículo 97 de la Constitución de 1961 que establecía la posibilidad de que el Estado pudiera “reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional”. Se trataba de una norma fundamental de la Constitución Económica que había adoptado el texto de 1961, de carácter mixto y flexible, que por ello permitía sin que existiera una rigidez constitucional, es decir, sin necesidad de estar reformando la Constitución al inicio de cada gobierno, ir conformando la política económica del Estado, como efectivamente ocurrió durante las tres décadas de vigencia de dicha Constitución⁵¹⁷. Con esa decisión, en todo caso, quedó excluida del régimen de la industria petrolera, la técnica de las concesiones petroleras que la habían caracterizado desde inicios del Siglo XIX.

En todo caso, conforme al marco constitucional de 1961, así como se podían nacionalizar industrias por razones de conveniencia nacional como ocurrió con la industria petrolera, en otras circunstancias y otros tiempos, se las podía privatizar. Por ello, así como inicialmente la nacionalización petrolera excluyó de la industria la participación del capital privado al eliminar las concesiones, luego de 20 años de consolidación de la industria nacionalizada, conforme a la propia Ley de Nacionalización (Art. 5) se procedió a iniciar la llamada “apertura petrolera” que buscaba hacer participar en la industria reservada al capital privado mediante Convenios de Asociación con el Estado; e,

516 *Gaceta Oficial* n° 35.754 de 17-07-95. V., en general, sobre la nacionalización petrolera de 1975, Régimen Jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela. Homenaje del Instituto de Derecho Público al profesor Antonio Moles Caubet, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. VIII (1972-1979), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

517 V., lo que hemos expuesto sobre la Constitución económica en el texto de 1961 en Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Constitución Económica” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 3.839-3.853.

incluso se dictó la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de los Hidrocarburos para el Uso de Vehículos Automotores de 1998⁵¹⁸.

Precisamente, ante la propuesta de incluir en el proyecto de Constitución de 1999 el texto del artículo 5º de la Ley de Nacionalización de 1975, en el debate que tuvo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente el 7 de noviembre de 1999, al referirnos al artículo 97 de la Constitución de 1961 señalamos, que:

“Con una norma constitucional como esta, el Estado se reservó la industria y la comercialización de los hidrocarburos, incluyendo el gas; pero luego ha iniciado la apertura del mercado interno de los hidrocarburos y de los hidrocarburos gaseosos sin necesidad de reformar la Constitución, también por razones de conveniencia nacional que es, por supuesto, cambiante y dinámica. Por ello estimo que no tiene sentido, en el largo plazo, constitucionalizar el texto del artículo 5º de la Ley de Nacionalización Petrolera”⁵¹⁹

La Constitución de 1999, en efecto y lamentablemente, al tratar algunos constituyentes de constitucionalizar la nacionalización de la industria petrolera⁵²⁰ en el artículo 302, es decir, al tratar de elevar a rango constitucional los textos básicos de la Ley de Nacionalización de 1975 (Arts. 1 y 5) sustituyendo al artículo 97 antes mencionado de la Constitución de 1961⁵²¹, lo que lograron fue el efecto contrario, es

518 *Gaceta Oficial* n° 30.537 de 11-09-1998

519 Allan R, Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas 1999, pp. 210 y ss.

520 V., Gastón Parra Luzardo, *La Constituyente. Renacer de una esperanza ¿utopía?*, Caracas, 2002, pp. 45, 109 y ss, 142 y ss.

521 Por nuestra parte salvamos nuestro voto en relación con el artículo 302 de la Constitución, proponiendo en cambio conservar el texto del artículo 97 de la Constitución de 1961, por considerar que “Las reservas de rango constitucional de determinados bienes y servicios no son convenientes para el régimen constitucional flexible que requiere la economía, lo que debe hacerse por ley. No tiene sentido reservar constitucionalmente la industria petrolera, cuando se está en proceso de desestatizar la relativa al gas”. V., Allan R, Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas 1999, pp. 121 y ss; y 210 y ss1, as

decir, la incorporación de una norma mal redactada e imprecisa⁵²², que dejó la definición del ámbito de la reserva a lo establecido “mediante la ley orgánica respectiva”. Dicho artículo 302, en efecto reza en la materia que “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”.

Lamentablemente, la búsqueda de rigidizar constitucionalmente la nacionalización de la industria petrolera en la Constitución de 1999, lo que produjo fue el efecto contrario: de abrir la puerta para *la desnacionalización de la industria petrolera*, lo que además ha ocurrido en la práctica encubierta por un discurso anti neoliberal. Ese proceso, en efecto, comenzó coincidentalmente cuando se efectuaban los debates ante las Comisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, al dictarse el Decreto-Ley n° 310 de 12 de septiembre de 1999 mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (*Gaceta Oficial* n° 36793 de 23-09-1999); y continuó un año después, con la emisión de otro Decreto-Ley n° 1510 de 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* n° 37323 de 13 de noviembre de 2001) la cual, precisamente, derogó la Ley de Nacionalización petrolera de 1975. Además, en 1999 también se sancionó la Ley de Minas mediante Decreto-Ley N° 295 de 5 de septiembre de 1999⁵²³, la cual, como se dijo, no varió mayormente el régimen de concesiones, autorizaciones y permisos mineros.

Sin embargo, en materia petrolera la situación ha sido distinta, pues cinco años después, la reserva al Estado de actividades en el campo de los hidrocarburos es mucho más reducida; la intervención de la Asamblea Nacional para autorizar la participación el capital privado en dichas actividades es mucho más limitada; la constitucionalización de la nacionalización petrolera que se concibió en la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, no sólo abrió la puerta de la desnacionalización de la industria petrolera, sino que condujo a la previsión expresa en la propia Constitución, de la posibilidad de la

522 V., las críticas a la norma y los comentarios sobre lo que realmente adquirió rango constitucional en la misma, en Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas, 2002, pp. 149 y ss.

523 *Gaceta Oficial* n° 5.382 Extraordinario de 28 de septiembre de 1999

venta de las acciones de las empresas filiales de PDVSA, lo que jamás hubiera siquiera podido ser imaginado durante la vigencia de la Ley de Nacionalización petrolera de 1975; y se ha vuelto incluso al esquema de las antiguas "concesiones", las cuales ahora son llamadas "licencias" o "permisos", pero con contenido casi idéntico.

I. LA NACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN 1975

1. *El régimen de la reserva al Estado de industrias y la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975*

Como antes se dijo, fue conforme a la previsión del artículo 97 de la Constitución de 1961 que se sancionó la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (en lo adelante Ley de Nacionalización), con la cual, como se dijo, se nacionalizó la industria y el comercio de los hidrocarburos. Como es sabido, la nacionalización no se produjo respecto del petróleo en si mismo, el cual siempre ha sido del Estado como titular del dominio público sobre el subsuelo, como ahora, incluso, la Constitución de 1999 lo declara expresamente (Art. 12).

Dicha Ley, como decisión política, se dictó en medio de una gran polémica y expectativa, pues se trataba de nacionalizar la principal industria del país; y uno de los temas de mayor discusión, en todo caso, fue el de si con la nacionalización se reservaba total y absolutamente al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, o si se dejaba alguna posibilidad de que en alguna forma el sector privado pudiera participar en las actividades reservadas.

Esa discusión y controversia se centró, así, en la redacción del artículo 5º de la Ley Orgánica, el cual en definitiva estableció que:

"Artículo 5º. - El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1º de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas.

En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de

las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes”.

Se distinguieron, así, a los efectos de permitir la participación del sector privado en la industria, dos modalidades contractuales: los convenios operativos y los convenios de asociación que se podían establecer con empresas privadas⁵²⁴. Los primeros no afectaban en forma alguna la reserva que se había hecho al Estado de la industria, y podían suscribirse todos los que las empresas petroleras nacionalizadas considerasen necesarios para la mejor realización de sus actividades. Dichos convenios operativos, por supuesto, en ningún caso afectaban la esencia misma de las actividades atribuidas o reservadas al Estado.

Los convenios de asociación, en cambio, permitían al Estado asociarse con particulares para realizar las actividades reservadas, lo que implicaba un régimen jurídico excepcional de asociación o participación del sector privado en las actividades reservadas, lo que exigía la intervención previa del órgano legislativo para que pudieran suscribirse.

En todo caso, era sólo a través de los referidos convenios de asociación que en la Ley de Nacionalización se permitía la participación del capital privado en la industria petrolera nacionalizada, es decir, en la industria y comercio de los hidrocarburos.

2. *La participación del capital privado en la industria petrolera y el régimen de los Convenios de asociación*

Esa participación, sin embargo, no fue permitida durante los primeros veinte años de vigencia de la Ley; situación que cambió a comienzos de la década de los noventa, por las transformaciones ocurridas en el mercado petrolero mundial.

524 V., en Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas 2002, pp. 127 y ss.

En efecto, en 1994, el Ejecutivo Nacional presentó al Congreso para su autorización previa, conforme a lo regulado en dicho artículo 5º de la Ley Orgánica, un Proyecto de Marco de Condiciones a los fines de la celebración de "Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de nuevas áreas y la producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas". Con los mismos, se buscaba permitir mediante Convenios de Asociación con el Capital privado, la exploración y, en consecuencia, el posible descubrimiento de nuevas reservas de hidrocarburos, especialmente de crudos livianos y medianos, particularmente tomando en cuenta que en los 10 años subsiguientes se presentarían oportunidades de mercado que exigían un aumento de la capacidad de producción del país para atender la cuota que le correspondía en el incremento de la demanda petrolera mundial.

En tal sentido, el Ejecutivo Nacional consideró que los nuevos Convenios de Asociación contribuirían a la consolidación y al crecimiento de la industria petrolera nacional, sin menoscabo de la soberanía estatal sobre los recursos energéticos; partiendo del supuesto de que el petróleo había sido y continuaría siendo pilar fundamental y motor del crecimiento y del desarrollo económico del país, pero para lo cual se hacía necesario seguir consolidando el sector petrolero tanto público como privado.

Las Cámaras Legislativas Nacionales, el 4 de julio de 1995, en consecuencia, autorizaron mediante Acuerdo, la "celebración de los Convenios de Asociación para la *exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas*" (*Gaceta Oficial* N° 35.754 de 17-07-95), conforme a un Marco de Condiciones que se detalló en el artículo 2 del Acuerdo.

Entre las disposiciones de dicho Marco, se dispuso que el Ejecutivo Nacional debía determinar Áreas geográficas que se describieron en un Anexo en favor de una filial de Petróleos de Venezuela, S.A. "para realizar las actividades relacionadas con la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, con el transporte por vías especiales, almacenamiento y comercialización de la producción obtenida en las Áreas, y con las obras que su manejo requiera, todo de conformidad con la dispuesto en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos" (Primera).

A los efectos de la celebración de los Convenios de Asociación, se dispuso que la Filial debía llevar a cabo los procesos de licitación que fueran necesarios para seleccionar a las empresas inversionistas privadas con las cuales celebrarían los Convenios de Asociación para realizar las actividades descritas conforme al artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (Segunda). Con la firma de cada Convenio por parte de los Inversionistas y la Filial, y de conformidad con los términos y condiciones establecidos, quedaba entonces constituida una asociación para realizar las actividades descritas en cada una de las Áreas correspondientes (Tercera).

A los efectos de asegurar el control del estado, se dispuso además que en cada Convenio debía constituirse, antes de dar inicio a las actividades del Convenio, un "Comité de Control", conformado por igual número de miembros designados por los Inversionistas y la Filial, que debía presidir un miembro designado por esta última. Para la validez de las deliberaciones y decisiones del Comité, se precisó que se requería la presencia y el consentimiento de los miembros designados por la Filial, teniendo el Presidente doble voto para resolver los casos de empate (Cuarta).

A los efectos de implementar el Convenio de Asociación, se dispuso que los Inversionistas y la Filial, debían constituir antes de iniciar las actividades del Convenio, una sociedad anónima o Empresa Mixta en Venezuela, en la cual la Filial debía poseer el 35% del capital social y los Inversionistas el 65%. La Empresa Mixta tenía por finalidad dirigir, coordinar y supervisar las actividades de exploración, producción, transporte y comercialización objeto del Convenio (Quinta). Se dispuso, además, que la Empresa Mixta quedaba facultada para llevar a cabo por sí misma, o hacer realizar por terceros, las operaciones requeridas para cumplir el objeto del Convenio, si así los considerase conveniente.

Dentro de los términos y condiciones de la Asociación pautados en el Convenio, se debía establecer el compromiso de los Inversionistas de llevar a cabo las actividades exploratorias en el Área por su exclusiva cuenta y riesgo, con base a un plan establecido. Cumplido el Plan de Exploración, la continuación del esfuerzo exploratorio debía ser aprobada por el Comité de Control; y con esa aprobación se

otorgaba a los Inversionistas el derecho a continuar la exploración por su exclusiva cuenta y riesgo (Sexta).

Si en el curso de cualquier fase del esfuerzo exploratorio se descubrieran yacimientos de hidrocarburos dentro del Área, los Inversionistas debían definir las características y comercialidad de tales descubrimientos con base a un plan que debía ser aprobado por el Comité de Control. Luego, una vez ejecutado el Plan de Evaluación, los Inversionistas debían definir la viabilidad de la explotación comercial del descubrimiento y someter a la aprobación del Comité de Control un plan para desarrollar la producción. La explotación de los yacimientos de crudos pesados que fuesen descubiertos, estaba supeditada al resultado de los estudios de factibilidad que se debían realizar para determinar su viabilidad comercial y al Plan de Desarrollo correspondiente. En cuanto a la explotación, uso y comercialización del gas asociado a la producción de crudos en un Área de Desarrollo, se debía efectuar en conformidad con las disposiciones legales aplicables y mediante la utilización de normas y técnicas de general aceptación en la industria petrolera internacional. En caso de que fueran descubiertos yacimientos de gas libre, su evaluación, desarrollo y comercialización estaba sujetos, dentro de la Asociación, a los acuerdos específicos que se conciernen entre las partes, en función de las características de los yacimientos y las circunstancias de su futura explotación. Aprobado el Plan de Desarrollo, los Inversionistas debían entonces desarrollar, conforme al mismo, los descubrimientos del Área de Desarrollo; y en ejecución del Convenio de Asociación, la Filial y los Inversionistas, debían establecer un Consorcio en el cual la Filial, debía adquirir una participación de un 35% para financiar el desarrollo.

La duración del Convenio debía incluir un lapso preestablecido para realizar el esfuerzo exploratorio, de 3 a 5 años, dependiendo de la complejidad del Área, y 20 años de operación comercial a partir de la aprobación del Plan de Desarrollo correspondiente a cada Área de Desarrollo. El plazo de la fase exploratoria podía ser extendido en conformidad con la Condición Sexta, por un lapso entre 2 y 4 años. En ningún caso, sin embargo, el Convenio podía tener una duración que excediera el término de 39 años contados a partir de la entrada en vigencia del Convenio. (Décima primera).

Debe recordarse que este acuerdo del Congreso, con el que se dio inicio a la denominada *apertura petrolera*, fue impugnado por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por ante la Corte Suprema de Justicia en 1995, juicio que concluyó el 17 de agosto de 1999 cuando la Corte Supremo dictó sentencia declarando sin lugar la acción de nulidad que se había intentado.

3. *La naturaleza "administrativa" de los Convenios de asociación*

Debe destacarse, de esa sentencia, las consideraciones que hizo la Corte Suprema de Justicia sobre la naturaleza de los Contratos de Asociación con inversionistas privados que habían sido autorizados por el Congreso, los cuales la Corte consideró como impregnados de las características propias que la "contratación administrativa".

La Corte, a tal efecto, en esa sentencia precisó las notas identificatorias de los contratos administrativos y del "régimen especial que regula su tratamiento jurídico", indicando esas notas esenciales son "la noción de *"servicio público"* y la consecuente incorporación en su texto -tácita o expresamente- de las *"cláusulas exorbitantes"*. Sobre estas últimas, dijo la Corte:

"Estas cláusulas exorbitantes se presentan como disposiciones implícitas en el contrato administrativo, que recogen prerrogativas en favor de la Administración Pública, justificadas por el interés colectivo involucrado en esa contratación, y cuya proporción es de tal magnitud que en una relación contractual común resultan inaceptables.

Son pues las cláusulas exorbitantes, notas consustanciadas con la naturaleza misma de las contrataciones de carácter administrativo. Es precisamente esta desproporción que se patentiza entre los intereses del particular frente a los del colectivo, lo que define las cláusulas exorbitantes. Se trata así, de aquellas disposiciones que un particular no aceptaría insertar en un contrato con otro particular, porque son ellas las que en definitiva ponen de relieve o materializan en el negocio jurídico las potestades administrativas. Potestades no discutidas; y, por el contrario, recibidas por el particular contratante que entiende y acepta que no se trata de un capricho de la voluntad administrativa, sino una herramienta diseñada por el Derecho Público para garantizarle al colectivo, la protección de sus intereses encomendados a la Administración, concretándose con ella, la forma más eficaz de asegurar la salvaguarda del interés general, imposibilitado de controlarlo directamente y permanentemente".

La Corte indicó que estos criterios “han sido aceptados por gran parte de la doctrina extranjera y también venezolana, no obstante que aún existen estudiosos del tema que restan relevancia a la distinción que se hace de los contratos administrativos frente a los de derecho común, y que insisten en que la misma sólo ha obedecido a razones puramente pragmáticas, dirigidas a la determinación del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento”⁵²⁵. La Corte aceptó, en todo caso, que las cláusulas exorbitantes -insertas expresa o tácitamente en el contrato- en realidad no definen los contratos como tales contratos administrativos, “por ser una consecuencia y no un elemento determinante de éste”; concluyendo entonces que “la característica que por antonomasia identifica un contrato administrativo es el servicio público que se pretende con él, el interés general o la utilidad pública perseguida”.

En cuanto a los Contratos de Asociación autorizados por el Congreso, la Corte admitió que los mismos “contienen *per se* la noción de servicio público, por tratarse de contrataciones que se postulan como aquellas que más claramente revelan su condición de administrativa”.

4. *El control del Estado en la ejecución de los Contratos de asociación*

El artículo 5 de la Ley de Nacionalización no sólo reserva al Estado la industria petrolera, sino que dispone que al permitir la celebración de Contratos de asociación con empresas privadas para la realización de las actividades reservadas a la República, que deben asegurar el control del Estado sobre los Convenios.

Sobre ello, la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de abril de 1991, al referirse al control a que se contrae el artículo 5° de la Ley de Nacionalización, había distinguido entre el control sobre los Convenios y el control accionario sobre empresas mixtas,

525 Es la tesis que hemos sostenido desde hace años en “La evolución del concepto de contrato administrativo” en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, n° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 41-69; y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90

señalando que “lo determinante es el control del convenio, que es una noción más jurídica que económica o patrimonial, y por ello se refiere a “participación” sin calificarla de alguna manera”⁵²⁶. En el caso de los Convenios de asociación, por tanto, es siempre un control contractual interno o corporativo; que se manifiesta o por la vía de la participación económica o financiera mayoritaria en el capital de la empresa o asociación; o por la vía de reservarse el Estado, en el mismo convenio, una intervención decisiva en la conducción y administración de la empresa o asociación, como precisamente se previó en el Acuerdo del Congreso con la creación del Comité de Control en relación con “las decisiones fundamentales de interés nacional relacionadas con la ejecución del Convenio”; Comité en el cual tiene asegurada la presencia y el consentimiento de los miembros designados por la Filial.

Sobre este tema del control, además, la antigua Corte Suprema en la señalada sentencia de la apertura petrolera de 1999, al analizar las reglas de funcionamiento del señalado Comité de Control, indicó que “garantizan que el control que debe ejercer el Estado directamente o a través de entes de su propiedad (las filiales), está presente en cada Asociación que se pacte”; agregando que: “las condiciones que marcan la existencia del Comité de Control son reveladoras del estricto control que se pretende de las políticas en materia de hidrocarburos y en la toma de las decisiones fundamentales de la Asociación que repercutan en aquellas políticas. De esta forma, un Comité integrado paritariamente por representación de la filial y del inversionista, presidido por un representante de la filial con derecho a doble voto en casos de empate, son indudable garantía de la presencia del Estado en el destino de estas Asociaciones, no obstante que éste tiene una participación hasta del 35% del capital accionario”.

Ahora bien, todo este amplio esquema de reserva al Estado de la industria petrolera en todos sus aspectos, y el régimen de la limitada participación de las empresas privadas en el negocio petrolero sólo mediante Convenios de Asociación sometidos al control del Estado, puede decirse que fue cambiado radicalmente a partir de la sanción de la Constitución de 1999 y particularmente con la nueva legislación relativa a los hidrocarburos, al punto de que puede hablarse, específi-

526 V., en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia*, abril de 1.991, p. 137.

camente, de un proceso de desnacionalización de la industria petrolera a partir de 1999.

II. LA DESNACIONALIZACIÓN PARCIAL DE LA INDUSTRIA PETROLERA

1. *El fundamento de la desnacionalización en la Constitución de 1999*

El artículo 302 de la Constitución de 1999, luego de intensos debates⁵²⁷ y como antes se ha comentado, modificó el texto de lo que era el artículo 97 de la Constitución de 1961, y pretendió establecer directamente en su texto la reserva al Estado de la industria petrolera, en la siguiente forma: “el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera”.

En esta forma, los principios relativos a la reserva de la industria petrolera efectuada mediante la Ley de Nacionalización de 1975⁵²⁸, al momento de sancionarse la Constitución de 1999 puede decirse que adquirieron rango constitucional⁵²⁹, pero el ámbito de la reserva completamente flexible quedó sujeto expresamente a lo que dispusiera la “ley orgánica respectiva”. Así resultó, que la constitucionalización de la reserva de la industria petrolera no pasó de ser una declaración, sin efectos reales, y que además se desdibujó al poco tiempo. En otros términos, la constitucionalización de la reserva al Estado de la industria petrolera a lo que condujo fue al inicio de la desnacionalización de la propia industria petrolera, al dictarse, en 1999, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y en 2001, la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁵³⁰.

527 V., nuestro voto salvado en primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

528 V., nuestros comentarios sobre ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas, 1981, pp. 407 a 492.

529 Esos principios son, como lo destacó Isabel Boscán de Ruesta, en primer lugar, que la reserva no fue concebida como un monopolio estatal absoluto y excluyente del sector privado; y en segundo lugar, el sistema piramidal estructurado para la administración petrolera nacional. V., en *La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas, 2002, p. 149.

530 G.O. n° 37.323 del 13 de noviembre de 2001

En cuanto a la constitucionalización de la reserva al Estado de la industria petrolera, debe mencionarse, además, que con motivo de la propuesta de algunos constituyentes ante la Asamblea Nacional Constituyente, de constitucionalizar también la propiedad exclusiva del Estado sobre las acciones de Petróleos de Venezuela S.A.⁵³¹, en la Constitución de 1999 se incorporó el artículo 303 que establece expresamente que por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional “el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A. o del ente creado para el manejo de la industria petrolera”. Pero lamentablemente, en la norma se agregó que se exceptuaba de esa reserva, la propiedad de las acciones “de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A”. En esta forma, el efecto logrado fue el contrario al que se pretendía, pues la reserva de la propiedad de las acciones establecida constitucionalmente sólo quedó referida a las de Petróleos de Venezuela SA (PDVSA), es decir, a las del holding petrolero, pero no a las de sus empresas filiales, respecto de las cuales incluso la Constitución “aclaró” que las mismas si pueden ser enajenadas⁵³². Incluso, la excepción se refiere en general a las acciones que pueda tener PDVSA en cualquier tipo de empresa, aún cuando se constituyan en el futuro, al referirse a las acciones “en asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A”.

531 V., Gastón Parra Luzardo, *La Constituyente. Renacer de una esperanza ¿utopía?*, Caracas, 2002, pp. 159 y ss.

532 En relación con esta norma, salvamos nuestro voto al estimar que no era conveniente permitir la posible venta de acciones de las empresas filiales, lo que en todo caso es materia de política pública, que es cambiante. V., nuestro voto salvado en segunda discusión del Proyecto de Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas, 1999, pp. 292-293. El constituyente Parra Luzardo, sin embargo no salvó su voto en relación con esta norma, aún cuando señale posteriormente que “no estuvo de acuerdo con el párrafo” agregado en segunda discusión respecto de la posible venta de acciones de las filiales y otras empresas. V., Gastón Parra Luzardo, *La Constituyente. Renacer de una esperanza ¿utopía?*, Caracas, 2002, pp. 167.

De lo anterior resulta un absoluto contrasentido y la consagración constitucional de la posibilidad de la desnacionalización total de la industria petrolera. En efecto, se insiste, conforme al artículo 303 de la Constitución, lo que resultó es que lo que debe permanecer como propiedad de la República son las acciones de PDVSA, es decir, del holding de la industria petrolera, pero no de las acciones de las empresas filiales o de otras en las que PDVSA tenga acciones, las cuales en realidad son las que realizan todas las actividades operativas en la industria. En esta forma, puede decirse que fue el propio texto constitucional el que eliminó el principio de la reserva que estaba en la Ley de Nacionalización de 1975, al permitir que las acciones de todas las empresas del Estado operadoras de la industria petrolera nacionalizada puedan ser vendidas al sector privado. Hubiera sido preferible, sin duda, que nada se hubiera regulado sobre el tema de la propiedad de las acciones de PDVSA en la Constitución, a que se constitucionalizara expresamente la posibilidad de la venta de las acciones de las filiales de PDVSA e incluso de las empresas que se constituyeron con motivo de la apertura petrolera desarrollada en los noventa mediante los Convenios de asociación.

En todo caso, las antes analizadas normas constitucionales puede decirse que son las que constituyen el fundamento del proceso de desnacionalización petrolera que se ha venido produciendo en el país, al regularse ampliamente conforme al marco constitucional, la participación de empresas privadas en las actividades industriales y comerciales vinculadas con los hidrocarburos, a través de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH)⁵³³ y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG)⁵³⁴.

2. *La reducción del ámbito de las actividades de la industria petrolera reservadas al Estado*

El primer aspecto del proceso de desnacionalización de la industria deriva de la reducción que se ha producido respecto del ámbito de las actividades reservadas al Estado, y que ha quedado concentra-

533 *Gaceta Oficial* n° 37.323 de 13-11-2001.

534 *Gaceta Oficial* n° 36.793 de 23-09-1999. El Reglamento de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (RLOHG) se publicó en *Gaceta Oficial* Extra. n° 5.471 de 05-06-2000.

da en lo que se refiere a las actividades primarias; a las actividades realizadas en las refinerías existentes al momento de dictarse la Ley Orgánica; a las actividades de comercialización externa e interna de hidrocarburos naturales; y las actividades de comercialización externa e interna sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto.

A. *La reserva respecto de las actividades primarias y la participación del capital privado en las mismas a través de empresas mixtas*

a. *El ámbito de la reserva*

Las actividades primarias en materia de hidrocarburos conforme a la definición de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, comprenden "la exploración, la extracción de los hidrocarburos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento inicial, así como, las relativas a las obras que su manejo requiera" (Art. 9). De esta definición se destaca que la reserva se refiere a las mencionadas actividades relativas, exclusivamente, a los hidrocarburos *en su estado natural*. En consecuencia no se refiere a hidrocarburos procesados o derivados. Además, en cuanto a las actividades reservadas (recolección, transporte y almacenamiento) sólo se refiere a la recolección, transporte y almacenamiento *inicial*, es decir, el que se realiza primigeniamente luego de la extracción de los hidrocarburos en estado natural, y que se refiere por tanto a los *hidrocarburos en estado natural*.

Estas actividades primarias son reservadas al Estado (Art.9 LOH), correspondiendo su desarrollo, sea directamente al Estado, a través del Ejecutivo Nacional, o mediante empresas de la exclusiva propiedad del Estado (Empresas del Estado) o mediante empresas mixtas con capital del Estado en más del 50 % del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH). Por esta última vía, en todo caso se permite la participación del capital privado en las actividades primarias.

b. *La posibilidad de participación del capital privado en las actividades primarias a través de las Empresas Operadoras mixtas*

En consecuencia, la Ley Orgánica estableció que las actividades primarias también pueden ser desarrolladas con participación del capital privado a través de empresas mixtas, que son aquellas en las

cuales el Estado mantiene una participación mayor del 50% de su capital social, y que están reguladas en los artículos 33 a 37 de la LOH. En consecuencia, las empresas privadas podrían participar en realización de las actividades primarias formando parte -como accionistas- en una empresa mixta.

Se destaca, de esta previsión, que al establecer la Ley Orgánica un porcentaje rígido de participación accionaria en las empresas mixtas para la participación del capital privado en el desarrollo de las actividades primarias (50% del capital social), con ello se modificó el sentido del control estatal sobre los Convenios de Asociación que regulaba la Ley de Nacionalización derogada, y que permitía que con un capital mayoritario privado, el Estado pudiera suscribir Convenios de Asociación manteniendo el control del mismo, como antes se ha analizado. La nueva Ley Orgánica restringió en esta forma la posibilidad de participación del capital privado (no estatal) en las actividades primarias de hidrocarburos, por lo que resulta incomprensible que en diciembre de 2001, después de que el Decreto-Ley se hubiera dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y publicado en Gaceta Oficial el 13 de noviembre de 2001, en virtud de que se dispuso en su texto que la Ley entraba en vigencia el día 1º de enero de 2002; en ese lapso el Ejecutivo Nacional se hubiera apresurado a someter a la Asamblea Nacional la solicitud de autorización para la celebración de de una Asociación conforme a los términos de la Ley de Nacionalización de 1975 que se estaba derogando por el mismo Decreto Ley ya publicado pero aún no vigente, y que la nueva Ley prohibía⁵³⁵.

Ahora bien, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional puede transferir a las empresas del Estado o a las antes mencionadas empresas mixtas, que la Ley las denomina como

535 El Convenio de Asociación Estratégica la empresa estatal chinas, *China Nacional Oil and Gas Exploration and Development Corporation* como empresa filial de la empresa *China Nacional Petroleum Corporation* y la empresa Bitúmenes Orinoco (BITOR) filial de Petróleos de Venezuela SA PDVSA, para la producción de Bitúmen, diseño, construcción y operación de un módulo de producción y emulsificación de bitúmen natural para la elaboración de Orimulsión; en el cual la empresa BITOR sólo tenía el 30 % de participación en el capital social. V., el Acuerdo autorizador de la Asamblea Nacional en *Gaceta Oficial* n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

“Empresas Operadoras”, “el derecho al ejercicio de las actividades primarias”, así como “la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades” (Art. 24).

c. *La aprobación parlamentaria*

A los efectos de la constitución de empresas mixtas para participar en actividades primarias de hidrocarburos, la Ley exige la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe informarla de todas las condiciones y circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La Asamblea Nacional puede modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes (Artículo 33 LOH).

d. *La selección de la Empresa Operadora*

Para la selección de las empresas operadoras, el organismo público competente debe promover la concurrencia de diversas ofertas, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe crear los respectivos comités para fijar las condiciones necesarias y seleccionar a las empresas.

Por otra parte, el Ministerio de Energía y Minas puede suspender el proceso de selección o declararlo desierto, sin que ello genere indemnización alguna por parte de la República (Art. 37 LOH). Sin embargo, por razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades, podrá hacerse escogencia directa de las operadoras, previa aprobación del Consejo de Ministros.

e. *Las condiciones mínimas*

Entre las condiciones mínimas que deben cumplir las empresas mixtas a ser constituidas, se destaca el hecho de que la duración máxima para la realización de la actividad económica concreta debe ser de 25 años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, no mayor de 15 años. Esta prórroga debe ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual fue otorgado el derecho a reali-

zar las actividades y antes de los 5 años de su vencimiento (Art. 34 LOH).

Otra condición es la necesaria indicación de la ubicación, orientación, extensión y forma del área donde haya de realizarse las actividades y las demás especificaciones que establezca el Reglamento.

Además, conforme a la Ley se exige que se deben incluir dentro de las condiciones o, en su defecto, se tendrán como incorporadas en las mismas, las cláusulas siguientes (Artículo 34 LOH):

En *primer lugar*, que las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, así como cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deben ser conservados en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa los derechos otorgados, de manera que se garantice la posibilidad de continuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

En *segundo lugar*, y conforme a lo que dispone el artículo 151 de la Constitución, las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

B. *La reserva al Estado de las instalaciones de las refinerías existentes de propiedad pública*

En relación con las instalaciones destinadas a la actividad de refinación, la Ley Orgánica distingue entre instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley, y las nuevas refinerías. (Arts. 10 y 11 LOH). Sobre las primeras, es decir, sobre "las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas", dispone el artículo 10 de la Ley

Orgánica que “quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en este Decreto Ley” (Art. 10).

La Ley Orgánica, sin embargo, nada más agrega sobre esta “reserva de instalaciones existentes” dedicadas a la refinación de hidrocarburos naturales en el país (se excluyen las que siendo propiedad de PDVSA estaban ubicadas en el exterior) o al “transporte principal de productos y gas”. Por ello, en cuanto a las instalaciones de refinación existentes, la disposición de la Ley podría dar origen a dos interpretaciones: en primer lugar, que las refinerías existentes de propiedad pública, como bienes del Estado, deben permanecer siendo de propiedad del Estado, la que estimamos es la interpretación adecuada; o que las actividades de refinación que se realicen en dichas instalaciones existentes de propiedad pública, además, sólo podrían realizar por el Estado, lo que no estaría acorde con el sentido general de las nuevas regulaciones de la Ley.

En el segundo de los sentidos posibles de la norma, en efecto, el resultado sería contradictorio con el postulado general de que las actividades de refinación se pueden realizar tanto por el Estado como por los particulares conjunta y separadamente como lo establece el mismo artículo 10 de la Ley. En consecuencia, la duda interpretativa que puede decirse que existe en relación a si en estas refinerías de propiedad pública que existían en territorio nacional al momento de sancionarse la Ley, el Estado podría asociarse con particulares mediante empresas mixtas para realizar la actividad de refinación o podría otorgar licencias a los particulares para la realización con ellas de actividades de refinación, estimamos que debería resolverse afirmativamente de acuerdo al sentido general que tiene la Ley a favor de la desnacionalización de la industria petrolera.

C. *La reserva de las actividades de comercialización de hidrocarburos naturales, y de comercialización de productos derivados que hayan sido reservadas mediante Decreto*

De acuerdo con la LOH también se reservan al Estado las siguientes actividades de comercio interno y externo de hidrocarburos:

En primer lugar, las actividades realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado. (Artículos 27 y 57); y

En segundo lugar, las actividades realizadas respecto de los productos derivados de hidrocarburos cuya comercialización el Estado se reserve expresamente mediante Decreto, en cuyo caso también sólo podrán ser ejercidas exclusivamente por las empresas del Estado (Arts. 27 y 57 LOH). El ámbito de estas actividades reservadas, por tanto, es variable, según el decreto que dicte el Ejecutivo Nacional, en el cual se pueden aumentar o disminuir las actividades sobre productos derivados de hidrocarburos que se reservan.

En relación con esta reserva, además, debe indicarse que la misma se concibió en forma absoluta, de manera que el capital privado no puede participar en el desarrollo de las mismas por ejemplo, mediante empresas mixtas, como en cambio si puede suceder en relación con las actividades primarias.

3. *La posibilidad de participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera de carácter concurrente (que no están reservadas) y sus modalidades (licencias y permisos)*

A. *La participación del capital privado en las actividades de refinación de hidrocarburos naturales mediante licencia*

Las actividades de refinación comprenden la destilación, purificación y transformación de los *hidrocarburos naturales* objeto de la Ley Orgánica, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias (Art. 10 LOH). Estas actividades pueden ser desarrolladas “por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente” (Artículo 10 LOH), mediante la obtención de una licencia. Sin embargo, como se dijo, en cuanto a la refinación en las instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley y que eran propiedad del Estado, las mismas quedan reservadas al Estado, disposición que podría interpretarse en el sentido de que no se permite la participación de los particulares en las actividades desarrolladas en las mismas.

Con esta salvedad, en los otros supuestos, la refinación de hidrocarburos naturales es una actividad que se puede realizar por los privados mediante licencia del Estado.

a. *La licencia del Ministerio de Energía y Minas*

Para el ejercicio de actividades de refinación de hidrocarburos naturales, se debe obtener licencia del Ministerio de Energía y Minas (Art. 12 LOH), para lo cual se debe cumplir con los siguientes requisitos (Artículo 13 LOH):

- Identificación de las empresas y sus representantes.
- Descripción del proyecto, con indicación de la tecnología aplicable y del destino de los productos, así como de los recursos económicos aplicables al proyecto.
- Duración de la empresa o del proyecto, la cual no será superior a veinticinco (25) años, prorrogables por un lapso a ser acordado no mayor de quince (15) años, si se han cumplido los requisitos del proyecto.
- Indicación de las ventajas especiales que se ofrezcan a favor de la República.

En las licencias que se otorguen se debe incluir las siguientes disposiciones, o en su defecto, se tendrán como insertas, en el texto de la licencia (Artículo 15 LOH).

- Las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deberán ser conservados en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa los derechos otorgados, de manera que se garantice la posibilidad de continuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.
- Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

b. *El registro en el Ministerio de Energía y Minas*

Las personas que se dediquen a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales, además, deben inscribir la licencia en el registro que para tal efecto lleve el MEM (Art. 14 LOH).

Cualquier cesión o traspaso o gravamen de la licencia debe contar con la aprobación previa del MEM y debe asentarse en el registro que lleva dicho organismo (Art. 16 LOH).

Las licencias podrán ser revocadas por el MEM, en los casos previstos en la ley, concretamente, por la ocurrencia de causas de revocatoria establecidas en la propia licencia o por realizarse cesión, gravamen o ejecución sin la autorización de dicho Ministerio. (artículo 17 LOH).

c. *Las instalaciones para la refinación*

Como se dijo, en relación con las instalaciones destinadas para la actividad de refinación, la Ley distingue entre instalaciones existentes y las nuevas refinerías. (Arts. 10 y 11 LOH) Sobre este particular, como se ha dicho, pauta que las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en el Decreto Ley.

Por lo que respecta a las instalaciones nuevas, el artículo 11 de la ley prevé que éstas deben responder a un plan nacional para su instalación y operación y deben estar vinculadas a proyectos determinados aprobados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Estas refinerías deben estar dirigidas principalmente, a la modernización de los procesos a ser utilizados y a la obtención de combustibles limpios.

B. *Las actividades de industrialización de hidrocarburos refinados mediante permisos*

a. *El régimen general*

Las actividades de industrialización de *hidrocarburos refinados* comprende las de separación, destilación, purificación; conversión, mezcla y transformación de los mismos, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias mediante la obtención de especialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos. (Art. 49 LOH)

Estas actividades de industrialización pueden ser realizadas por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; por empresas de su exclusiva propiedad; por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas, sea de capital nacional o extranjero (Art. 50 LOH), mediante la obtención de permisos.

El Ejecutivo Nacional debe adoptar las medidas necesarias para la industrialización en el país de los hidrocarburos refinados, para lo cual deberá cumplir con las siguientes orientaciones (Art. 51 LOH):

- “1. Estimular la mayor y más profunda transformación de los hidrocarburos refinados.
2. Fomentar las inversiones en proyectos generadores de sustancias que apoyen el desarrollo del sector industrial nacional.
3. Asegurar que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos bajo el control del Estado garanticen con carácter prioritario, respecto a la alternativa de exportación, el suministro oportuno para su posterior procesamiento de las sustancias básicas en cantidad y calidad y con esquemas de precios y condiciones comerciales que permitan el desarrollo de empresas competitivas en los mercados internacionales.
4. Desarrollar parques industriales alrededor de las refinerías y en zonas donde se facilite el suministro de hidrocarburos o sus derivados.
5. Que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de los hidrocarburos en el país.

6. Que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos en el país fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen.
7. Cualesquiera otras que señalen los Reglamentos”.

Por otra parte, debe señalarse que conforme al artículo 52 LOH, el Ejecutivo Nacional debe dar prioridad a los proyectos de industrialización de hidrocarburos refinados que estimulen la formación de capital nacional y vinculen éste a una “mayor agregación de valor a los insumos procesados y cuyos productos sean competitivos en el mercado exterior”.

b. *Los permisos*

Las empresas privadas que pretendan desarrollar actividades de industrialización de hidrocarburos refinados, deben obtener un permiso que debe ser otorgado por el Ministerio de Energía y Minas, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos (Art. 53):

- Identificación de las empresas y sus representantes.
- Indicación de la fuente de suministro de la materia prima.
- Definición del proyecto con señalamiento del destino de los productos.

c. *El registro en el MEM*

Quienes se dediquen en el país a las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados, deben inscribir el permiso en el registro que al efecto debe llevar el Ministerio de Energía y Minas. (Artículo 54 LOH).

C. *Las actividades de comercialización de productos derivados de los hidrocarburos mediante permisos*

a. *Régimen general*

Las actividades de comercialización comprenden el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados. (Artículo 56 LOH). Como se ha

señalado, la Ley Orgánica reserva al Estado las siguientes actividades de comercio interno y externo de hidrocarburos: aquellas realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado (Artículo 57); y aquellas realizadas sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto, en el cual el Ejecutivo Nacional debe identificar el producto expresamente, y las cuales sólo pueden ser ejercidas en exclusividad por las empresas del Estado (Art.57 LOH), no permitiéndose la participación del capital privado en el desarrollo de las mismas.

Ahora bien, en cuanto a las otras actividades de comercio interno y externo de productos derivados no reservados o no excluidos por el Ejecutivo Nacional, las mismas pueden ser realizadas por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; por empresas de la exclusiva propiedad del Estado (Empresas del Estado); por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas (Art. 58 LOH) mediante la obtención de permisos.

b. *Las actividades de servicios públicos en relación con los productos derivados y su prestación por los particulares*

Dentro de las actividades relativas al comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, el artículo 60 de la Ley declara que "constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional (conforme al artículo 59), destinados al consumo colectivo interno".

La consecuencia de la calificación de estas actividades como servicio público es que los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, a los fines previstos en el Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas.

Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción.

c. *Los permisos para realizar la actividad*

Conforme al artículo 61 de la ley, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas. Los permisos están sujetos a las normas establecidas en la Ley Orgánica, su Reglamento y las Resoluciones respectivas; y su cesión o traspaso requiere la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas (Artículo 61 LOH).

La Ley Orgánica permite que las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, puedan realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas (Artículo 61 LOH)

Por lo que respecta a la transmisión de derechos sobre expendios de combustibles, el artículo 65 de la Ley reconoce expresamente que se deberá pagar el valor del fondo de comercio perteneciente a quien esté ejerciendo la actividad.

d. *Las autorizaciones para la construcción, modificación o destrucción de obras:*

El artículo 62 de la Ley Orgánica dispone que la construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos, destinados al comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, deben ser previamente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas.

e. *La revocatoria del permiso*

Por otra parte, el Ministerio de Energía y Minas puede revocar los permisos, cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, su Reglamento o en Resoluciones, comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de personas y bienes. (Artículo 63 LOH)

E. *Las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados mediante licencia*

a. *Régimen general relativo a los hidrocarburos no gaseosos*

La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) regula todas las actividades vinculadas con los hidrocarburos gaseosos, tanto aquellos asociados con el petróleo u otros fósiles, como aquellos no asociados.

En dicha Ley se establece que tanto el Estado, directamente o mediante entes de su propiedad, como las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado y mediante permisos o licencias, pueden realizar actividades de exploración en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, en busca de yacimientos de hidrocarburos gaseosos no asociados y la explotación de tales yacimientos; así como la recolección, almacenamiento y utilización tanto del gas natural no asociado proveniente de dicha explotación, como del gas que se produce asociado con el petróleo u otros fósiles; el procesamiento, industrialización, transporte, distribución, comercio interior y exterior de dichos gases (Arts. 1 y 2).

El artículo 22 de la Ley repite el mismo principio general en cuanto a las actividades referentes a la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos *no asociados*, así como las de procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, industrialización, comercialización y exportación, indicando que pueden ser realizadas directamente por el Estado o por entes de su propiedad, o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado. La norma agrega que las actividades a ser realizadas por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional, conforme al artículo 3º de la Ley.

Dependiendo de la actividad, las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional. (Artículo 22 LOHG).

b. *La licencia para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados*

Las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, que deseen realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados, deben obtener la licencia correspondiente del Ministerio de Energía y Minas (Artículo 24 LOHG).

Las licencias deben ser otorgadas previo proceso licitatorio que debe efectuar el MEM Sin embargo, el Ejecutivo Nacional, por órgano del MEM y previa la autorización del Consejo de Ministros, pueda otorgar directamente licencias, por razones de interés público o por circunstancias particulares de las actividades, siempre y cuando se cumplan las condiciones que impone la Ley (Artículo 21 del Reglamento).

La licencia otorga a su titular, el derecho exclusivo para realizar las actividades de exploración y explotación en un área geográfica determinada (Art. 20 Reglamento). Estos derechos no son gravables ni ejecutables, pero pueden ser cedidos previa autorización del Ministerio de Energía y Minas (Art. 25, Ley).

c. *Los requisitos para la obtención de las licencias*

Para el otorgamiento de las licencias, se deben cumplir las siguientes condiciones (Artículo 24 LOHG):

-Descripción del proyecto, con indicación del destino de dichos hidrocarburos, conforme al artículo 3° de la Ley. (Dicho artículo señala que las actividades deben estar dirigidas al desarrollo nacional)

-Duración máxima de treinta y cinco (35) años, prorrogable por un lapso a ser acordado entre las partes, no mayor de treinta (30) años. Esta prórroga deberá ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual se otorgó la licencia y antes de los cinco (5) años de su vencimiento.

-Plazo máximo de cinco (5) años para la realización de la exploración y cumplimiento de los programas respectivos, incluido dentro del plazo inicial indicado en el numeral anterior, con sujeción a las demás condiciones que indique el Reglamento.

-Indicación de la extensión, forma, ubicación y delimitación técnica del área objeto de la licencia y cualquier otro requisito, que para la mejor determinación de dicha área, señale el Reglamento.

-Indicación de las contraprestaciones especiales que se estipulen a favor de la República.

En las licencias, aunque no aparezcan expresamente, se tendrán como insertas las cláusulas siguientes:

En *primer lugar*, que las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas y cualesquiera otros bienes adquiridos con destino al objeto de la licencia, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deberán ser conservadas en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa las respectivas licencias, de manera que se garantice la continuidad de las actividades si fuere el caso o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

En *segundo lugar*, que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la licencia y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

d. *La revocación de la licencia*

Las licencias otorgadas son revocables por el Ministerio de Energía y Minas, por las causales siguientes (Artículo 25 LOHG):

-Por incumplimiento de lo previsto en los programas de exploración;

-Por incumplimiento de las condiciones establecidas en el numeral 3 del artículo 24 de la Ley, concretamente, lo relativo al plazo máximo de cinco (5) años para la realización de la exploración y cumplimiento de los programas respectivos. (Ver literal b, A del punto 5, *supra*) y por el incumplimiento de las contraprestaciones que se hayan estipulado a favor de la República;

-Por cederla sin la autorización requerida;

-Por la ocurrencia de las causas de revocatoria establecidas en la propia licencia y en particular las que estuvieren referidas a las condiciones de explotación y a la ejecución del proyecto; y,

-Por la revocatoria prevista en el artículo 21 de la Ley, que se refiere a la posibilidad de revocar las licencias de explotación, para salvaguardar los intereses de la República, para el caso de que un yacimiento se encuentre en zonas limítrofes.

F. *Las actividades relativas a hidrocarburos gaseosos distintas a la exploración y explotación, mediante permisos*

a. *Las diversas actividades relativas a hidrocarburos gaseosos producidos por otros*

La Ley regula “las actividades distintas a las de exploración y explotación” disponiendo en su artículo 27 que quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, *producidos por otras personas*, deberán obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos, conforme al artículo 3º de la Ley. Estas actividades las regula el Reglamento indicando separadamente las relativas al transporte de gas, la distribución de gas, el procesamiento de los líquidos gas natural (LGN) y la comercialización del gas licuado del petróleo (GLP).

Según el referido Reglamento, el transporte comprende el diseño, construcción, operación, mantenimiento y administración de los sistemas de transporte, desde los puntos de entrega de los productores o de otros transportistas, hasta los puntos de recepción de los distribuidores, otros transportistas o consumidores mayores. También comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de transporte. (Artículo 51 del Reglamento)

La distribución comprende el diseño, la construcción, la operación el mantenimiento y la administración de los sistemas de distribución, desde los puntos de entrega de los productores o transportistas, hasta los puntos de recepción de los consumidores. Igualmente comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de distribución. (Artículo 52 del Reglamento).

El procesamiento del gas natural abarca los procesos de separación, extracción, fraccionamiento, almacenamiento y comercialización de los líquidos del gas natural y otras sustancias asociadas al gas natural. (Artículo 75 del Reglamento)

Por último, la comercialización del gas licuado del petróleo se refiere al transporte, almacenamiento y distribución del GLP, así como las actividades de intermediación. (Artículo 78 del Reglamento)

b. Las actividades consideradas como servicio público

El artículo 5 de la Ley Orgánica dispone que las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo, constituyen un servicio público. En consecuencia, el artículo 8 de la Ley dispone que los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos a los cuales se refiere la Ley, tienen la obligación de prestar el servicio en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia; calidad y seguridad.

Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la Ley autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

c. Las actividades de industrialización

En cuanto a las actividades de industrialización de los hidrocarburos gaseosos, conforme al artículo 30 de la Ley, también pueden ser realizadas directamente por el Estado, por entes de su propiedad; o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, mediante la obtención de permisos.

A tal efecto, como lo indica el artículo 31 de la Ley, el Ejecutivo Nacional debe dictar la reglamentación necesaria para la industrialización de los hidrocarburos gaseosos en el país, la cual debe contener, entre otras disposiciones, medidas a fin de:

- “1. Que se desarrollen parques industriales en zonas donde se facilite el suministro de dichos hidrocarburos;
2. Que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos gaseosos garanticen el suministro de las materias primas disponibles;
3. Que los precios y condiciones de suministro de las materias primas permitan la formación de empresas eficientes y competitivas;
4. Que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país; y,
5. Que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país, fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen”.

En todo caso, el Ejecutivo Nacional debe dar prioridad a los proyectos de industrialización de los hidrocarburos gaseosos que propendan a la formación de capital nacional, a una mayor agregación de valor a los insumos procesados y cuyos productos sean competitivos en el mercado exterior (Art. 32). Los proyectos referentes a la industrialización de los hidrocarburos gaseosos, además, deben inscribirse en el Registro que al efecto lleve el Ministerio de Energía y Minas (Art. 33).

d. *Los permisos*

Quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, producidos por otras personas, deben obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos (Artículo 27 de la Ley).

Conforme con el texto del artículo 27, a los permisos se les aplicarán los requisitos y condiciones que ya indicados para las licencias de exploración y explotación, salvo en lo que se refiere al plazo máximo de cinco (5) años para la realización de la actividad, y el relativo a la indicación de la extensión, ubicación y delimitación técnica del área objeto de la licencia y cualquier otro requisito, que señale el Reglamento.

Por lo que respecta a los permisos para actividades relacionadas con el procesamiento de industrialización de los hidrocarburos gaseosos así como a las actividades relacionadas con la comercialización

de los gases licuados del petróleo, sin embargo, los siguientes requisitos previstos para las licencias no se les aplican: el término de duración de 35 años; y la cláusula de reversión.

Por lo que respecta a los permisos para el transporte y distribución de gas, el Reglamento pauta que se debe cumplir con lo siguiente (Artículo 63):

- Solicitud al MEM con la documentación que permita identificar al interesado, determinar su capacidad técnica para la operación y su capacidad comercial, administrativa y financiera;
- Definición y descripción del proyecto
- Propuestas de participación nacional según lo pautado en el Reglamento.

En lo atinente a los requisitos para el procesamiento de gas natural y la comercialización del GLP, el reglamento se limita a exigir el permiso previo, sin otras especificaciones.

e. *La revocación del permiso*

Conforme al artículo 28 de la Ley, los permisos pueden ser revocados por el Ministerio de Energía y Minas en caso de que se realizare su cesión o traspaso sin la autorización requerida para ello, o cuando se demuestre el incumplimiento del programa de ejecución del proyecto. Igualmente, cuando se incurra en cualquiera otra causal establecida en el propio permiso y o en el Reglamento de la Ley.

III. LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA (2006-2007) DE LOS "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS" OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN PETROLEROS

Como antes se dijo, conforme al artículo 5 de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (Ley de Nacionalización), y antes de la sanción de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, la participación del sector privado en la industria petrolera se realizó mediante dos modalidades contractuales: los

convenios operativos y los convenios de asociación que se podían establecer con empresas privadas.⁵³⁶

Los primeros, es decir, los convenios operativos no afectaron en forma alguna la reserva que se había hecho al Estado de la industria, y podían suscribirse todos los que las empresas petroleras nacionalizadas considerasen necesarios para la mejor realización de sus actividades. Dichos convenios operativos, por supuesto, en ningún caso afectaban la esencia misma de las actividades atribuidas o reservadas al Estado.

Los convenios de asociación, en cambio, permitían al Estado asociarse con particulares para realizar las actividades reservadas, lo que implicaba un régimen jurídico excepcional de asociación o participación del sector privado en las actividades reservadas, lo que exigía la intervención previa del órgano legislativo para que pudieran suscribirse.

Esa participación, sin embargo, no fue permitida durante los primeros veinte años de vigencia de la Ley; situación que cambió a comienzos de la década de los noventa, por las transformaciones ocurridas en el mercado petrolero mundial.

1. *La apertura petrolera y los Convenios de asociación*

Conforme al marco aprobado por las Cámaras Legislativas, en los años subsiguientes, entre 1993 y 1997 se celebraron varias rondas de negociaciones para la asignación y la creación de asociaciones, originándose los siguientes Convenios de Asociación:

En primer lugar, las denominadas Asociaciones Estratégicas para las operaciones en la Faja Petrolífera del Orinoco, que fueron las siguientes: **Petrozuata, S.A.**, en asociación con *ConocoPhillips*; **Sincru- dos de Oriente, S.A. (Sincor, S.A.)** en asociación con *Total* y *Statoil*; **Petrolera Cerro Negro, S.A.**, en asociación con *Exxon Mobil* y *British Petroleum*; y **Petrolera Hamaca, C.A. (Petrolera Ameriten)** en asociación con *ConocoPhillips* y *Chevron*.

536 V., en Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas 2002, pp. 127 y ss.

En segundo lugar, las asociaciones constituidas para proyectos de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas que fueron las siguientes: en el **Golfo de Paria Oeste** en asociación con *ConocoPhillips, Eni Venezuela B.V* y *OPIC Karimun Corporation*; en el **Golfo de Paria Este**, en asociación con *ConocoPhillips, Inelectra, Eni* y *OPIC Karimun Corporation*; y en **La Ceiba**, en asociación con *Exxon Mobil* y *Petro-Canadá*.

Además debe mencionarse la Asociación Estratégica autorizada en 2001, para la producción de Bitúmen, diseño, construcción y operación de un módulo de producción y emulsificación de bitúmen natural para la elaboración de Orimulsión, que fue **Orifuels Sinoven, S.A., (Sinovensa)**, en asociación con *China National Petroleum Corporation – CNPC Services de Venezuela* y *PetroChina Fuel Oil Company*.

Todas estas asociaciones se constituyeron conforme al marco del Acuerdo del Congreso, con el cual, como se dijo, se dio inicio a la denominada *apertura petrolera*, el cual sin embargo fue impugnado por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por ante la Corte Suprema de Justicia en 1995, juicio que concluyó cuatro años después, el 17 de agosto de 1999, cuando la Corte Supremo dictó sentencia declarando sin lugar la acción de nulidad que se había intentado.

2. *La terminación anticipada y unilateral de los Convenios Operativos y de Asociación que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias suscritos antes de 2002*

A partir de 2006, el Estado venezolano, después de haber establecido el marco para la desnacionalización de la industria petrolera, comenzó un proceso de eliminación progresiva de la participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera que se había desarrollado antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos en 2001.

Como se dijo, para el momento en que se dictó la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, los particulares participaban en la realización de las actividades de hidrocarburos a través de dos modalidades previstas en la legislación anterior: los Convenios Operativos con las empresas del Estado, y mediante Convenios de Asociación Estratégicas y de Explotación a Riesgo y Ganancias Compartidas que se habían suscrito bajo la vigencia de la Ley que reserva al Estado la Indus-

tria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, los cuales dado el principio general de la irretroactividad de las leyes, continuaron en vigencia como contratos válidamente suscritos por el Estado conforme al artículo 5 de aquella Ley, que fue derogada por la Ley Orgánica de 2001, aún después de la entrada en vigencia de la nueva Ley.

Este proceso de eliminación de la participación del capital privado conforme a los contratos suscritos antes de 2001, se verificó mediante dos instrumentos legislativos, mediante los cuales, por una parte, se dispuso la extinción, es decir, la terminación unilateral anticipada de los Convenios Operativos que existían; y por la otra, se dispuso la terminación unilateral anticipada de los Convenios de Asociación y de Explotación a Riesgo que existían y que se habían suscrito entre 1993 y 2001, disponiéndose sin embargo, en este último caso, la posibilidad de que dichos convenios de asociación se convirtieran en empresas mixtas con capital del Estado en más del 50 % del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH).

En ambos casos, al extinguirse los contratos administrativos existentes, se produjo la expropiación de los derechos contractuales que correspondían a las empresas contratantes; expropiación que fue efectuada mediante Ley sin seguirse el procedimiento general establecido en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social, lo que en todo caso, conforme al artículo 115 de la Constitución, genera derechos en cabeza de las empresas contratantes a ser justamente indemnizadas por los daños y perjuicios producidos por dicha terminación anticipada y unilateral de los contratos administrativos válidamente suscritos por el Estado.

3. *La extinción de los Convenios Operativos*

En efecto, en cuanto a los Convenios Operativos que se habían suscrito conforme a la legislación anterior, entre las filiales de PDVSA y empresas privadas, el 18 de abril de 2006 se dictó la *Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas*⁵³⁷, cuyo específico objeto definido como “regularizar la participación privada en las actividades primarias”, condujo a la extinción median-

537 *Gaceta Oficial* n° 38.419 del 18 de abril de 2006.

te Ley de los Contratos Operativos existentes, dado que el Legislador consideró que su ejercicio había:

“[...] sido desnaturalizado por los Convenios Operativos surgidos de la llamada apertura petrolera, al punto de violar los intereses superiores del Estado y los elementos básicos de la soberanía” (Art. 1)

En consecuencia, el artículo 2 de la Ley declaró que el contenido de los referidos Convenios Operativos surgidos de la llamada apertura petrolera, era “incompatible con las reglas establecidas en el régimen de nacionalización petrolera”, disponiendo que “**quedarán extinguidos** y no podrá continuarse la ejecución de sus preceptos, a partir de la publicación de esta Ley en la *Gaceta Oficial*” (Art. 2).

Es decir, a partir del 18 de abril de 2006, mediante una ley de la Asamblea Nacional se puso fin y se extinguieron los Convenios Operativos que existían, es decir, se dio por terminados en forma unilateral y anticipada a unos contratos administrativos que habían sido validamente suscritos. No se trató, en este caso, de una rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración contratante, que eran las empresas filiales de PDVSA, sino de una terminación anticipada y unilateral de dichos contratos por una decisión del órgano legislativo del Estado, a través de una Ley. En estos casos, la responsabilidad del Estado por los daños causados por la terminación unilateral y anticipada de los contratos, que se configura como una expropiación de los derechos contractuales, así haya provenido la misma de un acto legislativo, es incuestionable.

Dicha Ley, además, dispuso hacia el futuro que

“[...] ningún nuevo contrato podrá otorgar participación en las actividades de exploración, explotación, almacenamiento y transporte inicial de hidrocarburos líquidos, o en los beneficios derivados de la producción de dichos hidrocarburos, a persona alguna de naturaleza privada, natural o jurídica, salvo como accionista minoritario en una empresa mixta, constituida de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos en la cual el Estado asegure el control accionario y operacional de la empresa” (Art. 3).

Es decir, se ratificó legislativamente, el principio dispuesto en la Ley Orgánica de 2001 de que la participación del capital privado en

las actividades primarias sólo puede realizarse mediante la constitución de las empresas mixtas reguladas en la Ley.

La consecuencia de la declaratoria de extinción de los Convenios Operativos existentes, además de la obligación para el Estado de indemnizar a los antiguos contratistas por los daños y perjuicios ocasionados por la terminación anticipada y unilateral de los Convenios y la expropiación de los derechos contractuales, sobre lo cual, sin embargo nada dispuso el texto de la Ley; fue que conforme se dispuso en el artículo 4 de la Ley:

“[...] la República, directamente o a través de empresas de su exclusiva propiedad, reasumirá el ejercicio de las actividades petroleras desempeñadas por los particulares, a los fines de garantizar su continuidad y en razón de su carácter de utilidad pública e interés social, sin perjuicio de que se establezcan para tal efecto empresas mixtas sujetas a la aprobación de la Asamblea Nacional, previo informe favorable del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo y de la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Asamblea Nacional”.

A tal efecto, la Asamblea Nacional ya había adoptado en marzo de 2006 el “Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la creación y funcionamiento de las Empresas Mixtas” (G.O. n° 38.410 de 31-03-2006).

4. *La terminación anticipada y unilateral de los convenios de asociación y de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas y la posibilidad de su transformación en empresas mixtas*

La Ley Habilitante de 1 de febrero de 2007⁵³⁸ autorizó al Presidente de la República a dictar normas que permitieran al Estado,

“[...] asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de explotación a riesgo y ganancias compartidas, para regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado”.

538 (G.O. n° 38.617 de 01-02-2007).

Con esta delegación legislativa se buscaba, en primer lugar, que el Estado asumiera “el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de explotación a riesgo y ganancias compartidas”, lo que en si mismo era innecesario, pues dicho control ya existía conforme al esquema de toma de decisiones regulado en los Convenios de Asociación, aún cuando el Estado tuviera minoría accionaria en los mismos. Pero además, en segundo lugar, lo que se buscaba con la delegación legislativa era hacer lo que el Legislador con la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 no hizo, y no podía hacer por no poder atribuirle efectos retroactivos a la misma, y fue aplicar la Ley Orgánica de 2001 a los Contratos de Asociación que habían sido suscritos válidamente conforme a la legislación anterior. Por ello la habilitación buscó “regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado”.

En ejecución de tal delegación legislativa, el 26 de febrero de 2007, mediante Decreto Ley 5.200, el Ejecutivo Nacional dictó la “Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas”⁵³⁹, con la cual se dispuso la terminación unilateral y anticipada de los convenios de asociación suscritos entre 1993 y 2001, lo que implicó, para los contratistas que no acordaran los términos unilaterales fijados por el Estado, la expropiación de sus derechos contractuales y el derecho consecuente a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados por la Ley.

A. La terminación anticipada de los convenios de asociación y la búsqueda de su migración a empresas mixtas

En efecto, dicha Ley dispuso que:

“[...] las asociaciones existentes entre filiales de Petróleos de Venezuela, S.A. y el sector privado que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, y en las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas,

539 (G.O. n° 38.623 de 16-2-2007).

deberán ser ajustadas al marco legal que rige la industria petrolera nacional, debiendo transformarse en empresas mixtas en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos” (Art. 1).

Esto significó, pura y simplemente, darle efectos retroactivos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, al imponer unilateralmente a los Convenios de Asociación suscritos conforme a la legislación anterior, la obligación de ajustarse a la nueva Ley.

A tal efecto, en esta Ley, de nuevo, se dispuso la terminación unilateral y anticipada de contratos administrativos que habían sido válidamente celebrados como Convenios de Asociación entre 1993 y 2001, entre las filiales de PDVSA y diversas empresas privadas para la realización de actividades primarias; disponiéndose además, que las mismas no sólo debían ajustarse al marco legal de la Ley Orgánica de 2001, a la cual *ex post facto* se le dió efectos retroactivos, sino se dispuso que:

“[...] todas las actividades ejercidas por asociaciones estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco, constituidas por las empresas **Petrozuata, S.A.; Sincrudos de Oriente, S.A., Sincor, S.A., Petrolera Cerro Negro S.A y Petrolera Hamaca, C.A;** los convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas de **Golfo de Paria Oeste, Golfo de Paria Este y la Ceiba,** así como las empresas o consorcios que se hayan constituido en ejecución de los mismos; la empresa **Orifuels Sinovensa, S.A,** al igual que las filiales de estas empresas que realicen actividades comerciales en la Faja petrolífera del Orinoco, y en toda la cadena productiva, **serán transferidas a las nuevas empresas mixtas”.**

Es decir, no sólo se decidió unilateralmente la terminación anticipada de los contratos, sino que se dispuso que en caso de que los inversionistas privados socios en los Convenios que se extinguían estuviesen de acuerdo con la transferencia de los mismos a las nuevas empresas mixtas, los mismos lo que podían eran ser accionistas de las empresas mixtas con menos del 40% del capital social, teniendo como accionista por parte del Estado a la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. u otra filial de Petróleos de Venezuela, S.A., con una participación accionaria mínima del 60% del capital social (Art. 2).

En caso de que el inversionista socio de un Convenio de asociación acordase ser accionista minoritario de la nueva empresa mixta, dispuso el artículo 6 de la Ley, que:

“[...] por tratarse de una circunstancia especial de interés público, y de conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la escogencia de los socios minoritarios en el proceso de migración de las asociaciones será directa”.

La aplicación de esta excepción a la selección mediante concurso competitivo como lo exige la Ley Orgánica de 2001, por supuesto, sólo podría ocurrir si la empresa privada que era parte o socio del Convenio de asociación decidía continuar en la operación, formando parte, como accionista minoritario, de la nueva empresa mixta. De lo contrario, conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el accionista privado de la nueva empresa mixta que asuma la operación de un antiguo Convenio de asociación, tendría que seleccionarse mediante procedimientos competitivos (Art. 37).

Para el caso de que la empresa accionista de los Convenios de Asociación que se terminaban unilateral y anticipadamente mediante esta Ley de Migración, no acordaren con el Ejecutivo nacional formar parte como accionistas de las nuevas empresas mixtas, el efecto de la Ley fue el de la expropiación de sus derechos contractuales, teniendo derecho a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados por la terminación unilateral y anticipada de los Contratos.

B. *La asunción inmediata de la operación por el Estado*

La decisión legislativa de poner fin unilateral y anticipadamente a los contratos de asociación, implicó la necesidad de asegurar la inmediata asunción por parte del Estado, de la operación industrial concreta de cada Convenio de asociación.

A tal efecto, la Ley dispuso que la empresa estatal accionista de las posibles empresas mixtas sea que fuera Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. o la filial de Petróleos de Venezuela, S.A. que se designase al efecto, debió conformar dentro de los 7 días a partir de la fecha de publicación de Decreto-Ley, es decir, para el 5 de marzo de 2007, “una Comisión de Transición para cada asociación”, disponiéndose que la misma se debía incorporar “a la actual directiva de la asociación respectiva, a fin de garantizar *la transferencia a la empresa estatal* el control de todas las actividades que las asociaciones realizan”, en un proceso que culminó el 30 de abril de 2007 (Art. 3).

A tal efecto, la Ley dispuso que las empresas del sector privado que fueran parte en los convenios de asociación debieron cooperar con la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. para efectuar un cambio seguro y ordenado de operadora (Art. 3).

Sobre la situación de los trabajadores de la nómina contractual de las asociaciones que debieron ser transformadas, la Ley dispuso que a partir de la entrada en vigencia de la misma, aquellos gozarían de inamovilidad laboral y estarían amparados por la Convención Colectiva Petrolera que regía para los trabajadores de Petróleos de Venezuela, S.A. (Art 10)

El artículo 2 de la Ley, por otra parte, atribuyó al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo la potestad de determinar unilateralmente, en cada caso,

“[...] la valoración de la Empresa Mixta, la participación accionaria de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A. designada a efecto, y los ajustes económicos y financieros que fueren procedentes” (Art. 2).

Es decir, el Estado, unilateralmente, a través del Ministerio respectivo, debía determinar la valoración de la nueva empresa mixta a ser establecida para sustituir a cada Convenio de asociación; el porcentaje de participación accionaria que en cada empresa mixta sustitutiva de cada Convenio de asociación debía corresponder a la filial de PDVSA que fuese a ser accionista, que en ningún caso podía ser inferior al 60 % del capital social; y “los ajustes económicos y financieros que fuere procedentes”.

Por otra parte, la Ley dispuso expresamente en su artículo 7, que la infraestructura, los servicios de transporte y mejoramiento de las asociaciones en la Faja Petrolífera del Orinoco y en las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, serían “de libre utilización de acuerdo con los lineamientos que, mediante Resolución, emita el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo”, a cuyo efecto, “los costos derivados de la utilización de tales servicios, serán determinados de mutuo acuerdo por las partes, a falta de los cuál, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo fijará las condiciones para su prestación”.

C. *El plazo para que las empresas privadas decidieran su incorporación a las empresas mixtas*

A pesar de que la Ley dispuso la transferencia inmediata de los Convenios de Asociación al Estado, y la consecuente asunción por la empresa estatal correspondiente de la operación de los Convenios, el artículo 4 de la Ley concedió a las empresas del sector privado que habían sido parte en los extinguidos Convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, y de las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, un período de cuatro (4) meses a partir de la fecha de la publicación de la Ley (26-2-2007), es decir, hasta el 26 de junio de 2007, “para acordar los términos y condiciones de su *posible participación* en las nuevas Empresas Mixtas”, se entiende, con el Ministerio respectivo, disponiéndose que además, en su caso, se le concederían “dos (2) meses adicionales para someter los señalados términos y condiciones a la Asamblea Nacional a fin de solicitar la autorización correspondiente de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos”.

Ahora bien, transcurrido el plazo antes indicado de 4 meses, que venció el 26 de junio de 2007, “sin que se hubiera logrado acuerdo para la constitución y funcionamiento de las Empresas Mixtas”, entonces, la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A. o cualquiera de sus filiales, debía *asumir directamente las actividades* ejercidas por las asociaciones a fin de preservar su continuidad, en razón de su carácter de utilidad pública e interés social (Art. 5).

La Ley dispuso, además, que los actos, negocios y acuerdos que se realizasen o suscribieran a los efectos de constituir las Empresas Mixtas dispuestas en la Ley, así como las cesiones, transferencias de bienes y cualesquiera otras operaciones que generasen enriquecimiento o supusieran la enajenación, transmisión o venta de bienes destinados a conformar el patrimonio de dichas empresas, estarían exentos del pago de impuestos, tasas, contribuciones especiales o cualquier otra obligación tributaria creados por el Poder Nacional.

Nada dispuso la Ley de Migración sobre los derechos de las empresas privadas que no hubieran llegado a un acuerdo para continuar como socios de las nuevas empresas mixtas. Sin embargo, como se ha dicho, la consecuencia de la aplicación retroactiva de la Ley de 2001 a

los Convenios de Asociación suscritos válidamente con anterioridad a la misma, se configuró como una terminación anticipada y unilateral de los dichos Convenios de Asociación, y como una expropiación en virtud de Ley de los derechos contractuales de los contratantes en dichos Convenios, lo cual conforme al artículo 115 de la Constitución, les originó el derecho a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados.

D. Los derechos de las nuevas empresas mixtas

Por otra parte, artículo 8 de la Ley dispuso que el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto, debía transferir a las Empresas Mixtas resultantes del proceso de migración “el derecho al ejercicio de sus actividades primarias, pudiendo igualmente adjudicarles la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República que sean requeridos para el ejercicio eficiente de tales actividades”. Estos derechos, sin embargo, pueden ser revocados, “si las operadoras no dieran cumplimiento a sus obligaciones, en forma tal que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos” (art 8).

Igualmente, mediante Resolución, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo debía delimitar “las áreas en las cuales las Empresas Mixtas desarrollarán sus actividades primarias, las cuales se dividirán en lotes con una extensión máxima de cien kilómetros cuadrados (100 km²)” (Art 9).

E. El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción

Por último, el artículo 13 de la Ley de Migración dispuso que

“Todos los hechos y actividades vinculados al presente Decreto-Ley se regirán por la Ley Nacional, y las controversias que de los mismos deriven estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Esta norma, por supuesto, es inútil.

En efecto, por una parte, debe recordarse que todos los efectos que produzca cualquier ley dictada en Venezuela, en virtud del prin-

cipio de la territorialidad, en principio se rige por la legislación nacional; de manera que si nada se dispone expresamente en contrario en el texto de la ley, todas las situaciones jurídicas derivadas de cualquier ley, se rigen por la "Ley Nacional."

Pero además, la Ley dispuso, aún con redacción deficiente, que las controversias que se deriven de sus disposiciones estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, y de nuevo, ello no podría ser de otra forma, salvo que el legislador renunciase expresamente a la jurisdicción venezolana. Por tanto, las controversias que surjan con ocasión de la migración de las antiguas Asociaciones a las nuevas empresas mixtas, o los acuerdos que puedan haber llegado los antiguos socios de los Convenios de Asociación al incorporarse, conforme a las previsiones de la Ley, como socios minoritarios de las nuevas empresas mixtas, solo pueden ser resueltos por la jurisdicción nacional.

Además, por ejemplo, las controversias derivadas de las decisiones contenidas en el Decreto Ley y su aplicación, sin duda, en principio están también sometidas a la jurisdicción venezolana, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de impugnación por razones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley de Migración ante la Jurisdicción Constitucional, o de la impugnación de los actos administrativos que conforme a ella dicte el Ejecutivo Nacional, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero ello no implica, en forma alguna, la anulación de las cláusulas que puedan tener los Convenios de Asociación cuya terminación anticipada y unilateral se ha resuelto por la Ley, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que deriven de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de los Convenios de Asociación, a jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución. Es decir, los contratistas, en esos casos, tienen derecho a que las controversias que se deriven de la ejecución, cumplimiento, incumplimiento y terminación anticipada y unilateral de aquellos Contratos de asociación, como contratos administrativos que son, en caso de contener cláusulas arbitrales o de aplicación de la legislación o de una jurisdicción extranjera, sean resueltas en la forma dispuesta en los mismos.

El artículo 13 de la Ley de 2007, por tanto, no puede interpretarse, como una normativa que pueda significar la anulación de las propias cláusulas contractuales relativas a la solución de controversias establecidas en los Convenios de Asociación que se dan por terminados, derivadas precisamente, por ejemplo, del incumplimiento de los Convenios por parte de la Administración, como el que resulta de su terminación anticipada por el Estado.

§ 15. LAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LA INDUSTRIA MINERA*

En el caso de la industria minera, como se dijo, la nueva Ley de Minas de 1999⁵⁴⁰, en sus regulaciones, siguió en términos generales la orientación de las leyes precedentes, estableciendo grados de intervención del Estado en relación con la libertad económica de los particulares en materia minera, de manera que mientras mayor sea la limitación impuesta por la Ley a la libertad de los particulares, más intensa es la técnica de intervención del Estado en relación con la actividad económica que pueden realizar.

Así, en la Ley de Minas solamente se establecieron las siguientes técnicas de actuación del Estado según el grado de limitación impuesta a las actividades de los particulares: *la reserva, la concesión, la autorización, el permiso y la aprobación*. En la Ley de Minas no se hace referencia ni a la técnica de la *inscripción y registro*, la cual se regula en el Reglamento pues responden a la potestad de la Administración de vigilancia e inspección de las actividades mineras y conexas, por lo que su implementación por la Administración es sólo a los efectos de la obtención de información sobre determinadas actividades, sin que puedan constituir limitaciones a las mismas, y sin que puedan confundirse con las técnicas de intervención reguladas en la Ley

* Este texto formó parte de la Ponencia preparada para las VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, noviembre 2004

540 Decreto-Ley n° 295 de 5 de septiembre de 1999, *Gaceta Oficial* n° 5.382 Extraordinario de 28-09-1999

I. LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE MINAS.

Como se dijo, la Ley de Minas sólo establece como técnicas de intervención del Estado en relación con la actividad minera, limitativas de las actividades de los particulares, *la reserva, la concesión, la autorización, el permiso y la aprobación*. La distinción entre ellas conforme a los principios generales del derecho administrativo radica en que en la primera, cuando el Estado se reserva una actividad conforme al artículo 302 de la Constitución, en forma exclusiva, ello excluye completamente la actividad privada. En la segunda, cuando se establece la técnica de la concesión, puede decirse que el Estado también se reserva la actividad, pero en forma no exclusiva ni excluyente, pudiendo otorgar el derecho a realizar la actividad a los particulares mediante concesión. Esta crea el derecho en cabeza del concesionario; derecho del cual carecía por la reserva al Estado. En la tercera modalidad que comprende las autorizaciones, los permisos y aprobaciones, en cambio, puede decirse que el particular tiene derecho (libertad económica) a desarrollar la actividad, y lo que se establece en la Ley es un mecanismo de intervención administrativa para permitirle ejercer su derecho mediante la remoción administrativa de los obstáculos legales establecidos para ello, precisamente otorgando una autorización, un permiso o una aprobación.

Todas estas técnicas de intervención se regulan como "Modalidades para el Ejercicio de las Actividades Mineras" en el artículo 7 de la Ley de Minas, en el cual se dispone que "La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y e) Minería Artesanal".

1. *La Reserva*

En cuanto a la reserva, esta implica el "ejercicio exclusivo por el Ejecutivo Nacional" de la actividad, a cuyo efecto el artículo 23 de la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional, cuando así convenga al interés público, para "reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas

solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República”.

Adicionalmente en el artículo 86 de la Ley, en el cual se dispone que el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales regidos por la Ley, están sujetos a “la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación y demás disposiciones que el mismo tuviera por conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República y de la actividad minera” se precisó que “cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales”.

2. *La concesión*

La concesión minera, conforme se la define en el artículo 24 de la ley, es el acto del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional. Mediante la concesión, entonces, se confiere a su titular el derecho exclusivo a la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido.

Las concesiones que otorgue el Ejecutivo Nacional conforme a la Ley lo son únicamente de exploración y subsiguiente explotación, su duración que conforme se reafirma en el mencionado artículo 113 de la Constitución tiene que ser por tiempo determinado, no debe exceder de veinte (20) años, contados a partir de la fecha de publicación del Certificado de Explotación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, pudiendo prorrogarse su duración por períodos sucesivos no mayores de diez (10) años (Art. 25).

La concesión se otorga luego de cumplirse el procedimiento y los requisitos establecidos en la Ley, para lo cual se debe expedir el Título de Exploración mediante Resolución que se debe publicar en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

3. *La autorización o permiso*

La técnica de sujetar determinadas actividades a autorización o permisos, está establecida en la Ley para el ejercicio por el propio

concesionario de determinados actos jurídicos o para la explotación de pequeña minería.

A. *Las autorizaciones o permisos para determinados actos jurídicos que puede realizar el concesionario*

El artículo 29 de la Ley establece que en virtud de que el derecho de exploración y de explotación que se deriva de la concesión es un derecho real inmueble, el concesionario puede enajenar dicho derecho, gravarlo, arrendarlo, sub-arrendarlo, traspasarlo o celebrar sobre el mismo sub-contrataciones para la explotación. Sin embargo, para realizar cualesquiera de estos actos jurídicos, la Ley requiere del concesionario la obtención de un "*permiso* previo otorgado por el Ministerio de Energía y Minas, siempre y cuando demuestre efectivamente que la negociación cuya *autorización* se solicita, se hará exclusivamente para el eficiente desarrollo del proyecto de explotación, previamente aprobado por este Ministerio y dentro de los lapsos autorizados para la ejecución del mismo". El artículo 30 de la ley precisa las condiciones para la realización de las negociaciones antes indicadas, y establece que el Ministerio de Energía y Minas tiene un lapso de 45 días continuos, contados a partir de la recepción de la solicitud, para decidir sobre los *permisos* a los que se refiere el artículo 29, precisando que "la falta de decisión en el lapso indicado se entenderá como negativa, quedando al interesado todos los recursos previstos de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos".

El artículo 57 de la Ley, por otra parte, sujeta la venta por el concesionario de los minerales obtenidos como producto de los trabajos de exploración que no se utilicen para satisfacer necesidades de la misma, a la obtención de la *previa autorización* de Ministerio de Energía y Minas y mediante el pago del impuesto que le correspondería pagar si la concesión estuviera en explotación.

Conforme al artículo 93 de la Ley, las maquinarias y demás efectos que un beneficiario de derechos mineros importe, libre del pago de impuestos de importación para el uso exclusivo de las áreas otorgadas, no pueden enajenarse en ninguna forma, ni emplearse fuera de las áreas para las cuales se hayan importado, así como tampoco podrán sacarse del país, sino mediante la obtención de una *autorización o permiso* del Ejecutivo Nacional,

Además, dispone el artículo 103 de la Ley que el titular de derechos mineros debe presentar al Ministerio de Energía y Minas un inventario detallado acerca de todos los bienes adquiridos, con destino a las actividades mineras que realice, afectos a ellas, bienes de los cuales no puede disponer en forma alguna sin la *previa autorización* del Ministerio de Energía y Minas, dada por escrito.

Por último, el artículo 105 de la Ley prescribe que en caso de que el titular de derechos mineros pretenda utilizar bienes de terceros, debe obtener la *autorización previa* del Ministerio de Energía y Minas, dada por escrito.

B. *Las autorizaciones de explotación para la pequeña minería*

Conforme al artículo 68 de la Ley, la pequeña minería sólo se puede ejercer bajo la modalidad de *autorización de explotación*, otorgada por el Ministerio de Energía y Minas mediante resolución, que se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. En la resolución del Ministerio de Energía y Minas que otorgue la *autorización de explotación*, se debe indicar el nombre o denominación social del titular del derecho, tipo de mineral a ser explotado, lapso de vigencia, extensión y ubicación del área y cualquier otro dato que permita la mejor precisión de la *autorización* otorgada. Esta *autorización* de explotación se debe otorgar sobre los depósitos de minerales que por su naturaleza, dimensión, ubicación y utilidad económica puedan ser explotados independientemente de trabajos previos de exploración (Art. 69).

A los efectos de la obtención de esta *autorización de explotación*, se establece que los interesados en obtenerla deben presentar por ante el Ministerio de Energía y Minas, una solicitud acompañada del plano o croquis de la parcela donde realice o aspire realizar las labores mineras (Art. 71). Recibida la solicitud y obtenida la ocupación del territorio del organismo competente, el Ministerio de Energía y Minas dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la recepción de la solicitud y si ésta fuere admitida, ordenará su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela y los interesados deberán hacerla publicar en diarios de circulación nacional y regional a los fines de la oposición que pudiera surgir en caso de que sean afectados los derechos mineros de terceros (Art. 72).

4. *El permiso para actividades en las cercanías de infraestructuras de servicios públicos*

Aparte de que en los casos antes mencionados de autorizaciones, el legislador utiliza en forma indiscriminada las palabras autorización y permiso, en el artículo 16 de la Ley, se regula un permiso específico en relación con la realización de actividades mineras a menos de cien (100) metros de vías férreas, caminos, canales, aeródromos, puentes u otras obras semejantes, para lo cual se requiere el otorgamiento del permiso correspondiente por parte de la autoridad competente en cada caso, la cual deberá cumplir con las formalidades exigidas en los reglamentos respectivos.

5. *Las aprobaciones respecto de las mancomunidades mineras*

Por último, la Ley establece el régimen de aprobación administrativa en relación con las Mancomunidades Mineras, constituidas por la agrupación de pequeños mineros titulares de autorizaciones de explotación en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de éstos, situados de forma tal, que permita la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento en el ejercicio de la actividad minera, con el fin de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos mineros, facilitar las operaciones técnicas, mejorar el rendimiento de las explotaciones y proteger los recursos naturales y el ambiente; y cuya constitución el Estado debe propiciar (Art. 77).

A tal efecto, conforme al artículo 78 de la Ley, los titulares de autorizaciones de explotación, interesados en la formación de una mancomunidad minera, deben hacer la solicitud por ante el Ministerio de Energía y Minas, la cual se debe acompañar del proyecto minero que justifique las ventajas que se deriven de la formación de la mancomunidad minera, con expresión de las condiciones técnicas, económicas y la repercusión social de la misma; proyecto del convenio entre los interesados, del acta constitutiva que regule la forma societaria adoptada y planos del área a desarrollar. Recibida la solicitud el Ministerio de Energía y Minas en un lapso de 60 días continuos debe dictar la resolución mediante la cual apruebe o niegue la formación de la mancomunidad minera. La resolución aprobatoria debe ser publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela y los intere-

sados deben cumplir los demás requisitos legales necesarios para la constitución de la forma societaria adoptada (Art. 79).

II. LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ESTABLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE MINAS

Siendo las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional, pertenecientes a la República, como bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles (Art. 2), el Ministerio de Energía y Minas es el órgano del Ejecutivo Nacional competente a todos los efectos de la Ley de Minas, correspondiéndole la planificación, control, fiscalización, defensa y conservación de los recursos mineros, así como el régimen de la inversión extranjera en el sector y ejecutar o hacer ejecutar las actividades mineras que le señale la Ley (Art. 6).

En consecuencia, al corresponder al Ministerio la vigilancia, inspección y fiscalización de las actividades mineras, el Reglamento General de la Ley, además de las técnicas de intervención administrativas reguladas en la Ley, ha establecido otras técnicas de actuación cónsonas con la potestad reglamentaria, consistentes en la inscripción y registro de determinadas actividades.

En tal sentido, el Reglamento General de la Ley de Minas dictado mediante Decreto n° 1.234 de 6 de marzo de 2001 (*Gaceta Oficial* n° 37.155 del 9 de marzo de 2001) además de haber desarrollado las normas legales sobre concesiones, autorizaciones, permisos y aprobaciones, ha regulado esas otras técnicas de actuación administrativa limitadas a la inscripción y registro, a los efectos de que el Ministerio de Energía y Minas pueda disponer de la información necesaria para realizar la mencionada actividad de inspección y fiscalización. Por tanto, de acuerdo con el Reglamento, los particulares, para la realización de determinadas actividades no sujetas a las técnicas de intervención administrativa establecidas en la Ley (concesiones, autorizaciones, permisos, aprobaciones), deben inscribirse en los registros que debe llevar el Ministerio de Energía y Minas, en los siguientes casos:

1. *El registro de la minería artesanal*

La Ley de Minas no estableció técnica de intervención específica alguna en materia de minería artesanal, la cual definió como aquella

que se caracteriza por el trabajo personal y directo en la explotación de oro y diamante de aluvión, mediante equipos manuales, simples, portátiles, con técnicas de extracción y procesamiento rudimentarios y que sólo puede ser ejercida por personas naturales de nacionalidad venezolana (Art. 82), y con estricto acatamiento de la normativa ambiental (Art. 84).

El artículo 83 de la Ley dispuso que el Estado debe atender el ejercicio de la minería artesanal y prestar asesoramiento técnico para su evolución hacia estadios superiores de la actividad; correspondiendo al Ejecutivo Nacional señalar, mediante decreto, las áreas especialmente destinadas para el ejercicio de esta actividad. Además, en el artículo 85 de la Ley se dispuso que el ejercicio de la minería artesanal esta sujeto al pago de los impuestos previstos en esta Ley que le sean aplicables.

No estando establecida en la Ley una limitación similar a la concesión, autorización o, permiso o aprobación, el Reglamento General de la Ley de Minas, en su artículo 65, estableció la técnica de la inscripción y registro, precisando que quienes aspiren ejercer la minería artesanal, deben inscribirse en el Registro que a tal efecto debe llevar la Inspectoría Fiscal competente, e informar a ésta el área donde desea laborar. La Inspectoría Fiscal debe expedir al interesado la identificación que le acredite como minera artesanal. A los interesados debidamente registrados, se les debe abrir un expediente indicando: nombre, cédula de identidad, localidad y jurisdicción fiscal de minas que el corresponda, todo ello, a los fines de controlar la producción y declaración fiscal del mineral producido (Art. 66). El registro, en estos casos, como en todos los otros en los cuales se establece, no puede ser negado. La realización de la actividad es un derecho de los interesados, siempre que sean venezolanos y se realice en las áreas especificadas, y lo único que les corresponde hacer es presentar la información necesaria ante el Ministerio.

2. *El registro de los comerciantes de minerales*

Conforme al artículo 85 del Reglamento General, quienes pretendan ejercer el comercio de oro, plata, platino y metales asociados a éste último, diamantes y otras piedras preciosas; ya porque los compran para revenderlos a exportarlos; para purificarlos, ligarlos a transformarlos de cualquier manera, o para industrializarlos; o tam-

bién porque en calidad de comisionistas o de agentes exportadores los reciban, por cuenta de otros, en cualquiera de las formas indicadas, deben inscribirse por ante la Oficina competente del Ministerio de Energía y Minas mediante escrito, donde debe indicar: nombre, apellido, nacionalidad, domicilio y profesión del interesado y el lugar o los lugares en que ha de desarrollar su actividad con especificación de ésta. Si se tratare de una persona jurídica, su nombre o razón social, su domicilio, el lugar de su constitución, Registro de Información Fiscal (RIF), documento constitutivo y estatutos debidamente registrados. A la inscripción debe otorgársele un número que los interesados deben colocar en la parte más visible de la fachada del establecimiento, que de hacia la vía pública.

Corresponde al Ministerio de Energía y Minas formar con las inscripciones a que se refiere el artículo 85,1 del Reglamento, el registro de los comerciantes de minerales en la República, el cual se llevará por la Dirección General de Minas y se debe publicar, por lo menos, una vez al año, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Artículo 87).

En estos casos, al igual que en los otros relativos a inscripción y registro, los interesados tienen derecho a ejercer su actividad económica comercial, y lo único que se les exige es que se inscriban ante la Administración Pública, no teniendo poder alguno el Ministerio de Energía y Minas para negar el registro.

3. El Registro de otras actividades conexas o auxiliares de la minería

El artículo 86 de la Ley de Minas regula como actividades conexas o auxiliares de la minería, el almacenamiento, la tenencia, el beneficio, el transporte, la circulación y el comercio de los minerales regidos por la Ley; precisando que están sujetos a “la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación y demás disposiciones que el mismo tuviera por conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República y de la actividad minera”.

La técnica de intervención establecida reglamentariamente a los efectos de asegurar la mencionada vigilancia e inspección, conforme al artículo 94 del Reglamento General, también consiste en este caso, en la obligación general que tienen las empresas que se dediquen a dichas actividades, de “registrarse por ante el Ministerio de Energía y

Minas”; y la obligación posterior de presentar dentro de los primeros 10 días continuos de cada mes un informe de las actividades realizadas por ellos el mes anterior.

A los efectos del registro, en estos casos, como en todos los establecidos en el Reglamento General, las empresas interesadas lo único que deben dar es la información ante el Ministerio de Energía y Minas sobre su existencia jurídica como sociedad y sobre la actividad que realizan; correspondiendo al Ministerio la actividad administrativa de registrar la información en la forma como internamente lo decida ese despacho. No tiene competencia alguna el Ministerio para rechazar o ignorar la inscripción que se realiza desde el momento en el cual se entrega la información al Ministerio, y menos aún para “negar” el registro, que es de carácter obligatorio. Por otra parte, el hecho de que el Reglamento, para los efectos de este registro de actividades conexas o auxiliares de la minería (Art. 94) no haya establecido el contenido de la información que deben entregar los interesados (como en cambio si se establece en los casos de inscripción y registro de la minería artesanal, (Art. 65); y de los comerciantes de minerales, Art. 85,1), no puede implicar que no haya posibilidad de efectuar la inscripción y registro. Es evidente y clásico el principio de que la falta de la Administración Pública no puede perjudicar a los administrados en el ejercicio de sus derechos.

§ 16. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LAS TELECOMUNICACIONES

INTRODUCCIÓN

Las telecomunicaciones constituyen uno de los aspectos que más condiciona y caracteriza la vida contemporánea. Son, sin duda, actividades de interés general, pues afectan a todos. Por una parte, son las que permiten el ejercicio de derechos constitucionales esenciales en las sociedades democráticas, como son el derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho a la comunicación libre y plural, el derecho a informar, el acceso a la cultura y el derecho a la información; y por la otra, las mismas pueden afectar gravemente los derechos de las personas, por ejemplo a su honra, reputación e intimidad, o a su desarrollo pleno, como en el caso de los menores. Por todo ello, las telecomunicaciones deben ser ordenadas y reguladas por parte del Estado.

Además, las telecomunicaciones se han tomado progresivamente en sistemas cada vez más variados y complejos, dada la desaparición de las distancias, implicando en muchos casos la necesaria utilización de bienes del dominio público, lo que también exige ordenación y regulación por el Estado. Esa variedad, solo tomando en cuenta las telecomunicaciones más comunes que el hombre contemporáneo tiene a su alrededor, se evidencia de los siguientes tipos más comunes: en primer lugar, puede tratarse de comunicaciones **unidireccionales**, como la radio y la televisión, o comunicaciones **bidireccionales** como el telégrafo o el teléfono; en segundo lugar, puede tratarse de comunicaciones por **cable**, que puede ser par trenzado o coaxial o de fibra óptica, o comunicaciones por **ondas** terrenales o satelitales, que pue-

den ser largas, medias cortas, muy cortas o ultracortas; en tercer lugar, puede tratarse de comunicaciones de transmisión de **voz**, como la radio o el teléfono, de transmisión de **datos**, interactivos o radiodifundidos, de transmisión de **imagen fija**, como el fax, de transmisión de **imagen animada**, como la televisión, video-conferencia, o de transmisiones combinadas diversas, como el **Internet**; y en cuarto lugar, puede tratarse de comunicaciones **privadas**, como las redes corporativas de las empresas, de comunicaciones en **grupo cerrado** de usuarios, como los radio-taxis o circuitos cerrados de televisión, o de comunicaciones **abiertas al público**, como la radio, la televisión o el teléfono.

En todos esos casos, e incluso en las comunicaciones más tradicionales, la emisión de una señal siempre se produce desde un punto, que se hace llegar a otro, donde alguien la recibe a través de sus sentidos (vista, oído); y para ello se requiere siempre de un soporte físico que está conformado, por una parte, por una infraestructura inerte, como equipos, edificios, cables o antenas, y por la otra, por un elemento conductor o portador de la señal, como un cable o una banda de frecuencia radioeléctrica.

Por todo lo anterior, en el mundo contemporáneo, las actividades de los particulares en materia de telecomunicaciones están condicionadas por dos procesos de intervención del Estado: por una parte, la intervención destinada a regular la propia actividad de telecomunicaciones desarrollada por los particulares, por tratarse, por su naturaleza, de una actividad de interés general en el sentido de que puede afectar e interesa a la colectividad en general, requiriendo en consecuencia cierta ordenación y regulación públicas, de manera de asegurar que la misma asegure el ejercicio de derechos constitucionales y no lesione los derechos de otros; y por otra parte, la intervención destinada a regular dichas actividades cuando para su realización se requiera de la utilización de bienes del dominio público, como el espacio radioeléctrico, que como recurso limitado también exige ordenación y administración pública.

Estos son los dos grandes procesos de intervención del Estado que siempre han afectado a las telecomunicaciones, condicionado las actividades de los particulares en la materia.

En el primer aspecto, el de la **regulación de la actividad de las telecomunicaciones** en sí misma, el régimen jurídico de las mismas en

las últimas décadas, muestra la evolución del grado de intervención del Estado, que ha pasado de ser el propio de una actividad que hasta el último tercio del Siglo XX siempre y en general había sido considerada como una **actividad reservada al Estado**, en la mayoría de los casos con la categorización de **servicio público**, y que en algunos casos excluía toda actividad privada en las mismas; a la actividad de interés general de la actualidad, en la cual los particulares tienen derecho a realizar las actividades, aún cuando sometidos a cierto control por parte del Estado que los autoricen o habiliten a desarrollarlas.

En cuanto al segundo aspecto, de la **regulación del uso del dominio público para las actividades de telecomunicaciones** la evolución del régimen relativo a la regulación del uso del dominio público ha pasado de ser, por ejemplo, de ser un régimen que sólo se refería a la utilización del dominio público terrestre, aéreo y marítimo para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la instalación de cables (subterráneos, aéreos y marítimos); a la regulación contemporánea adicional del uso **del dominio público radioeléctrico**.

El estudio de ese régimen de las telecomunicaciones y de las implicaciones de su evolución en cuanto a las actividades que los particulares pueden realizar en las mismas, por supuesto, exigen puntualizar aspectos fundamentales del derecho administrativo, como son los que se refieren al régimen de los servicios públicos y del dominio público, lo que haremos en primer lugar, para luego analizar el proceso de transformación del régimen de las telecomunicaciones en Venezuela, sin dejar de referirnos al régimen de transformación que en la materia se produjo en España, dada la influencia que tuvo el texto de la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998, en la redacción de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones venezolana 2000.

I. ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LAS ACTIVIDADES PARTICULARES PARA SU PRESTACIÓN

Históricamente, las actividades de telecomunicaciones han sido consideradas en muchos países y en épocas distintas, como actividades de servicio público, las cuales incluso durante muchas décadas fueron reguladas como actividades reservadas al Estado, y que los

particulares en algunos casos podían prestar mediante el régimen de concesión otorgada por el Estado.

Todo ello ha cambiado en el mundo contemporáneo, donde ahora prevalece el criterio de que el que una actividad sea declarada como servicio público no siempre implica una reserva de la misma a favor del Estado, existiendo por tanto, por una parte, servicios públicos reservados al Estado y servicios públicos no reservados al mismo, pudiendo ser los primeros prestados por los particulares en régimen de concesión, y los últimos prestados en régimen de concurrencia y en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizarlas.

Por otra parte, la reserva al Estado de las actividades de telecomunicaciones, por su complejidad y desarrollo creciente, también ha sido eliminada, y las mismas ahora se consideran como actividades las cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizar, sometidos a restricciones y limitaciones propias de su consideración como actividades de interés general.

Todo este panorama, a los efectos de estudiar el régimen de las telecomunicaciones, exige depurar el concepto de servicio público en el derecho administrativo contemporáneo.

1. *Definición del servicio público*

La noción de servicio público en el derecho administrativo está referida a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a poder desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena.

De esta definición resulta lo siguiente:

En *primer lugar*, que se trata siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés de toda la población, por tanto, de interés general, público o colectivo, por lo

que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, el público en general. Por ejemplo, el servicio de correos, el servicio de protección a la salud, los servicios de transporte y los servicios de educación.

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional para ser considerada como servicio público por su vinculación al interés general, corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en las leyes. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen porque cumplen una obligación constitucional o legal. Por ejemplo, los servicios públicos domiciliarios y los servicios de policía.

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, el cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible. Por ejemplo, el derecho a la protección de la salud.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura como servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas **libremente** por los particulares, en el sentido que esencialmente y conforme se establezca en las leyes (reserva legal), el Estado puede limitarlas y restringirlas. Esto no significa ni implica que el Estado necesariamente se haya reservado la actividad quedando entonces excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente, sino sometida a las limitaciones o restricciones que legalmente se establezcan y requiriéndose para ello, en general o una concesión, una autorización o cualquier tipo de autorización o habilitación.

Es decir, la obligación impuesta al Estado de realizar la prestación en el caso de los servicios públicos, no implica que su realización necesariamente quede siempre reservada al Estado con carácter de exclusividad y que quede excluida la libertad económica de manera que los particulares no puedan realizarla. En estos casos, la libertad económica, como derecho de toda persona de "dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia" (Art. 112 de la Constitución), lo que está es limitada, constitucional o legalmente, en una

proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado: en unos casos, excepcionales, la libertad económica queda excluida totalmente por la reserva al Estado de los servicios (servicios de la defensa nacional y policía); en otros casos, aún reservada al Estado y excluida del ámbito de la libertad económica, la actividad puede desarrollarse por los particulares mediante concesión otorgada por el Estado; y en otros casos, en ausencia de reserva al Estado y existiendo la libertad económica de los particulares para realizarlas, lo que ésta es restringida o limitada, pudiendo realizarse por los particulares mediante autorizaciones o habilitaciones del Estado.

Así, por ejemplo, en otros tiempos, cuando la Ley de Correos de 1938 estableció, en su artículo 1º, que "el correo es un servicio público federal exclusivo del Estado", la norma quería decir precisamente eso, que esa era una actividad reservada y exclusiva del Estado y, además, excluyente de toda prestación por parte de particulares. En cambio, en materia de telecomunicaciones, la Ley de Telecomunicaciones de 1946 a pesar que reservaba al Estado los servicios de telecomunicaciones permitía que se otorgaran concesiones de explotación de dichos servicios a los particulares. En estos dos casos de régimen de reserva al Estado, la diferencia era que en el primero, la reserva era excluyente y en el segundo no excluía la posibilidad de otorgar el derecho a realizar la actividad a los particulares.

Por su parte, en relación a los servicios públicos en los cuales no había reserva, por ejemplo, el servicio público de educación, la Ley de Educación sólo exige la necesidad de un registro para que los establecimientos particulares puedan desarrollar actividades educativas y ejercer su derecho y libertad de educar, en el marco de los programas de educación oficiales.

El grado de asunción por el Estado de la prestación del servicio, es decir, el grado de reserva al Estado de la misma, por tanto, tiene una repercusión fundamental respecto de las actividades que puedan o no realizar los particulares. Hay actividades de servicios públicos reservadas al Estado, donde no existe libertad económica, pero respecto de las cuales los particulares pueden realizarlas mediante concesión; y hay actividades de servicios públicos que no han sido reservadas al Estado respecto de las cuales existe libertad económica de los particulares para realizarlas. En las primeras, no existiendo libertad económica dada la reserva al Estado, este sin embargo puede

otorgar el derecho a los particulares a realizarlas, generalmente mediante concesión, que por su carácter constitutivo crea en cabeza del concesionario el derecho que se le otorga; en cambio, en las segundas, tratándose de una limitación al derecho y libertad económica que tienen los particulares, las intervenciones del Estado se manifiestan en otras formas, por ejemplo, a través de la exigencia de actos administrativos declarativos de los derechos y que habilitan su ejercicio, como son las autorizaciones (habilitaciones, licencias, permisos); de actos administrativos homologadores de derechos, como las aprobaciones; o de actos administrativos de declaración de certeza de derechos, como las inscripciones y registros.

En consecuencia, la división fundamental que existe respecto de las actividades económicas, en reservadas o no al Estado, condiciona las técnicas de intervención administrativa, concibiéndose en algunos casos la técnica de la concesión para la primera, y entre otras, las autorizaciones para las segundas.

2. *El servicio público como obligación prestacional del Estado*

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado asume y realiza como mero empresario pero que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales también existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente.

En consecuencia, la declaración de una actividad como servicio público que, por tanto, se cumple por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación a los particulares:

Por una parte, derivado del principio de la alteridad, la obligación jurídica que se impone al Estado implica la existencia de una relación jurídica, en cuyo otro extremo está, como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos implica la posibilidad de restringir, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público así entendido, implica siempre, la posibilidad de restricción a la libertad económica de los particulares, lo cual por supuesto, debe hacerse mediante ley conforme al principio constitucional de la reserva legal. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitución (Art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.

En nuestro criterio, esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico; que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, sea a la República, a los Estados o a los Municipios, automáticamente se abre un campo de restricción la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden ejercerla libremente en dichas actividad. Sin embargo, como se ha dicho, ello no implica que la calificación de una actividad como servicio público conlleve automáticamente que la misma quede reservada al Estado y que la libertad económica quede excluida.

Es decir, el ámbito de la restricción a la libertad económica no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que se establezca en la Constitución o en la ley. Las normas pueden establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que, como se ha dicho, pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares en el ámbito de la actividad prestacional reservada, por ejemplo, cuando el Estado se la reserva con carácter de exclusividad y excluyente un servicio (servicios públicos de policía); hasta la previsión de una concurrencia casi sin restricciones entre la actividad pública y la actividad privada (servicios públicos de educación, servicios de telecomunicaciones); pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se haya reservado la actividad y esté obligado a prestar el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión o permiso (servicios públicos de transporte público o domiciliarios).

Es conveniente distinguir entonces las categorías de servicios públicos, según el grado de reserva y la mayor o menor incidencia y restric-

ción que impliquen sobre la libertad económica, pues ello permite determinar el grado de intervención del Estado en los mismos.

3. *Las diversas categorías de servicios públicos*

En efecto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad como servicio público, se pueden distinguir dos grandes categorías de servicios públicos: *en primer lugar*, los **servicios públicos reservados al Estado**, que se subdividen en dos subcategorías: los servicios públicos totalmente reservados al Estado, en forma **exclusiva y excluyente**, que no pueden ser desarrollados por los particulares; y los servicios públicos reservados al Estado, en forma **exclusiva pero no excluyente**, que **pueden ser concedibles** u otorgables a los particulares; y *en segundo lugar*, los **servicios públicos concurrentes** entre el Estado y los particulares, en relación a cuyas actividades los particulares tienen libertad económica de realizarlas, aún cuando sometidos a técnicas autorizatorias variadas.

En cuanto a los primeros, es decir, los servicios públicos reservados al Estado, en los mismos se excluye la libertad económica de los particulares. Sin embargo, sólo en los exclusivos y excluyentes no es posible la actividad de los particulares, la cual no puede realizarse ni siquiera mediante concesión; pero en cambio en el caso de los servicios públicos reservados no exclusivos, es decir, concedibles, los particulares los pueden desarrollar cuando el derecho a realizar actividades de prestación de los mismos, les sea otorgado o concedido generalmente mediante concesión.

En cuanto a los segundos, es decir, los servicios públicos no reservados al Estado, que por tanto son por naturaleza concurrentes, en los mismos los particulares tienen derecho a realizar sus actividades económicas con las limitaciones establecidas en las leyes, en particular la necesidad de obtener una autorización, permiso, licencia, habilitación o registro para ello.

Estas diversas clases de servicios públicos tienen su fuente en la propia Constitución.

A. *Los servicios públicos reservados al Estado*

a. *Los servicios públicos reservados al Estado en forma exclusiva y excluyente*

La primera categoría de servicios públicos **reservados al Estado** son aquellos en los cuales la reserva se ha hecho en forma exclusiva y excluyente, de manera que los particulares no pueden, en forma alguna, prestarlos, no existiendo libertad económica respecto de las actividades que los conforman. La Constitución, sólo establece directamente esta categoría de servicios en relación con derechos fundamentales de la Nación y en relación con los propios fines esenciales del Estado.

La Constitución, además, permite que mediante ley orgánica se puedan establecer la reserva y la exclusión respecto de otros servicios del ámbito de la libertad económica de los particulares al prever expresamente, en el artículo 302, que el Estado puede reservarse, mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional, “industrias, explotaciones, *servicios y bienes de interés público*”.

De acuerdo con este artículo constitucional, por tanto, mediante ley orgánica podría establecerse un servicio público reservado al Estado a ser prestado en forma exclusiva por el mismo, excluyendo a los particulares del ámbito de sus actividades. Una reserva de este tipo tendría por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no podría desarrollarse, en forma alguna, respecto del servicio reservado. Ese fue el caso, en sus inicios, de la reserva al Estado de la prestación de ciertos servicios públicos (distribución de gasolina, por ejemplo) con ocasión de la nacionalización de la industria petrolera en 1975. En estos casos, la reserva al Estado de ciertos servicios da origen al establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado, configurándose el supuesto del artículo 302 de la Constitución como una excepción a la prohibición de los monopolios que regula el artículo 113 de la propia Constitución.

La Constitución, sin embargo, como se dijo, establece algunos de estos servicios públicos exclusivos y excluyentes en materias vinculadas con los derechos de la Nación y con los fines del Estado.

a'. *Los servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación*

El artículo 1 de la Constitución declara como "derechos irrenunciables de la Nación, la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación". De esta norma derivan lo que hemos denominados servicios públicos derivados de los derechos de la Nación, como derechos colectivos de toda persona e instituciones, vinculadas a la soberanía y que origina la obligación del Estado de resguardarla. Estas prestaciones dan origen a los siguientes servicios públicos exclusivos del Estado, y en muchos casos, excluyentes.

a''. *Los servicios de defensa y seguridad: la Fuerza Armada*

En *primer lugar*, están los servicios públicos de defensa y seguridad de la Nación, atribuidos básicamente a la Fuerza Armada Nacional. "La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado" dice el artículo 322 de la Constitución; aún cuando precise que también, la defensa de la Nación sea responsabilidad de los venezolanos y demás personas que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

La Fuerza Armada Nacional, por tanto, constituye la institución organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad territorial (Art. 328). Es una institución que debe ser "esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado" que "está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna" (Art. 328).

La competencia en esta materia corresponde al Poder Nacional, resumida en las siguientes atribuciones que el artículo 156 de la Constitución le asigna:

Ord. 2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el Territorio Nacional.

Ord. 7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional.

Ord. 8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional".

Dentro de los cometidos de este servicio, la Constitución destaca, en especial, la protección de los espacios fronterizos para preservar la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente (Art. 15); declarando que la atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación (Art. 327).

b''. El servicio exterior

En segundo lugar, está el servicio exterior y diplomático, que actualiza las relaciones internacionales de la República para que respondan a "los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo" (Art. 152).

La competencia en relación con "la política y la actuación internacional de la República" se atribuye en la Constitución al Poder Nacional (Art. 156, ord. 1); y se obliga a la República a la defensa de "los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en asuntos internos, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en las luchas por su emancipación y el bienestar de la humanidad" (Art. 152).

c''. Los servicios relativos a la gestión macroeconómica

La Constitución por otra parte, asigna a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social (Art. 187,8) y atribuye al Presidente de la República competencia exclusiva para formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (Art. 236,18). Ello implica, por supuesto, que puede y debe haber planes estatales y municipales de desarrollo, para lo cual los Estados y Municipios tienen competencia. Por ello, en cada Estado debe existir un Consejo Estatal de Planificación y Coordinación (Art. 166) y en cada Municipio, un Consejo Local de Planificación (Art. 182). Los Municipios, además, tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (Art. 178). Por otra parte, como órgano intergubernamental, el Consejo Federal de Gobierno tiene la misión de planificar y coordinar las políticas y acciones de los tres

niveles territoriales para el desarrollo del proceso de descentralización (Art. 185).

La Constitución, por otra parte, establece una extensa regulación sobre el régimen fiscal y monetario, donde se detallan normas sobre el régimen presupuestario (Art. 311 a 315); y el sistema tributario (Art. 316 y 317); el sistema monetario nacional (Art. 318 y 319) y la coordinación macroeconómica (Art. 320). En ellas se regulan, por primera vez a nivel constitucional, las competencias del Banco Central de Venezuela, órgano al cual corresponde el ejercicio “de manera exclusiva y obligatoria” de las competencias monetarias del Poder Nacional (Art. 318); y los principios de la política macroeconómica, imponiéndose al Estado la obligación de “promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social” (Art. 320).

Para cumplir todas estas obligaciones la Constitución, en su artículo 156, asigna al Poder Nacional competencia exclusiva en las siguientes materias que originan servicios públicos:

Ord. 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, de la moneda extranjera, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.

Ord. 15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.

Ord. 17. El régimen de metrología legal y control de calidad

Ord. 18. Los censos y estadísticas nacionales.

Ord. 21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República”.

De todo este conjunto de regulaciones constitucionales, por tanto, derivan servicios públicos esenciales vinculados a los derechos de la Nación y a su soberanía económica, que en sus componentes esenciales son de carácter exclusivo y excluyente.

b'. Los servicios públicos vinculados a los fines del Estado

De acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, el Estado democrático y social de derecho y de justicia propugna como valores supe-

riores 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.

A tal efecto, el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (Art. 3).

Por otra parte, respecto de los particulares, la libertad consiste en el derecho de toda persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social (Art. 20).

Para el logro de todos estos principios y fines y para garantizar el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, precisamente, se regulan los servicios públicos de seguridad y protección ciudadana y de justicia.

a''. El servicio de seguridad ciudadana: servicio de policía

En primer lugar, están los servicios públicos de seguridad y protección ciudadana: la policía y la administración de riesgos.

El artículo 55 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

La norma asigna esta obligación de proteger al Estado, y como se ha dicho, la expresión "Estado" comprende la totalidad de los entes que conforman su organización política como Estado Federal. En consecuencia, esta obligación corresponde, concurrentemente, a la República, a los Estados y a los Municipios, como lo confirma expresamente el artículo 332 de la Constitución, tanto por lo que se refiere a la policía como a la administración de riesgos y emergencias, al indicar que la función de los órganos de seguridad ciudadana constitu-

ye una "competencia concurrente". Esto lo confirma, además, el artículo 184 de la Constitución al reconocer como competencia de los Estados y los Municipios la materia de "prevención y protección vecinal".

En cuanto al servicio público de policía, además el Poder Nacional tiene competencia exclusiva en materia de "policía nacional" (Art. 156,6), del régimen de los extranjeros (Art. 156,4) y de los servicios de identificación (Art. 156,5); correspondiendo al Ejecutivo Nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (Art. 332).

Por su parte, los Estados tienen competencia exclusiva para "la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, de conformidad con la Ley" (Art. 164,6); y los Municipios tienen competencia exclusiva, "en cuanto concierne a la vida local", en materia de "prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (Art. 178,7). Además, se atribuye a los Municipios competencia exclusiva también en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de "protección civil" (Art. 178,4), de "servicios prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal" (Art. 178,5), y de "circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales" (policía de tránsito) (Art. 178, ord. 2).

Esto implica, también, una concurrencia de competencias en materia de servicios públicos de administración de riesgos y emergencias: el artículo 156, ordinal 9, atribuye al Poder Nacional el régimen de la administración de riesgos y emergencias, y el artículo 332 encarga al Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley, para organizar un cuerpo de bomberos y administración de carácter civil y una organización de protección civil y administración de desastres, como parte de los órganos de seguridad ciudadana. La misma norma considera como una competencia concurrente de los Estados y Municipios la función de los órganos de seguridad ciudadana, por lo que aquéllos, conforme con los artículos 164,8 y 178,4, 5, y 7, de conformidad con la legislación nacional, pueden establecer los servicios públicos respectivos.

b''. El servicio público de justicia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución, 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 judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Para asegurar la efectividad de este derecho, se impone la obligación al Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Art. 26).

Para garantizar el derecho a la justicia y la obligación de prestarla, la Constitución regula el sistema de justicia, atribuyendo las competencias en la materia a los órganos del Poder Judicial, independientes y autónomos (Art. 253 y sigts). La competencia para regularlos se atribuye al Poder Nacional al asignarle el artículo 158, ordinal 31 la atribución en materia de "La organización y administración nacional de la justicia"; y al Poder Municipal, en materia de "justicia de paz" (Art. 178,7).

Por otra parte, en particular, y como parte del sistema de justicia, el artículo 268 de la Constitución regula el "servicio de defensa pública".

b. Los servicios públicos reservados al Estado, exclusivos pero no excluyentes, concedibles u otorgables a los particulares

Una segunda categoría de servicios públicos reservados al Estado esta configurada por aquellos que aún siendo atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, es decir, que se han reservado a la República, a los Estados o a los Municipios, ello no se ha hecho en forma excluyente, por lo que, mediante concesión u otro acto administrativo que otorgue el derecho a explotarlos, podría permitirse a los particulares la prestación de los mismos en determinadas condiciones.

La Constitución ha regulado en muchas normas esta categoría de servicios públicos, como servicios públicos exclusivos no excluyentes,

y por tanto, concedibles, a cuyo efecto ha regulado en general, en el artículo 113 que cuando se trate de:

“Prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

Esta norma establece, por tanto, que cuando se trate de una actividad declarada como servicio público exclusivo del Estado, pero no excluyente, sea que se vaya a prestar en forma exclusiva o no, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado.

Por supuesto, corresponde a la Ley la determinación del carácter exclusivo del servicio que permita, sin embargo, que su prestación se pueda conceder a los particulares. La consecuencia de ello es que en virtud de la reserva, los particulares no tienen libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que los configuran, pero pueden obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral como es la concesión de servicio público, a través de la cual se transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

La Constitución en varias normas se refiere a estos servicios públicos, y en particular en las siguientes: Los artículos 156,29 y 178 se refieren a “los servicios públicos domiciliarios” y, en especial, los servicios públicos de electricidad, de agua potable y de gas doméstico, de alcantarillado, de canalización y de disposición de aguas servidas. El artículo 164,8 se refiere a “los servicios públicos estadales”, y el artículo 173, al regular las parroquias como entidades locales, se refiere a la desconcentración de competencias hacia las mismas para “la mejor prestación de los servicios públicos”. El artículo 184 se refiere a la descentralización de los Estados y Municipios hacia las comunidades y grupos vecinales organizados y a la participación de los ciudadanos respecto de “la ejecución, evaluación y control de servicios públicos”. El artículo 196,6 se refiere a la “creación, modificación o suspensión de servicios públicos” mediante decreto-ley, en caso de urgencia comprobada y en receso de la Asamblea Nacional. El artículo 259 atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de “reclamos por la prestación de servi-

cios públicos". El artículo 281,2 atribuye competencia al Defensor del Pueblo para "velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos"; y el artículo 302 establece la posibilidad de que el Estado se reserve, mediante ley orgánica y por razones de conveniencia nacional, "servicios de interés público".

En otras normas, la Constitución sólo utiliza la expresión "servicios" para referirse a actividades estatales que también encajarían en esta noción de servicio público no excluyentes y concedibles. Ello ocurre en las siguientes normas: el artículo 112 establece la obligación del Estado de garantizar "servicios que satisfagan las necesidades de la población" y el artículo 117 garantiza el derecho de las personas a disponer de "servicios de calidad". El artículo 165, al regular el régimen de las competencias concurrentes, establece la obligación de los Estados de transferir a los Municipios "los servicios" que gestionen. El artículo 178, que regula las competencias municipales, se refiere a los "servicios de transporte público urbano de pasajeros" (ord. 2); a "los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil" (ord. 4); los "servicios de prevención y protección, vigilancia y control de bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal" (ord. 5); y "los servicios funerarios" (ord. 6). El artículo 185, que regula el Consejo Federal de Gobierno, precisa que el Fondo de Compensación Interterritorial está destinado, entre otros, al financiamiento de "servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo". El artículo 306, al regular el desarrollo rural integrado, asigna al Estado el fomento de "servicios de capacitación y asistencia técnica".

Todas estas normas, sin duda, se refieren a la noción de servicio público como actividad prestacional que se asigna obligatoriamente a cargo del Estado, correlativo con el derecho de las personas a recibir la prestación, sin que de las mismas se pueda deducir que por su naturaleza se trate de actividades que son excluyentes de las actividades de los particulares en dichas áreas.

Entre estos servicios estarían, por ejemplo, los servicios públicos o actividades prestacionales impuestas al Estado, para garantizar el ejercicio de los derechos individuales a la circulación, y a la calidad de vida.

a' . *Los servicios públicos para la circulación*

De acuerdo con el artículo 50 de la Constitución, toda persona puede *transitar libremente* y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse del país y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país y sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

La consecuencia de este derecho a la libre circulación y tránsito, son las obligaciones impuestas al Estado para garantizarlo, mediante servicios públicos de vialidad y transporte.

a'' . *Los servicios públicos de vialidad*

En primer lugar, están los servicios públicos de vialidad, lo que conforman una competencia concurrente en los tres niveles territoriales, distinguiéndose los servicios públicos de vialidad nacional, estatales y municipales.

En efecto, conforme al artículo 156, ordinal 27 de la Constitución corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional "el sistema de vialidad". Lo que se reserva al Poder Nacional no es el servicio público de vialidad, sino el sistema (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello los Estados y Municipios, tienen competencia en materia de vialidad estatal y municipal.

Por otra parte, la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de "ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales" (Art. 164,9). Las vías terrestres estatales son "las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales", tal como las define el artículo 6 del Reglamento Parcial nº 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre; siendo vías de comunicación nacionales, "las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites" (Art. 4,1).

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es esencial, ya que como antes se dijo, el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al "sistema de vialidad"

(ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de "vialidad urbana".

Por otra parte, siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (Art. 11,3), el artículo 164, ordinal 10 de la Constitución de 1999, asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de "la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional".

Esta competencia, por supuesto no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de "sistema de vialidad" (Art. 156,27) sino a "la coordinación con el Poder Nacional" que este debe regular.

b''. Los servicios públicos de transporte público

En segundo lugar, están los servicios públicos de transporte público, los cuales también se configuran como de la competencia concurrente de la República, de los Estados y de los Municipios.

En el ámbito nacional, el artículo 156, ordinal 26 de la Constitución, atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de "el régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo fluvial y lacustre, de carácter nacional..."; el ordinal 27, además, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de "ferrocarriles nacionales".

En consecuencia, existe el servicio público de transporte público nacional, pero también puede haber servicios públicos de transporte públicos estatales y municipales, cuyo régimen compete a Estados y Municipios. Sin embargo, sólo compete al Poder Nacional "las políticas nacionales y la legislación en materia naviera" (Art. 156,23), lo que no excluye que pueda haber políticas estatales y municipales en esa materia.

Los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, tienen competencia en materia de "servicios de transporte público urbano de pasajeros" (Art. 178,2).

Por otra parte, debe destacarse que la Constitución, siguiendo la descentralización de competencia efectuada a favor de los Estados

por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, también asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional”.

En esta materia, sin embargo, la competencia estatal es de ejercicio parcial, pues el Poder Nacional tiene competencia en materia de “El régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura” (Art. 156,26) y en todo caso, la competencia estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

b'. Los servicios públicos para la calidad de vida: servicios públicos domiciliarios

La Constitución, por último, regula expresamente los servicios públicos domiciliarios, en particular, el de electricidad, el de agua potable y el de gas.

En efecto, el ordinal 29 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y en especial, electricidad, agua potable y gas”.

La exclusividad de la competencia nacional, en esta materia, sólo se refiere al “régimen general” de los servicios, pero no al régimen particular y la prestación, que puede corresponder a los Estados (Art. 164,8) y Municipios (178,6).

En particular, corresponde a los Municipios como competencia exclusiva, “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigna la Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local” (Art. 178), en particular, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios; los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos (Encabezamiento y ords. 4 y 6).

Por último, en materia de sanidad, debe señalarse la competencia municipal en materia de “cementeros y servicios funerarios” (Art. 178,6).

B. *Los servicios públicos concurrentes.*

El segundo tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales que si bien también son impuestas obligatoriamente al Estado, sin embargo, las mismas no se reservan al Estado existiendo respecto de las mismas el derecho y libertad económica de los particulares a prestarlos. Su consideración como servicio público, lo que implica es que el régimen de los mismos en cuanto a su prestación por los particulares, mediante ley, puede establecer limitaciones a la libertad económica “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social” a que se refiere el artículo 112 de la Constitución.

En estos casos, por tanto, el establecimiento de una actividad como servicio público lo que produce, como consecuencia, es la posibilidad de la limitación a la libertad económica de los particulares, que en todo caso debe establecerse mediante ley (reserva legal). Por ello se trata de **servicios públicos concurrentes**. No se trata de que la actividad de los particulares se excluya, como sucede en los casos anteriores de servicios públicos reservados al Estado, sino de una limitación a su ejercicio. Por ello, en estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, estableciéndose sin embargo los mecanismos de control, para asegurar que los mismos se presten en forma adecuada al interés general envuelto.

En numerosos artículos la Constitución regula estos servicios públicos concurrentes: Los artículos 75 y siguientes de la Constitución, al regular los derechos sociales y de las familias (Art. 75 a 97) y los derechos culturales y educativos (Art. 98 a 118), establecen un conjunto de obligaciones de prestación que se imponen a los entes públicos, que originan diversos servicios públicos sociales constitucionales, la mayoría de los cuales no sólo son de la competencia concurrente de todos a los órganos del Estado, es decir, de la República, de los Estados y de los Municipios, sino de prestación concurrente con los particulares. El artículo 84 al regular el derecho a la salud, se refiere a los “servicios públicos de salud”. Asimismo, en el artículo 83 se regula la

obligación del Estado de asegurar "el acceso a los servicios"; y el artículo 86 se refiere a "los servicios médicos y asistenciales". Por otra parte, el artículo 156,24 le atribuye al Poder Nacional competencia en materia de los "servicios nacionales de salud". Por su parte, el artículo 86, al regular el derecho a la seguridad social, la declara "como servicio público de carácter no lucrativo". El artículo 102, al regular a la educación como derecho humano, agrega que "la educación es un servicio público"; y el artículo 103 establece la obligación del Estado de sostener "servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el servicio educativo". Además, el artículo 156,24 le atribuye al Poder Nacional competencia en relación con "los servicios nacionales de educación". El artículo 108, al exigir que los medios de comunicación social, públicos y privados, contribuyan a la formación ciudadana, establece que "el Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de biblioteca informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información".

El artículo 76, al regular el derecho a la protección de la maternidad, se refiere a la obligación del Estado de asegurar "servicios de planificación familiar integral". El artículo 82, al regular el derecho a la vivienda, establece que la misma debe contar con "servicios básicos esenciales" es decir, servicios públicos domiciliarios. El artículo 165, al regular el régimen de las competencias concurrentes, establece la obligación de los Estados de transferir a los Municipios "los servicios" que gestionen los "servicios de integración familiar" de los discapacitados. El artículo 184 que regula los mecanismos para que los Estados y Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados "los servicios que éstos gestionen", establece que la ley debe promover "la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos".

En otras normas, la Constitución utiliza la expresión "servicios" para referirse a actividades estatales, las cuales también encajarían en esta noción de servicio público concurrentes. Ello ocurre en las siguientes normas: el artículo 110 establece la obligación del Estado de reconocer el interés público de "los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía

del país". El artículo 156,28 se refiere a la competencia del Poder Nacional en cuanto al "régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones".

Entre estos servicios están entonces, los servicios sociales, los servicios vinculados a la información, los servicios económicos y los servicios vinculados a la protección del ambiente.

a *Los servicios públicos sociales*

a' *Los servicios públicos de asistencia y protección social*

Conforme a los artículos 75 a 81 de la Constitución, el "Estado" tiene un conjunto de obligaciones tendientes a asegurar la protección de las familias y de quienes ejerzan la jefatura de la familia; la garantía de asistencia y protección integral a la maternidad; los servicios de planificación familiar; la protección del matrimonio entre hombre y mujer; asegurar la protección integral a los niños y adolescentes y promover su integración progresiva a la ciudadanía activa; la creación de oportunidades para estimular el tránsito productivo de los jóvenes a la vida adulta, su capacitación y acceso al primer empleo; garantizar a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, así como atención integral; el respeto de los discapacitados, garantizar el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias y promover su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones.

Todas estas responsabilidades, sin duda, originan obligaciones de prestación de servicios públicos que corresponden en forma concurrente tanto a la República, como a los Estados y Municipios, pero que no excluyen la realización de dichas actividades por los particulares.

La "legislación nacional" en la materia corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional pero, por ejemplo, la Constitución atribuye en forma expresa a los Municipios, competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad, así como en materia de servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario (Art. 178,5).

Estos servicios públicos de asistencia y protección, dado el carácter de materia de competencia concurrente, también serían, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución, servicios públicos estatales.

b'. *Los servicios públicos de salud y sanidad*

Las obligaciones públicas en materia de salud, derivadas del derecho a la salud, conforme a los artículos 83, 84 y 85 de la Constitución, originan servicios públicos constitucionales en la materia, que también se atribuyen al "Estado", es decir, tanto a la República como a los Estados y Municipios. En consecuencia, se trata de servicios públicos que son de la competencia concurrente de los tres niveles territoriales y de prestación también concurrente por los particulares.

En la materia, sin embargo, el artículo 156,23 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de políticas y servicios *nacionales* de salud (156,24) y de legislación sobre sanidad nacional y vegetal (Art. 156,32).

En particular, los artículos 84 y 85 precisan como obligación y competencia del Poder Nacional el establecimiento de un "*Sistema Público Nacional de Salud*" integrado al sistema de seguridad social. En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estatales y municipales de salud.

El Poder Nacional, además, tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre sanidad animal y vegetal (Art. 156, 32) y los Municipios tienen competencia exclusiva expresa, en cuanto concierne a la vida local, en materia de salubridad y atención primaria en salud (Art. 178,5).

En cuanto a los Estados, los servicios públicos de salud como materia de la competencia concurrente, serían servicios públicos estatales (Art. 164,8). Ello lo confirma además, el artículo 184, al establecer la descentralización de los "servicios de salud" de los Estados y Municipios a las organizaciones comunitarias.

La Constitución precisa, en todo caso, que "los servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados" (Art. 84).

Por supuesto, de esta previsión no podría deducirse que los servicios públicos de salud sean exclusivos del Estado y de carácter excluyente; sino que aquéllos que asuma el Estado no pueden ser transferidos a los particulares. Estos, sin embargo, pueden prestar libremente dichos servicios de salud, con las restricciones legalmente establecidas, al punto de que el artículo 85 establece como obligación del Estado el “regular las instituciones públicas y privadas de salud”.

c'. Los servicios públicos de seguridad social

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social.

De acuerdo con la misma norma, el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, es decir, de prestar este servicio público, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas.

Por su parte, el artículo 156, ordinal 22 de la Constitución, atribuye al Poder Nacional competencia en cuanto al “régimen y organización de la seguridad social”, lo que no excluye la posibilidad de que los servicios se presten por particulares.

d'. Los servicios públicos de educación

Como antes se dijo, conforme al artículo 102 de la Constitución, la educación, que debe ser “democrática, gratuita y obligatoria”, es un derecho humano y un deber social fundamental que el Estado debe asumir como “función indeclinable”, por lo que declara que “la educación es un servicio público”.

Dicho servicio público, sin embargo, ni es exclusivo ni excluyente, pues la propia Constitución no sólo regula las instituciones públicas o privadas de educación (Art. 103 y 104), sino el derecho de las

personas a “fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de este” (Art. 106).

Los artículos 102 a 109 de la Constitución, por otra parte, asignan el conjunto de obligaciones educativas, es decir, los servicios públicos educativos, al “Estado” lo que implica que la competencia en la materia sea concurrente entre la República, los Estados y los Municipios. Así, el artículo 156, ordinal 24 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva para las políticas y los servicios *nacionales* de educación. En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para las políticas y los servicios estatales y municipales de educación.

Los servicios públicos de educación, por tanto, también serían servicios públicos estatales en los términos del artículo 164, ordinal 8; y en cuanto a los Municipios, el artículo 178, ordinal 5, les atribuye competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de educación preescolar. La competencia estatal y municipal en “servicios de educación”, también la confirma el artículo 184 de la Constitución.

e'. Los servicios públicos de vivienda

El artículo 82 asigna al “Estado en todos sus ámbitos” la obligación de satisfacer progresivamente el derecho de toda persona a la vivienda; por lo que se trata de un servicio público que corresponde, en forma concurrente, a la República, a los Estados y a los Municipios; y además, en forma concurrente con los particulares, ya que no está reservado al Estado.

Además, la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional la política *nacional* y la legislación en materia de vivienda (Art. 156, 23), por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas estatales y municipales de vivienda, respectivamente. Ello también lo confirma el artículo 184 de la Constitución.

Además, los Municipios tienen competencia expresa exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de vivienda de interés social (Art. 178,1) y de aplicación de la política inquilinaria conforme a la delegación prevista en la ley nacional (Art. 178).

f'. Los servicios públicos de empleo

Los artículos 87 y siguientes de la Constitución regulan los derechos laborales, y asignan al "Estado" un conjunto de obligaciones que se configuran como servicios públicos, como la adopción de medidas para asegurar empleo, el fomento del empleo, y la protección del trabajo sin discriminación.

En todos estos casos, las obligaciones asignadas al "Estado", sin duda, corresponden tanto a la República como a los Estados y Municipios. Se trata, por tanto, de servicios públicos de competencia concurrente que se ejercen de acuerdo con la legislación nacional en materia de trabajo, previsión y seguridad social (Art. 156,32), lo que no excluye la posibilidad de que los particulares realicen actividades en esas materias.

g'. Los servicios públicos culturales

Los artículos 98 a 101 de la Constitución establecen el conjunto de derechos de las personas a la cultura, regulando en consecuencia un conjunto de obligaciones asignadas al "Estado", en materia de cultura, de patrimonio histórico, cultural y arquitectónico, de cultura popular y de información cultural, lo que los configura como servicios públicos de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, que se ejercen de acuerdo con la legislación nacional en materia de "patrimonio cultural y arqueológico" (Art. 156,32); pero no excluyen las actividades particulares en la materia.

Además, el artículo 156, ordinal 32 de la Constitución le asigna al Poder Nacional competencia exclusiva para dictar la legislación en la materia. El artículo 178, ordinales 1 y 5 le atribuyen en forma expresa competencia exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades e instalaciones culturales y de patrimonio histórico.

Los servicios culturales además constituirían servicios públicos estatales, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución.

El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de "servicios culturales".

h'. Los servicios públicos deportivos y de recreación

El artículo 111 de la Constitución establece el derecho de todas las personas al deporte y a la recreación, como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. Ello da origen a diversos servicios públicos no reservados al Estado y que pueden desarrollarse por los particulares.

En materia de servicios públicos deportivos la Constitución atribuye al "Estado" la responsabilidad de asumir el deporte y la recreación como política de educación y salud (Art. 111), correspondiendo dicha responsabilidad, por tanto, a la República, a los Estados y a los Municipios.

El artículo 178 además, atribuye a los Municipios la competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades deportivas, parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; y el artículo 184 confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de "servicios de deporte".

Vinculados a los servicios de recreación, puede decirse que la Constitución también regula los servicios de turismo, igualmente sin reserva alguna a favor del Estado.

En efecto, el artículo 310 de la Constitución regula al turismo como una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sostenido. En tal sentido, como consecuencia, atribuye al "Estado" la obligación tanto de dictar medidas que garanticen el desarrollo del turismo, como de velar por la creación y fortalecimiento del turismo nacional.

El "Estado", en esa norma, igualmente, es tanto el Estado Nacional (República) como los Estados federados y los Municipios, configurándose la materia como de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales.

Además, debe destacarse, en particular, que en materia turística, el Poder Nacional tiene asignada competencia exclusiva para la política *nacional* y legislación en materia de turismo (Art. 156,23), por lo que también existe una política estatal y municipal en la materia que corresponde a los Estados y Municipios. En especial, a estos últimos se asigna competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "turismo local" (Art. 178,1).

b. *Los servicios públicos de información y comunicación*

“La comunicación es libre”, como lo señala el artículo 58 de la Constitución, por lo que todas las personas tienen derecho a comunicarse en todas las formas, de manera que, incluso, la Constitución garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (Art. 48).

El Estado, por otra parte, tiene la obligación de garantizar el ejercicio de este derecho, mediante los servicios públicos de comunicaciones que no se han reservado al Estado, y que pueden ser prestados por los particulares.

En la materia, el artículo 156,28 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en cuanto al “régimen de servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”.

Por otra parte, el artículo 58 de la Constitución establece el derecho de toda persona “a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura”, de acuerdo con los principios de la Constitución; y en particular, el derecho de los niños y adolescentes “a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

El artículo 101 impone la obligación del Estado de garantizar “la emisión, recepción y circulación de la información cultural”; y el artículo 108 le impone la obligación de garantizar “servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”.

Estos derechos ciudadanos y obligaciones estatales dan origen a los servicios públicos de información, cuya prestación, por supuesto, ni es exclusiva ni excluyente del Estado, pues toda persona tiene derecho a establecer medios de comunicación que, por tanto, pueden ser públicos y privados, teniendo éstos la obligación general, sin embargo, de contribuir a la formación ciudadana (Art. 108). El carácter de servicio público de muchas de estas actividades, sin embargo, impone la necesidad para los particulares de obtener una habilitación o licencia del Estado para realizarlas.

c. *Los servicios públicos vinculados al desarrollo económico*

El régimen económico establecido en la Constitución esencialmente es un régimen de economía mixta en el cual tanto el Estado como los particulares pueden realizar actividades económicas.

A ello se refiere la Constitución en múltiples normas, en las cuales se pueden distinguir servicios públicos económicos que pueden ser prestados por los particulares concurrentemente con el Estado, sin perjuicio de que ciertos aspectos estén reservados al Estado y que en otros para su ejercicio se requiera de autorizaciones, permisos, licencias o habilitaciones.

Entre ellos están los servicios públicos de promoción y ordenación de la economía. De acuerdo con el artículo 299 de la Constitución, el régimen socio económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

A tal efecto, se responsabiliza al Estado para que, conjuntamente con la iniciativa privada, promueva "el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta" (Art. 249).

A tal fin, la Constitución atribuye al Estado en sus artículos 112, 299, 308, 309 y 310, competencia para promover la iniciativa privada con facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país; promover el desarrollo armónico de la economía nacional; proteger la artesanía e industrias populares; velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional; y proteger y promover la pequeña y mediana industria.

Por otra parte, los artículos 305, 306 y 307 de la Constitución también asignan al "Estado" obligaciones de promover el desarrollo rural integral; promover las condiciones para fomentar la actividad agrícola-

la y la agricultura sustentable, a fin de garantizar la seguridad alimentaria, y alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento; proteger las comunidades y asentamientos de pescadores artesanales; proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad, y velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola y establecer servicios de capacitación y asistencia técnica. Estas obligaciones del "Estado", de nuevo, dan origen a servicios públicos de competencia concurrente de todos los entes que conforman la organización política del mismo, es decir, a la República, a los Estados y a los Municipios.

En esta materia, además, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para dictar la "legislación agraria" (Art. 156,32) y definir la política *nacional* en materia tanto de seguridad alimentaria (Art. 156,23) como de producción agrícola, ganadera, forestal y pesquera (Art. 25).

Por tanto, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para definir la política *estadal* y *municipal* en materia de seguridad alimentaria y para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

d. *Los servicios públicos de protección ambiental*

Los artículos 127 a 129 de la Constitución regulan los derechos ambientales de las personas, entre ellos, el derecho de proteger y mantener el ambiente en beneficio de las generaciones y del mundo futuro; y el derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

A tal efecto, se regulan las obligaciones del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; de garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos (Art. 127) y de desarrollar una política de ordenación del territorio.

En materia de ambiente, además, el artículo 156, ordinal 23 de la Constitución, atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la "legislación" en materia de am-

biente y aguas, por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en las políticas estatales y municipales en la materia.

Además, el artículo 178,4 le atribuye en forma exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental". El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de Estados y Municipios en materia de "servicios ambientales".

En materia de ordenación del territorio, al atribuir el artículo 128 de la Constitución al "Estado" competencia en materia de ordenación territorial, se trata de una competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Además, el artículo 156, ordinal 23 de la Constitución le atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la "legislación" en materia de ordenación de territorio, por lo que a los Estados y Municipios les corresponde la política estatal y municipal, respectivamente, en la ordenación del territorio de las respectivas entidades.

Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "ordenación territorial", y el artículo 184 confirma la competencia de Estados y Municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al "mantenimiento de áreas industriales".

En todas estas materias económicas, los particulares pueden desarrollar actividades en forma concurrente con los entes públicos, salvo que el Estado se las haya reservado mediante ley orgánica.

4. *Las actividades particulares en materia de servicios públicos*

Como se ha dicho, las actividades de servicio público son actividades prestacionales que se imponen como obligación al Estado para la satisfacción de necesidades generales o colectivas. Estas actividades pueden reservarse al Estado, excluyéndose la libertad económica, o se pueden regular para su realización en forma concurrente tanto por el Estado como por los particulares.

Es decir, el establecimiento de una actividad en la Constitución o la ley como un servicio público, no implica necesariamente que la

misma se reserve al Estado. Lo único que implica es que el Estado está obligado a cumplirlas, de lo cual deriva la posibilidad del establecimiento mediante ley de limitaciones respecto de los particulares, en el sentido de que no tiene derecho a desarrollarlas libremente. Es decir, la declaratoria de una actividad como servicio público conlleva que la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, pero no necesariamente implica que queden sustraídas de la libertad económica de los mismos.

Es decir, como se dijo, el servicio público no implica que necesariamente la actividad a la cual se refiere quede reservada al Estado y excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente. En consecuencia si el servicio público se ha establecido sin que haya sido reservado al Estado, los particulares tienen derecho a realizar actividades de prestación en la materia, y dependiendo de la regulación legal que se establezca, para ello pueden requerir de una autorización, permiso, licencia, registro o habilitación del Estado para realizarla.

Pero por supuesto, en muchos casos y como se ha visto, la Constitución o la ley regulan los servicios públicos como una actividad reservada al Estado, lo que implica que en ese caso, la libertad económica de los particulares está excluida, es decir, en esos casos los particulares no pueden “dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia” (Art. 112 de la Constitución). Los particulares, sin embargo, en los casos de servicios públicos reservados al Estado, siempre que no se trate de servicios exclusivos y excluyentes, podrían realizar actividades de prestación de los servicios, pero no porque tengan derecho a realizarlas, sino cuando tal derecho se les otorgue o conceda mediante una concesión.

En el caso de los servicios de telecomunicaciones, por ejemplo, los mismos no se han reservado al Estado, por lo que los particulares tienen derecho a realizar las actividades que comportan, para lo cual sin embargo requieren de una habilitación administrativa y en algunos casos de concesión de uso del espectro radioeléctrico otorgados por parte del Estado, es decir, de un acto autorizatorio que los habilita a ejercer el derecho que tienen.

5. *El régimen de las actividades o servicios de telecomunicaciones como servicios públicos concurrentes o actividades de interés público*

De acuerdo con lo que se ha dicho anteriormente, en la actualidad, las actividades de telecomunicaciones, son actividades que no están reservadas al Estado, por lo que incluso si se las califica como servicios públicos, serían de los servicios públicos concurrentes en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica para su realizarlas, sujetos a las limitaciones y restricciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, particularmente en cuanto a la obtención de una autorización o habilitación por parte del Estado, a través de CONATEL.

II. ASPECTOS DEL RÉGIMEN DEL DOMINIO PÚBLICO Y SOBRE SU UTILIZACIÓN POR LOS PARTICULARES

Las actividades de telecomunicaciones, con el desarrollo masivo que han tenido en el mundo contemporáneo, implican la necesidad de uso de bienes considerados como del dominio público. Así ha ocurrido para la instalación de cables subterráneos en las vías públicas, en espacios aéreos o en el mar; así ocurre también con la emisión de ondas radioeléctricas en el espectro radioeléctrico.

Esos usos, en la mayoría de los casos no son usos comunes, sino usos especiales e incluso exclusivos de partes del dominio público. De allí la necesidad de depurar el concepto de dominio público en el derecho administrativo contemporáneo.

1. *El régimen general de los bienes del Estado: dominio público y dominio privado*

Los bienes se clasifican según las personas a quienes pertenecen. Así lo dispone el Código Civil al establecer en su artículo 538, que "los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares".

En cuanto a los bienes del Estado, es decir, de los diversos entes públicos o personas jurídicas estatales, ha sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico su clasificación en bienes del dominio público y bienes del dominio privado, tal como lo regula el artículo 539 del

mismo Código Civil. Los primeros se califican como tales por su afectación a un uso público, o a un uso privado de un ente público o persona estatal (Art. 540 CC), y esa afectación es la que provoca la consecuencia fundamental de su calificación como tales bienes del dominio público, que es su inalienabilidad (Art. 543 CC).

Por su afectación al uso público, de todos, o al uso privado de personas estatales, los bienes del dominio público puede considerarse que están fuera del comercio, por lo que no pueden enajenarse y además, por ello, también serían imprescriptibles (Art. 1.959 CC), mientras dure tal afectación. Esta, por supuesto, puede decirse que nunca cesa cuando se trata de una afectación natural al uso público, como ocurre con el agua, los ríos, los lagos, la ribera del mar y el aire. La declaratoria de los bienes como del dominio público se ha hecho en general en el Código Civil, y en algunos casos en la Constitución, como ha sucedido con las aguas (Art. 304), las costas marinas y los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art. 12); en otros casos, en la ley, como ha ocurrido con las tierras baldías.

Pero salvo estas declaraciones generales, cuando un bien del dominio público deja de estar afectado al uso público o al uso privado del ente público titular del mismo, pasa del dominio público al dominio privado del Estado (Art. 541 CC), y cambia por tanto de régimen jurídico que le es aplicable en el sentido de que pasa de estar regulado preponderantemente por disposiciones de derecho público a estar sujeto preponderantemente al Código Civil.

En efecto, los bienes del dominio privado del Estado son los que tienen carácter patrimonial, los cuales se rigen por las disposiciones del Código Civil "en cuanto *no se opongan* a las leyes especiales respectivas" (Art. 544). Por tanto, los mismos pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen" (Art. 543), pudiendo además ser adquiridos por los particulares por prescripción (usucapión) (Art. 1960), salvo que se excluya expresamente en las leyes especiales.

2. *Los bienes del dominio público*

A. *Definición*

Los bienes del dominio público lo son por estar afectados al uso público por su naturaleza, o por afectación o declaración legal. Los

primeros, establecidos tradicionalmente en el Código Civil, son aquellos que incluso no requerirían de declaratoria jurídica expresa, para ser considerados como tales por naturaleza, como son el aire, el agua (el mar, los ríos, los lagos), las vías de circulación, la ribera del mar y el espacio radioeléctrico; los segundos son aquellos que sin ser del uso público por su naturaleza, son del dominio público por afectación a un uso de un ente público o por ser declarados como tales por la Constitución o las leyes, como por ejemplo son los yacimientos mineros y los hidrocarburos o las tierras baldías.

En la Constitución de 1999, como se ha dicho, se han declarado como del dominio público el subsuelo, las costas marítimas y las aguas (Arts. 12 y 304). En cuanto a los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, conforme al artículo 12 de la Constitución, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. En esta forma se le da rango constitucional a lo que ya había previsto la Ley de Minas de 1999 y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999.

La misma norma del artículo 12 de la Constitución dispone que las costas marítimas son bienes del dominio público; entendiéndose por tales costas, la parte de la ribera del mar que baña el mar, es decir, la playa o zona que está entre la alta y la baja marea, como lo estableció hace años la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia. En 2001, a los efectos de desarrollar esta norma constitucional, se dictó el Decreto n° 1.468 con Fuerza de Ley de Zonas Costeras.

El artículo 304 de la Constitución dispone que todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo, correspondiendo a la ley establecer las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio. Se incorporó a la Constitución, en esta forma, el principio que se había definido y propuesto en los años sesenta, en los estudios de la Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, y en el proyecto de Ley de Agua entonces elaborado sobre la declaratoria de las aguas como del dominio público.

En cuanto al espacio radioeléctrico la Constitución sólo estableció como competencia del Poder Nacional, el régimen y la administración del espectro electromagnético (156,28), el cual como el espectro radioeléctrico fue declarado formalmente como del dominio público por la Ley de Concreciones del Espacio radioeléctrico de 1999 (G.O. 5397 de 25-10-99), derogada por la Ley de Telecomunicaciones de 2000, cuyo artículo 7 lo declara como del dominio público, agregando que para su uso y explotación debe contarse con la respectiva concesión.

B. *Sobre la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes*

La enajenación es la condición de los bienes cuya propiedad puede ser transferida o trasladada mediante negocios jurídicos entre vivos. La inalienabilidad, en cambio, es la condición jurídica de ciertos bienes de no poder enajenarse. En cuanto a los bienes del dominio público, como se ha dicho, la inalienabilidad es una condición establecida expresamente en la Constitución y el Código Civil (Art. 543). La inalienabilidad, por tanto, implica la prohibición de enajenar o prohibición de trasladar la propiedad por acto contractual voluntario entre vivos.

En cuanto al dominio público, por ejemplo, los bienes que lo componen son inalienables, pero ello es sólo en principio, mientras estén afectados al uso público o al uso privado del ente público respectivo. La inalienabilidad del dominio público por la afectación, implica, por supuesto, imprescriptibilidad, pues la inalienabilidad aquí conlleva no sólo la no posibilidad de enajenación, sino la imposibilidad de que alguien adquiriera la propiedad privada de dichos bienes en cualquier otra forma.

Los bienes del dominio público, por la afectación al uso público o al uso privado de un ente público están fuera del comercio y la posesión de ellos no surte efecto jurídico alguno. Pero una vez que estos bienes hayan sido desafectados, los mismos, en principio, podrían ser enajenados y adquiridos por prescripción. Esto, sin embargo, no se aplica a todos los bienes del dominio público, pues como se ha dicho, hay algunos que lo son en virtud de la Ley o por naturaleza. En el último caso nunca podrían quedar desafectados del uso público, como sucede con las aguas o el aire, y en el primer caso, mientras no se cambie la ley.

Por otra parte, debe señalarse en general, que la inalienabilidad de los bienes del dominio público, además de implicar su no enajenación voluntaria y la imposibilidad, en general, de que un particular pudiera adquirir su propiedad, también implicaba la imposibilidad de su adquisición forzosa mediante expropiación. Tal como lo señala el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social:

“En ningún caso procede la expropiación sobre bienes pertenecientes a la República, los estados, el Distrito Capital o los municipios que, según las respectivas leyes nacionales de éstos, no puedan ser enajenados”.

Por tanto, no hay duda de que la inalienabilidad, como signo de la condición jurídica de ciertos bienes públicos, va mucho más allá que la sola prohibición impuesta al ente público de enajenar voluntariamente el bien, pues también implica que dichos bienes no pueden ser expropiados por otros entes públicos, es decir, que su propiedad (titularidad) no puede cambiarse.

En cuanto a la inalienabilidad de los bienes del dominio público, tal como se dijo, ella es consecuencia de la afectación a un fin público (uso público o uso privado del ente público), y en tal virtud, implica, precisamente por esa afectación, que mientras ella dure el bien no puede ser adquirido en propiedad, en ninguna forma, por los particulares. Sin embargo, la titularidad de los bienes podría ser traspasada por ley, de un ente público a otro (las llamadas mutaciones demaniales), lo que no implicaría atentar contra la afectación ni contra el sentido de la inalienabilidad.

C. *La usucapibilidad y la imprescriptibilidad de los bienes*

La prescripción en relación con los bienes (usucapición), es un medio de adquirir la propiedad sobre los mismos, por el transcurso del tiempo, mediando posesión legítima (Arts. 1.952 y 1.953). La imprescriptibilidad, al contrario, es la condición jurídica de ciertos bienes que implica la imposibilidad de que sean adquiridos por usucapición.

Por ejemplo, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, “la prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio” (Art. 1.959), por lo que éstas no pueden ser objeto de usucapición. Los bienes del dominio público, por ejemplo, mientras dure la

afectación, no sólo no son enajenables, sino que también son imprescriptibles.

Por otra parte, de acuerdo al mismo Código Civil, “no produce efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse” (Art. 778), por lo que no puede adquirirse la propiedad por usucapión de bienes cuya propiedad no pueda legalmente adquirirse, o que no pueda transmitirse, enajenarse o salir de la titularidad de un ente público. Por ello, si se analiza la legislación positiva, aun cuando la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de bienes sean condiciones jurídicas diferentes, en muchos casos la inalienabilidad implica la imprescriptibilidad.

Por tanto, la imprescriptibilidad es una condición legal de los bienes del dominio público en general ligada a su inalienabilidad.

D. *La titularidad de los bienes del dominio público de uso público*

La consideración en la Constitución o en la ley de un bien como del dominio público de uso público, no implica que los mismos se puedan considerar como si constituyen, en sentido estricto, una “propiedad” del Estado. Como lo dijo la antigua Corte Suprema de Justicia:

“Tal dominio público está caracterizado por el uso público a que están destinados dichos bienes, por lo que el Estado (personificación de la Nación) no puede distraer dichos bienes de ese uso público, como pudiera hacerlo con los bienes de su dominio privado. Por lo tanto -concluye la Corte-, el Estado, atendiendo a ese dominio público, no puede pretender sobre los mencionados bienes, el derecho de propiedad que con todos sus atributos consagra el Derecho Civil sobre las cosas sujetas a la propiedad privada”. (Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 8-2-38 en *Memoria* 1939, pp. 431 a 435).

Con base en ello, la misma Corte Suprema puntualizó que si algo caracteriza a los bienes del dominio público es que su “uso y disfrute deben, en principio, ser mantenidos al alcance de todos los individuos que integran la colectividad” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 19-10-64 en *Gaceta Forense*, nº 46, pp. 28 a 32.)

Por tanto, el sentido de una declaratoria de un bien como del dominio público de uso público, y sin entrar a la discusión, por demás bizantina, sobre la naturaleza del dominio público como derecho de propiedad, es el de situarlo fuera del ámbito de los bienes susceptibles de propiedad privada, mediante su afectación legal al uso público; y no el de atribuir al Estado una propiedad sobre los mismos en el sentido civilista. Por ello, una declaración constitucional o legal de un bien como del dominio público de uso público, no representa un supuesto cambio de titularidad de la propiedad de determinados bienes de los particulares en favor del Estado, sino la afectación al uso público del mismo, para asegurar que su utilización y aprovechamiento esté dirigido primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos.

3. *El uso del dominio público por los particulares*

El signo general de los bienes del dominio público, además de que los mismos son inalienables e imprescriptibles, es la limitabilidad en cuanto a su uso.

Respecto de los bienes del dominio privado del Estado, precisamente por tener su razón de ser en la afectación para su uso reservado por un ente público, los mismos no pueden ser utilizados por los particulares, salvo si son desafectados.

En cuanto a los bienes del dominio público de uso público, respecto de los mismos, en general, las personas tienen derecho a usarlos, en lo que se denomina de usos comunes que en general tiene toda la población precisamente por estar afectados al uso público. Así, por ejemplo, respecto del agua, la misma se puede libremente beber, y en el mar o los ríos las personas tienen derecho a bañarse, a nadar o a navegar. Esos usos comunes, sin embargo, pueden ser limitados mediante ley para proteger el derecho de los usuarios o el derecho de los demás. Las vías de comunicación, por ejemplo, también pueden ser objeto de usos comunes, como caminar y circular en general. Ese es un derecho constitucional de todos. Sin embargo, por razones de interés general, el Estado puede restringir dicho uso común (por ejemplo, caminar por autopistas) o someter el ejercicio de ese derecho a limitaciones, exigiendo una previa autorización, permiso, licencia o registro para determinados usos específicos. Por ejemplo, para circular por las vías públicas, se requiere un permiso de circulación del

vehículo (placa) y de una licencia de conducir para el conductor; y lo mismo en cuanto a la navegación con determinadas embarcaciones.

Pero si bien es posible los usos comunes respecto de los bienes del dominio público de uso público, todos los otros usos especiales o exclusivos están excluidos del ámbito de los derechos de los particulares. Ello no excluye, sin embargo, que el Estado pueda otorgar esos derechos de usos a los particulares mediante una concesión o un permiso, como por ejemplo ocurre con el aprovechamiento de los recursos hidráulicos para la producción de electricidad, o la explotación exclusiva de determinadas vías de comunicación (peaje). En algunos casos, como en el del uso y explotación espacio radioeléctrico o espectro electromagnético, el mismo, salvo algunos casos de uso libre, solo puede realizarse mediante concesión.

Es decir, la declaración de un bien como del dominio público, sea por su naturaleza o por declaratoria legal implica una limitación general respecto de los particulares, en el sentido de que aún siendo de uso público, su uso no puede desarrollarse libremente. Es decir, la declaratoria de un bien como del dominio público conlleva que el uso de los mismos queda sustraído del que puedan realizar libremente por los particulares.

En conclusión, si se trata de un bien del dominio público de uso público, si bien los particulares tienen derecho a usos comunes, los mismos pueden hacerse dependiendo de la regulación que se establezca, para lo que se puede requerir de una autorización, permiso, licencia, registro o habilitación del Estado para realizarlos. En cuanto a los usos especiales o exclusivos, en general, los mismos requieren de una concesión por parte del Estado.

4. *El espectro radioeléctrico como bien del dominio público*

De acuerdo con lo que se ha dicho anteriormente, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público y así lo ha declarado expresamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Art. 77), particularmente porque se trata de un recurso limitado, que exige, particularmente en el mundo contemporáneo por el desarrollo de las telecomunicaciones, de la administración, regulación, ordenación del Estado e incluso de normas internacionales.

Su uso es esencial en el caso de las telecomunicaciones por ondas (terrenales o satelitales, sean largas, medias cortas, muy cortas -VHF-, ultracortas -UHF-), tanto emitidas con modulación analógica (en amplitud -AM- o en frecuencia -FM-) o convertidas en números (dígitos) mediante digitalización. A tales efectos, en el espectro radioeléctrico deben determinarse porciones para su uso, mediante bandas de frecuencia que deben establecerse en un Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CONABAF) (Art. 70) que debe establecer CONATEL, ajustándose a los tratados internacionales suscritos por la República, sustentándose en los mejores criterios para lograr un uso eficiente del espectro (Art. 72).

La utilización por los particulares del espectro radioeléctrico para realizar actividades de telecomunicaciones, en consecuencia, debe ajustarse al Cuadro Nacional de Atribuciones de Bandas de Frecuencia, de manera que la asignación de uso de las mismas promueva el desarrollo de los mercados de telecomunicaciones y garantice la disponibilidad de porciones de espectro para actividades de finalidad social (Art. 72).

A tales efectos, el uso y explotación especial o exclusivo de porciones de espectro mediante la atribución de bandas de frecuencia para la realización de actividades de telecomunicaciones, exigen la obtención de una concesión por parte del Estado (Arts. 7, 73, 76), a través de CONATEL.

5. *El régimen internacional de los usos de bienes del dominio público de uso público*

En cuanto a los bienes del dominio público de uso público por naturaleza, es indudable que su régimen no sólo ha sido objeto de regulación por parte de los Estados, en tanto que administradores y ordenadores del uso de los mismos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones nacionales, sino que también han sido objeto de ordenación de carácter internacional a los efectos de ordenar el uso entre los países y evitar interferencias.

Así ha sucedido tradicionalmente, por ejemplo, con las aguas y el espacio aéreo, habiéndose suscrito convenios y tratados multilaterales sobre dichos bienes, para su uso, control y protección internacionales, con inclusión del régimen de deberes y derechos de los Estados

Miembros. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre Plataforma Continental. (G.O. n° 26.614 de 29-07-1961); de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (G.O. n° 26.615 de 31-07-1961); y de Ley Aprobatoria de la Convención sobre Alta Mar (G.O. n° 26.616 de 01-08-1961); todas en relación con las regulaciones internas establecidas en Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, (G.O. n° 37.596 del 20-12-2002); y la Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo, (G.O. n° 496 Extraordinario de 17-08-1956).

En materia de telecomunicaciones también existe el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, de la cual Venezuela es Estado Miembro.

III. EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

1. *Los condicionantes generales de las actividades económicas privadas*

A. La reserva o no de la actividad al Estado

El régimen de las actividades económicas de los particulares depende de la posibilidad de que las mismas puedan o no realizarse libremente; es decir, depende de si para su realización existe o no libertad económica; y ello dependerá si las mismas están o no reservadas al Estado.

Esa es la gran división que tiene que hacerse primariamente respecto de las actividades económicas de los particulares, sin que quepan términos medios: o hay actividades reservadas al Estado donde no existe libertad económica, o hay actividades no reservadas al Estado donde existe libertad económica.

En las primeras, no existiendo libertad económica dada la reserva al Estado, en los casos en los que la reserva no sea de las exclusivas y excluyentes, este puede otorgar el derecho a los particulares a realizarlas, generalmente mediante el acto de concesión, que por su carácter constitutivo crea en cabeza del concesionario el derecho que se concede.

En cambio en las segundas, tratándose de una limitación al derecho y libertad económica que tienen los particulares que debe siem-

pre regularse mediante ley, las intervenciones del Estado se manifiestan por ejemplo, a través de actos administrativos declarativos de derechos, como las autorizaciones (licencias, permisos); homologadores de derechos, como las aprobaciones; de declaración de certeza de derechos, como las inscripciones y registros; e, incluso, extintivos de derechos (ablatorios), como las expropiaciones o decomisos.

En consecuencia, la división fundamental de las actividades económicas en reservadas o no al Estado, condiciona las técnicas de intervención administrativa para la realización de actividades económicas de los particulares, concibiéndose la figura de la concesión para la primera, y entre otras, las autorizaciones para las segundas.

B. *El uso o no de bienes del dominio público de uso público*

Por otra parte, en relación con las actividades económicas de los particulares también puede hacerse otra distinción en relación con los bienes que implican su realización; es decir, si para su realización existen o no bienes susceptibles de apropiabilidad, y ello dependerá de si los mismos han sido o no declarados como del dominio público.

Esa es la otra gran división que también tiene que hacerse principalmente respecto de los bienes a ser utilizados por las actividades económicas de los particulares, sin que tampoco quepan términos medios: hay actividades que requieren la utilización de bienes del dominio público y hay actividades que no requieren de ese uso.

En el primer caso, no existiendo posibilidad de apropiabilidad de los bienes a ser utilizados, dada la condición del dominio público, si se trata de bienes de uso público, el Estado puede otorgar el derecho a los particulares para el uso exclusivo de los mismos, generalmente mediante el acto de concesión, que por su carácter constitutivo crea en cabeza del concesionario el derecho que se concede.

En otros casos de usos específicos o especiales, como parte del uso común a que tienen derecho los particulares sobre los la mayoría de los bienes del dominio público de uso público, los mismos pueden también realizarse a través de actos administrativos declarativos de derechos, como las autorizaciones (licencias, permisos); homologadores de derechos, como las aprobaciones; de declaración de certeza de derechos, como las inscripciones y registros.

En consecuencia, la división fundamental de las actividades económicas en relación con el uso de bienes del dominio público, deriva de si se trata o no de un uso exclusivo, concibiéndose la figura de la concesión para los primeros, y entre otras, las autorizaciones para los segundos.

C. *La situación en las actividades de telecomunicaciones*

En la actualidad, el régimen de las actividades en materia de telecomunicaciones es en líneas generales, el siguiente:

En cuanto a la actividad de telecomunicaciones, no siendo una actividad reservada al Estado, los particulares tienen derecho a realizarlas como parte de su libertad económica, estando sin embargo sometidas a limitaciones por tratarse de actividades de interés general, que deben siempre establecerse mediante ley, en particular, a la obtención de una autorización es decir, de una habilitación o registro para poder realizarlas.

En cuanto a las actividades de telecomunicaciones que impliquen la utilización del espectro radioeléctrico, tratándose de un bien del dominio público y del uso exclusivo de una frecuencia, las mismas para poder ser realizadas requieren de una concesión de uso y explotación del espectro.

Sin embargo, salvo en materia de uso del espacio radioeléctrico que siempre ha requerido de concesión por tratarse de un bien del dominio público, el régimen de las actividades de los particulares en materia de telecomunicaciones no siempre ha estado estructurado en la forma indicada.

En realidad ha evolucionado desde la situación de ser una actividad que estaba reservada al Estado y que los particulares sólo podían prestar mediante concesión del Estado, a ser en la actualidad, una actividad que no está reservada al Estado, por lo que los particulares tienen derecho y libertad económica a realizarla, sometidos a las regulaciones propias de las actividades de interés general que establezcan las leyes, como por ejemplo ser habilitados para desarrollarlas mediante una autorización o licencia del Estado.

En este sentido, dicho régimen evolucionó siguiendo las líneas generales en la materia que se han producido en el mundo contempo-

ráneo, particularmente orientadas por la legislación europea establecida en el marco de la integración de la Unión Europea. Por ello, y además por la influencia específica que tuvo la legislación española en la elaboración de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, estimamos conveniente hacer una breve referencia a la evolución del tema en España.

2. *Evolución del régimen de las telecomunicaciones en España*

A. *El inicio: Las actividades de telecomunicaciones como actividades de servicio público reservadas al Estado*

La regulación tradicional de las telecomunicaciones, incluso en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, conforme a la orientación general que existía en Europa, las mismas estaban estatizadas, como servicios públicos. Por ello, dicha Ley disponía que “las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público”. Se podían otorgar para su prestación mediante concesión, como fue el caso de la empresa de teléfonos (Telefónica).

El régimen de las telecomunicaciones comenzó a cambiar poco tiempo después de sancionada dicha Ley, con motivo de la asunción, por parte de la Comunidad Europea de la ordenación de las telecomunicaciones lo que se inició mediante la adopción de importantes Directivas dictadas en 1990. Mediante las mismas, las autoridades de la entonces Comunidad Europea fueron las que desarrollaron en Europa el derecho contemporáneo de las telecomunicaciones, aplicado en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, signado un principio contrario al del régimen tradicional, el de la desestatización y de la liberalización del régimen que se abrió a la iniciativa privada.

Debe mencionarse, sin embargo, que por la particular configuración histórica de los servicios de televisión en Europa, las Directivas en materia de telecomunicaciones excluyeron de su ámbito a la radiodifusión y a la televisión, actividades en las cuales históricamente se había conformado un monopolio estatal, remitiendo su regulación a otra normativa específica.

B. *La liberalización del régimen de las telecomunicaciones, su consideración como servicios de interés público y la exclusión de la radiodifusión y de la televisión*

Las reformas propugnadas por la Comunidad Europea, se consolidaron en las Directivas emitidas entre 1993 y 1997, las que condujeron a la liberalización del régimen de las comunicaciones en toda Europa, a partir de 1998, incluyendo España, eliminando la reserva al Estado del sector, su calificación como servicio público y los derechos exclusivos para la explotación que habían otorgado los Estados conforme al régimen tradicional. Al contrario, por ejemplo, conforme a la Directiva 96/19/CE, los Estados Miembros debieron suprimir los derechos exclusivos y especiales que habían otorgado para la prestación del servicio de las telecomunicaciones, y debían adoptar "las medidas necesarias para garantizar el derecho de todo operador económico a prestar los servicios de telecomunicaciones".

A los efectos de poder asegurar que la prestación del servicio de telefonía pudiera llegar a todos, como servicio básico, y evitar que pudiera ser afectado por la competencia entre las empresas y las fuerzas del mercado, en las Directivas se reguló el llamado "servicio universal", que debía encomendarse a uno de los operadores presentes en el mercado.

La liberalización del régimen de las telecomunicaciones llevó en Europa, además, a que se establecieran en cada uno de los Estados Miembros, los entes reguladores independientes a cuyo cargo ha estado la administración y control de las comunicaciones, deslindados de los operadores sujetos a control.

Conforme a estas orientaciones, en España se dictó la Ley General de telecomunicaciones de 1998, en la cual se consideró a las telecomunicaciones "como servicios de interés público que se prestan en régimen de competencia", es decir, por los particulares. Ello implica que sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público, precisamente por el carácter de interés general de las actividades, los regulados en el artículo 5º, y en el Título III de la Ley.

Por otra parte, y siguiendo la orientación comunitaria, en la Ley General de 1998 también quedó excluido de su régimen las actividades de radiodifusión y televisión, liberándose así el legislador español

de la compleja tarea de tratar de reconvertir y transformar el régimen de concesiones en la materia, y de decidir la suerte del régimen de la televisión pública. La Ley General, sin embargo, dispuso que las infraestructuras de red que utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión están sujetas a lo establecido en la ley y, en especial, a lo dispuesto en materia de interconexión y acceso, respecto de la provisión de redes abiertas (Art. 1).

El régimen de la radiodifusión y televisión en España, en realidad, quedó condicionado por lo dispuesto en el artículo 20,3 de la Constitución de 1978 en el cual se dispuso que “la ley regulará la organización y control parlamentario de los medios de comunicación dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. Estos medios de comunicación “dependientes del Estado”, sin duda, eran la radiodifusión y la televisión, que estaban gestionadas por dichos entes públicos, y que tradicionalmente habían sido considerados como servicios públicos de titularidad estatal. Los mismos habían sido regulados por la Ley 4/1980 de 10-01-1980 del Estatuto de la Radio y Televisión, derogada por la Ley 17/2006 de 05-06-2006 de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal.

Esta Ley 17/2006 consideró la radio y televisión estatal como “un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto la producción edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público”, encomendando la gestión de los mismos a una empresa estatal, la Corporación de Radio y Televisión Españolas (Corporación RTVE) que ejerce sus funciones a través de dos empresas públicas: la Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española y la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España. Debe señalarse que la vieja Ley 4/1980 había establecido que por Ley se podía autorizar al Gobierno para poner en funcionamiento un tercer canal de televisión de titularidad estatal para otorgarlo en régimen de concesión a las Comunidades Autónomas, lo que se llevó a cabo por Ley 46/1983 de 26-12-1983.

Por otra parte, en cuanto a la televisión privada, la gestión indirecta por los particulares de los medios televisivos mediante concesión, se reguló inicialmente en la Ley 10/88 de 03-05-1988 de Tele-

visión Privada, modificada posteriormente por Ley 25/1994, Ley 37/1995 y Ley 55/1999. La Ley previó la existencia de tres sociedades concesionarias de ámbito estatal.

Por otra parte, en 1995 se dictó la Ley 41/1995 de 22-12-1995 sobre Régimen Jurídico de Televisión Local por Ondas Terrestres limitadas al ámbito local, a cargo de los Municipios o particulares mediante concesión otorgada por las Comunidades Autónomas.

C. *Las formas de realización de las actividades privadas en materia de telecomunicaciones: títulos habilitantes y concesiones de uso del espectro radioeléctrico*

La consecuencia fundamental de la liberación del régimen de las telecomunicaciones en España fue la consagración del derecho de los particulares a la comunicación, como condición esencial para el ejercicio de los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento, y al derecho a la información.

La liberalización implicó, por tanto, el establecimiento del derecho de los particulares a prestar los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, a los efectos del ejercicio de dicho derecho, la Ley General estableció como principio general la necesidad para los particulares de la obtención de un título habilitante para la prestación del servicio (Art. 7,1), es decir, de una autorización y, en ciertos casos, de una licencia. En esta materia sólo se establecen como excepciones, en el sentido de que son de libre establecimiento, los servicios de telecomunicaciones o de intercomunicación que se presten en un inmueble o en una comunidad de propietarios, dentro de una misma propiedad, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico; y los equipos que utilicen el dominio público radioeléctrico mediante su uso común general (radio-aficionados, banda ciudadana) (Art. 7,2).

El principio general, por tanto, para la realización de actividades de telecomunicaciones en España, es la obtención de una autorización administrativa, que conforme a las directivas de la Comunidad Europea constituye la técnica de intervención estatal y de control menos restrictiva. Esta "autorización general" (Art. 10) se la concibe como de carácter reglado, en el sentido de que para otorgarlas, la Administración reguladora no dispone de poder discrecional alguno, limitándo-

se a constatar el cumplimiento de los requisitos preestablecidos por parte del peticionario, otorgándosele automáticamente, una vez efectuada dicha constatación del cumplimiento de los requisitos. Por ello el artículo 11,1 de la Ley General dispone que "Las autorizaciones generales se otorgan de forma reglada y automática, previa asunción por el interesado de las condiciones que se establezcan mediante Orden del Ministerio de Fomento para cada categoría de redes y servicios y previa comprobación del cumplimiento por aquél de los requisitos que se determine en la misma".

Ahora bien, como excepción al régimen general de las autorizaciones, la Ley exige la obtención de una "Licencia individual" en los casos de prestación de los servicios más importantes en la materia, en particular, para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones, para la prestación del servicio telefónico disponible al público, y para los servicios de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico (Art. 15). Se trata también de un acto administrativo autorizatorio, igualmente de otorgamiento reglado, es decir, que no es discrecional por parte del Estado, pudiendo limitarse su otorgamiento sólo por razones de insuficiencia del espectro radioeléctrico (Arts. 2, 20). El artículo 17 de la Ley exige para el titular de la Licencia la nacionalidad comunitaria europea y permite la limitación al capital extranjero de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por España. En esta materia España ha firmado en 1997 el acuerdo de liberación de las telecomunicaciones OMC/GATS, lo que implica la libre inversión del capital extranjero.

Estas Licencias individuales sustituyeron las viejas concesiones administrativas y a pesar de tratarse de actos administrativos complejos, con elementos de bilateralidad, en su otorgamiento no opera el silencio positivo.

En el régimen español de las telecomunicaciones, en el caso de títulos habilitantes que impliquen el uso del espectro radioeléctrico, y de frecuencias en régimen de uso privativo, además de las Licencias individuales, los interesados deben obtener una concesión de uso del dominio público radioeléctrico por parte del mismo ente regulador. Por ello, la Ley general dedica un título al dominio público radioeléctrico, disponiendo que la administración, gestión y control del espectro de frecuencias radioeléctricas incluyen, entre otras funciones, el

establecimiento de las condiciones para el otorgamiento del derecho de su uso, la atribución de ese derecho y la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas (Art. 61,2).

D. *El régimen de transición de las antiguas concesiones a los títulos habilitantes*

Dado el cambio radical del régimen de las telecomunicaciones que pasó de la estatización o reserva al Estado, los servicios públicos y las concesiones administrativas hacia un régimen de concurrencia a cargo de los particulares, de servicios de interés general y de autorizaciones administrativas, la Ley estableció un importante régimen de transición, o más precisamente, de transformación, que se basó en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a los títulos habilitantes o autorizaciones previstas en la Ley.

Ello se hizo haciendo participar a los interesados a los efectos de que manifestaran su voluntad en la transformación, en los lapsos establecidos, concluyendo el procedimiento administrativo necesariamente con un acto administrativo a cargo del ente regulador, en el cual debía anular el título habilitante inicial y determinar expresamente los derechos y obligaciones derivados del mismo que permanecían en vigencia, distintos de los que resultaban de la nueva regulación. Conforme al régimen de transformación, por tanto, los derechos derivados de los títulos habilitantes anteriores que se transformaban debían conservarse en el nuevo título habilitante que se emitiera siempre que fueran compatibles con el nuevo régimen de las telecomunicaciones.

3. *Evolución del régimen de las telecomunicaciones en Venezuela*

A. *El inicio: Las actividades de telecomunicaciones como actividades reservadas al Estado y sus implicaciones.*

La Ley de Telecomunicaciones de 1949, conforme a la orientación universal en la materia en esa época, dispuso que "el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales

eléctricas o visuales, *inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado*", atribuyendo su administración, inspección y vigilancia, al Ejecutivo Nacional (Art. 1).

En esta forma, el Estado se reservó legalmente la actividad de las telecomunicaciones, con carácter de exclusividad, excluyendo toda actividad privada en la materia, lo que implicaba que los particulares no tenían derecho ni libertad económica para ejercerla. La reserva al Estado, sin embargo, no era de carácter excluyente, en el sentido de que los particulares podían llegar a realizarlas siempre que el Estado les trasladara el derecho mediante el otorgamiento de concesiones o permisos para realizarlas, dependiendo si con ellas perseguían o no fines lucrativos; concesiones y permisos que incluso no tenían carácter de exclusividad, permitiendo la concurrencia entre particulares.

Esa reserva al Estado con carácter de exclusividad pero no excluyente de las actividades de telecomunicaciones, condujo en muchas ocasiones a calificar las mismas como servicio público, aún cuando no necesariamente todas fueran de tal naturaleza, ya que la reserva al Estado de una actividad no implica que siempre sea un servicio público. Como lo estableció la Sala Constitucional en sentencia de 29 de agosto de 2003 (Caso: *Arnaldo González*): "no toda actividad que se declara servicio público se encuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público".

Lo importante a señalar, conforme a la Ley de 1946, es que la política estatal en materia de otorgamiento de concesiones a los particulares para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, al contrario de lo ocurrido en España, abarcó toda la gama de los mismos, desde la telefonía, la radiodifusión y la televisión, los cuales, con excepción del primero, originaron una amplia concurrencia entre los particulares concesionarios. Ello fue muy importante en materia de radiodifusión y televisión, pues originó en Venezuela, al contrario que en España y en Europa en general, que desde el principio del desarrollo de las telecomunicaciones, se hubiera conformado una amplia concurrencia entre los operadores privados concesionarios, y entre estos y el Estado, sin que se hubieran configurado monopolios estatales en la materia, que fue lo que caracterizó la situación en Europa, en particular, en materia de televisión. Y ello fue posible por el traslado a los mismos, mediante sendas concesiones, tanto del dere-

cho a realizar una actividad reservada al Estado, como eran las actividades de telecomunicaciones, como del derecho de uso del dominio público del espectro radioeléctrico, para tales fines. Sólo en materia de telefonía, hasta finales de los ochenta se mantuvo el monopolio de la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) como concesionaria de telefonía, desapareciendo el monopolio varios años después de la privatización de la empresa, que quedó prestando el servicio universal.

B. *La liberalización del régimen de las telecomunicaciones y su consideración como servicios de interés público, incluyendo la radiodifusión y de la televisión*

Las reformas que tuvieron su origen en el derecho comunitario europeo no tardaron en repercutir mundialmente, conduciendo en general, en las última década, a un proceso de liberalización del régimen de las comunicaciones, eliminándose en general la reserva al Estado del sector, su calificación legal como servicio público y, en consecuencia, el régimen de las concesiones para la realización de las actividades. Esos cambios también se comenzaron a producir en Venezuela a partir de los años ochenta, primero con el proceso de privatización de la CANTV y el desarrollo de la telefonía celular, y luego, en general, respecto de todas actividades de telecomunicaciones, con la sanción en 2000 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual fue influida en su redacción directamente por la Ley General española de 1998.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones en Venezuela, entonces, al igual que la Ley española, produjo un cambio radical en el régimen de las mismas, al establecer el principio de la libertad económica de las telecomunicaciones, eliminando la reserva de las mismas al Estado e incluso la misma denominación de servicios públicos de las mismas. Es decir, al derogarse la vieja Ley de Telecomunicaciones, las actividades relativas a las mismas pasaron de ser actividades públicas que estaban reservadas al Estado, a actividades privadas realizadas por los particulares en ejercicio del derecho a la libertad económica (Art. 112 de la Constitución), en concurrencia con el Estado. En otros términos, incluso si dichas actividades de telecomunicaciones pudieran considerarse como servicios públicos, lo importante es que no se trataría de servicios reservados al Estado los cuales, por tanto pueden

ser desarrollar libremente por los particulares, sujetos sólo a autorizaciones o habilitaciones administrativas. En realidad, la Ley Orgánica, solo estableció una reserva al Estado que ha quedado reducida a "los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa nacional", para cuyo efecto "la calificación de un servicio como de seguridad y defensa" la debe hacer el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, oída la opinión del Consejo de Defensa de la Nación (Art. 8).

Tratándose entonces en general de actividades no reservadas al Estado, el artículo 1º de la Ley Orgánica precisa que el objeto del marco de su regulación al establecer que es para "garantizar el derecho de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes".

Ahora bien, dado el interés general envuelto en las telecomunicaciones, las actividades relativas a las mismas se definieron en la Ley como de interés general, lo que implica que los servicios de telecomunicaciones pueden "someterse a parámetros de calidad y metas especiales de cobertura mínima uniforme, así como a la prestación de servicios bajo condiciones preferenciales de acceso y precios a escuelas, universidades, bibliotecas y centros asistenciales de carácter público" y asimismo, por esa condición de actividad de interés general "el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones pueden someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la Constitución y la ley" (Art. 5).

Por otra parte, la consecuencia jurídico administrativa más importante en relación con esta declaratoria del "establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones" como actividades de interés general, es que para su ejercicio por los particulares se requiere de la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y de ser necesaria, la concesión de uso del espectro radioeléctrico en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Art. 5). Es decir, respecto del régimen de las actividades de telecomunicaciones, la Ley Orgánica eliminó la reserva al Estado y el régimen general de concesiones (salvo por lo que se refiere al uso del

dominio público radioeléctrico), sustituyéndolo por un régimen de libertad económica limitado que por la naturaleza de las actividades de ser de interés general, exige la obtención, para su realización, de una autorización administrativa.

Es de destacar, que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones define a éstas, ampliamente, abarcando "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse" (Art. 4). Por tanto, quedan comprendidas en sus regulaciones todas las manifestaciones de las mismas, incluyendo la radio y la televisión.

En este aspecto, el régimen legal venezolano marcó una diferencia sustancial en relación con el régimen español, en el cual, como se dijo, conforme a la orientación del régimen de las Comunidades Europeas, la Ley General de 1998 excluyó de su régimen a las actividades de radiodifusión y televisión, abarcando los otros medios de telecomunicación, en particular, la telefonía. En cambio, en Venezuela, el régimen de la Ley Orgánica efectivamente es un régimen "general", que abarca la telefonía y, además, la radio y la televisión.

La diferencia básica entre estas y las otras actividades de telecomunicaciones, es que en los casos en que la actividad implique el uso del espectro radioeléctrico, si bien el principio general es que el otorgamiento de la concesión respectiva debe obtenerse, en principio, mediante un procedimiento de oferta pública (Art. 76), en el caso del uso del espectro radioeléctrico en materia de radiodifusión y televisión abierta, previa solicitud del interesado (Art. 104), la concesión se otorga mediante adjudicación directa por el Ministerio competente (Art. 105,4), en función de la política de telecomunicaciones del Estado, visto el informe de CONATEL (Art. 104); la cual, para el caso de que se cumplan las condiciones legales, sólo podría ser negada cuando surjan graves circunstancias atinentes a la seguridad del Estado que, a juicio del Presidente de la República, hagan inconveniente su otorgamiento (Art. 108,5). Por tanto, la Administración no tiene poder discrecional alguno en relación con el otorgamiento por adjudicación directa de esas concesiones.

C. *Las formas de realización de las actividades privadas en materia de telecomunicaciones: títulos habilitantes y concesiones de uso del espectro radioeléctrico*

La consecuencia fundamental de la liberación del régimen de las telecomunicaciones en la Ley Orgánica, en consecuencia fue la consagración del derecho de los particulares a la comunicación libre y plural (Art. 1), también como condición esencial para el ejercicio de los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento, y al derecho a la información.

Este cambio de régimen, como hemos dicho, implicó también el establecimiento del derecho de los particulares a prestar los servicios de telecomunicaciones, para lo cual, por la naturaleza de interés general de las actividades, se estableció el principio general de la necesaria obtención previa por los particulares de una "habilitación administrativa" para la prestación de los servicios de telecomunicaciones (Art. 9), es decir, de una autorización administrativa.

En esta materia sólo se establecen como excepciones, en el sentido de que son de libre establecimiento de acuerdo a la orientación de la legislación española, no requiriéndose de habilitación administrativa, entre otros, los servicios de telecomunicaciones o de intercomunicación que se utilicen dentro de un inmueble o para servir a determinados inmuebles, cuando se trate de equipos de seguridad o intercomunicación que sin conexión a redes públicas y sin utilizar el dominio público radioeléctrico; o cuando se trate de equipos que, a pesar de utilizar porciones del espectro radioeléctrico, hayan sido calificados de uso libre por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Art. 23).

El principio general, por tanto, para la realización de actividades de telecomunicaciones en Venezuela, es la obtención de una autorización administrativa, que se califica en la Ley como una habilitación administrativa, definida como "el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley" (Art. 16). Estas habilitaciones han sido reguladas en el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico y por la Providencia Ad-

ministrativa n° 785 de 27-01-2006 sobre las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas.

Se trata, por tanto, de un acto administrativo reglado que se debe otorgar a quienes cumplan con los requisitos y condiciones previamente establecidos, no teniendo la Administración poder discrecional alguno en la materia, limitándose a constatar el cumplimiento de los requisitos preestablecidos por parte del peticionario, otorgándosele automáticamente, una vez efectuada dicha constatación del cumplimiento de los requisitos.

Por otra parte, las habilitaciones administrativas son de carácter declarativo en cuanto a la habilitación que se entrega a un particular para ejercer el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones. Las habilitaciones, por tanto, no crean el derecho ni lo constituyen, solo "habilitan" su ejercicio, de manera que los atributos de la misma, es decir, las actividades y servicios concretos que pueden prestarse bajo el amparo de la habilitación administrativa otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual es habilitado el operador" conforme a la Ley (Art. 16).

El artículo 9 de la Ley exige para ser titular de habilitaciones administrativas que se trate de personas domiciliadas en el país, dejando a salvo lo que se pueda establecer en acuerdos o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República. Agrega la norma que la participación de la inversión extranjera en el ámbito de las telecomunicaciones sólo podría limitarse en los servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta, de conformidad con lo que al efecto prevean las normas legales y reglamentarias correspondientes.

En materia de inversiones extranjeras el tema está regulado en el Decreto n° 2.095 (G.O. n° 34.930 de fecha 25 de marzo de 1992) dictado con ocasión de desarrollar el espíritu, propósito y razón de la Decisión 291 de la Comunidad Andina. Por lo que respecta al sector de la televisión y radiodifusión, el artículo 26, del Capítulo IV, del citado Decreto, que versa sobre los sectores de la economía reservados a empresas nacionales y de la venta de acciones, pauta que: "Quedan reservados a las empresas nacionales los siguientes sectores de la actividad económica: a) La televisión y la radiodifusión, los periódicos en idioma castellano".

En este sentido, de acuerdo con lo pautado en la Decisión 291, se define como empresa nacional (y así lo continúa aplicando la SIEX) a "aquella constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca en más de un 80% a inversionistas nacionales, y siempre que, a juicio del organismo nacional competente (SIEX) esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa". Por lo tanto, la inversión extranjera en los canales de televisión debe ser menor al 19,99 %, para cumplir con la anterior normativa.

Por otra parte, en el régimen de las telecomunicaciones, en el caso de las habilitaciones que impliquen el uso y explotación del espectro radioeléctrico, el cual se declara expresamente como del dominio público (Art. 7), los operadores deben obtener una concesión de uso del dominio público radioeléctrico por parte del mismo ente regulador (Arts. 5, 9, 16 y 73), con limitadas excepciones (pe. Radioaficionados) (Art. 75). En todos estos casos, conforme al artículo 110 de la Ley Orgánica "conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma"

La Ley Orgánica dedica el Capítulo I del Título VI a regular el espectro radioeléctrico (Arts. 69 a 110), el cual define "como el conjunto de ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de tres mil gigahertz (3000 GHz) y que se propagan por el espacio sin guía artificial" (Art. 4). Agrega la Ley, que "el espectro radioeléctrico se divide en bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente. Las bandas de frecuencias constituyen el agrupamiento o conjunto de ondas radioeléctricas con límite superior e inferior definidos convencionalmente. Estas a su vez podrán estar divididas en sub-bandas" (Art. 4).

D. *El régimen de transformación de las antiguas concesiones para la prestación de los servicios, en las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico previstas en la Ley Orgánica*

a. *La obligación de la transformación*

Dado el cambio radical del régimen de las telecomunicaciones que pasó de la reserva al Estado, la calificación de las mismas como

servicios públicos y su ejercicio mediante concesiones administrativas, hacia un régimen de concurrencia en los que los particulares tienen libertad económica, la calificación de las actividades como de interés general y su ejercicio mediante habilitaciones o autorizaciones administrativas, la Ley Orgánica estableció en su régimen transitorio, un importante régimen de transformación de las antiguas concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registro establecidos en la nueva Ley Orgánica (Art. 210), basado en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a la habilitaciones administrativas y concesiones previstas en la Ley. A tal efecto, la Ley Orgánica dispuso que la transformación de los títulos jurídicos de debe hacer atendiendo a que "los derechos de uso y explotación dados en concesión, sobre frecuencias legalmente otorgadas, se mantendrán en plena vigencia" y a que "se respetarán el objeto, la cobertura y el lapso de vigencia de las concesiones o permisos vigentes para el momento de la entrada en vigencia de la Ley" (Art. 210,2 y 4).

La transformación se reguló en la Ley Orgánica con carácter obligatorio, y en el procedimiento para lograrla se hizo participar a los interesados de manera que ellos son los llamados a solicitar la transformación del título jurídico dentro del plazo que al efecto estableció CONATEL (Art. 210,7). Dicho procedimiento administrativo que debía estar regido por los principios de transparencia, buena fe, igualdad y celeridad (Art. 210,1), debía necesariamente concluir en el lapso de dos años siguientes a la publicación de la Ley, con un acto administrativo de transformación dictado por CONATEL, en el cual se debía anular la concesión inicial y sustituirla por la habilitación administrativa y concesión conforme a la nueva Ley. La transformación no debía implicar "el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que actualmente tienen los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos (Art. 210,3).

El régimen de transición y transformación, por tanto, al ser de carácter obligatorio, implicaba que tanto los operadores de telecomunicaciones con títulos anteriores como CONATEL estaban obligados a seguirlo, pues las normas contenidas en el mismo constituye el régimen jurídico que se les puede aplicar, de manera que "la transformación de los títulos actuales en modo alguno supone que los operado-

res de telecomunicaciones existentes antes de la entrada en vigencia de esta Ley, estén sometidos al procedimiento general establecido para el otorgamiento de las habilitaciones o a la extinción, revocatoria o suspensión de las concesiones o permisos otorgados bajo el amparo de la anterior legislación, por tal concepto". (Art. 210). Además, "mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridas al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos" (Art. 210).

b. *La situación general por el incumplimiento de la obligación de CONATEL de transformar las concesiones y adaptarlas como habilitaciones*

En la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, como se ha dicho anteriormente, se establece un derecho de los titulares de concesiones y permisos de telecomunicaciones otorgados de acuerdo a la legislación anterior, de adaptar sus concesiones y permisos a las previsiones de la nueva Ley (artículo 210), con la obligación consecuente de CONATEL, de implementar la transformación-adaptación de las viejas concesiones y permisos; con la precisión de que "la transformación de los títulos ... tendrá carácter obligatorio", la cual debía realizarse en un plazo de 2 años a partir de la entrada en vigencia de la ley (2000-2002).

Esta obligación de transformación y adaptación de las antiguas concesiones y permisos, debía haberse realizado por las autoridades competentes en la materia, básicamente, por CONATEL en un procedimiento al cual se aplica supletoriamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 204), guiado por los principios de transparencia, buena fe, igualdad y celeridad (Art. 210,1), que son los mismos establecidos en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, igualmente aplicable; y que debía tener las siguientes fases:

a) La adopción de un acto administrativo mediante Resolución de CONATEL estableciendo el Cronograma de Transformación;

b) Las solicitudes a ser formuladas por los interesados ante CONATEL de transformar los títulos jurídicos (concesiones y permisos) anteriores en las habilitaciones y concesiones previstas en la Ley Or-

gánica, que debían formularse en un lazo fijado por CONATEL que no podía ser menor de 60 días;

c) La publicación por CONATEL de listado de los operadores que no hubieran solicitado la transformación, apercibiéndolos para formularlas;

d) Los actos administrativos que debió dictar CONATEL transformando las viejas concesiones y permisos en las nuevas habilitaciones y concesiones de acuerdo con la Ley Orgánica, y respetando los derechos adquiridos.

Los tres primeros pasos se cumplieron, y quedaron pendientes las decisiones finales de CONATEL que debió haber dictado en el antes referido plazo de 2 años, efectuando la transformación de los títulos jurídicos conforme a los principios enunciados en la Ley (artículo 210).

De ello deriva que la situación actual para los titulares de concesiones y títulos otorgados antes de la vigencia de la Ley que no han sido transformados y adaptados a la nueva Ley Orgánica (que constituyen la casi totalidad), es que “todos los derechos y obligaciones adquiridos al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos” (artículo 210).

Esto es, entre otros aspectos, el plazo de 20 años establecido directamente en el Decreto n° 1577 de 27-05-1987 (artículos 4 y 1°) para las empresas que para ese momento tenían concesiones otorgadas, plazo que concluye el 27-05-2007, y el derecho preferente que tienen, al finalizar la concesión en esa fecha, para que se extienda la concesión por otro período de 20 años (artículo 2).

c. *La naturaleza jurídica de los actos de transformación o adecuación*

Los actos de transformación y adecuación de las concesiones y títulos de telecomunicaciones otorgados bajo la vigencia de la legislación anterior a la Ley Orgánica de 2000, en las habilitaciones administrativas y concesiones de telecomunicaciones que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 210 de la Ley, correspondía CONATEL adoptar, no constituyen *per se* las habilitaciones administrativas y

concesiones de telecomunicaciones cuyo otorgamiento inicial por ese Organismo está regulado en la nueva Ley.

En efecto, las habilitaciones administrativas y concesiones de telecomunicaciones que se otorgan *ex novo* a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica constituyen actos autorizatorios y de concesión mediante los cuales los particulares a quienes se confieren tales títulos, se ven facultados para ejercer sus actividades económicas con arreglo a los atributos específicos a los cuales los mismos se encuentren referidos.

Por el contrario, los actos de transformación de las concesiones y títulos de telecomunicaciones, otorgados bajo la vigencia de la legislación anterior a la Ley Orgánica, en habilitaciones administrativas y concesiones de telecomunicaciones a que se refiere el artículo 210 de la misma, están limitados a la adecuación desde el punto de vista formal (v. gr. tipología y nomenclatura) de títulos preexistentes legalmente reconocidos.

En efecto, como ya se ha señalado, y resulta de la simple lectura de la norma en cuestión, se trata únicamente de la adaptación y adecuación de los instrumentos existentes con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica a éste instrumento regulador, como una suerte de homologación de términos, con miras a la aplicación progresiva de las disposiciones de la Ley. Precisamente por ello, la adecuación está regulada de manera que no sean alteradas las condiciones de las concesiones y títulos a transformarse, sino que sean ratificadas tanto las obligaciones preexistentes como los derechos adquiridos.

En este orden de ideas, siendo que el derecho al ejercicio de las actividades de telecomunicaciones es anterior y preexistente a la transformación o adecuación, y dado que de acuerdo con la disposición normativa que establece la transformación, debían respetarse los términos de las concesiones o permisos existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley, en aras de la protección de la garantía de la irretroactividad de la ley, el acto administrativo de transformación no es susceptible de afectar la relación o situación jurídica existente con anterioridad, debiendo limitarse a acreditarla y adaptarla, pero sin introducir factores de alteración.

Y es que en el supuesto de las transformaciones de títulos y permisos a que se refiere el artículo 210 de la Ley Orgánica no existe ni

puede existir finalidad alguna que pueda perseguir volitivamente CONATEL, siendo que el fin del acto, esto es, la mutación del título preexistente a la categoría de los títulos establecidos por la Ley, se agota con su misma emisión.

No se trata de la creación del derecho a ejercer actividades de telecomunicaciones pues la reserva al Estado y las concesiones para el ejercicio de la actividad desaparecieron, ni tampoco del levantamiento de los obstáculos existentes para el ejercicio de un derecho preexistente en relación con esas actividades, pues no se están otorgando habilitaciones *ex novo*. En este caso, se trata de actos administrativos la ratificación y reconocimiento de un derecho que ya existe para ejecutar actividades de telecomunicaciones; derecho que se encuentra perfeccionado con anterioridad, precisamente en virtud de un permiso o concesión otorgado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica.

En este orden de ideas, podría afirmarse que el acto de transformación sería asimilable a los actos que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han denominado como declarativos, esto es, los actos administrativos que están dirigidos a constatar la realización de un hecho o de un acontecimiento sin introducir elementos novedosos, declarando la certeza jurídica de hechos jurídicamente relevantes, respecto de los cuales el Estado tiene un interés particular en que exista seguridad; y que como tales, se contraponen a los llamados actos constitutivos.

Por otra parte, y en íntima relación con ello, cabe destacar que tanto el procedimiento a llevarse a cabo para la transformación de los permisos o concesiones anteriores en habilitaciones, concesiones u obligaciones de notificación y registro establecidos en la Ley Orgánica, como el acto definitivo que debe dictarse en consecuencia, son eminente y predominantemente reglados, es decir, no son en modo alguno de carácter discrecional, siendo mínimo o casi inexistente el margen de apreciación de CONATEL en relación con la decisión

En efecto, de acuerdo con la previsión legal que estableció la obligación de adecuación de los títulos, la actuación de CONATEL está circunscrita únicamente a la subsunción del supuesto de hecho concreto (existencia de una concesión o permiso de telecomunicaciones anterior a la Ley Orgánica) y consiguiente extracción de la consecuencia jurídica predeterminada por el ordenamiento jurídico positi-

vo (transformación en habilitación administrativa, concesión u obligación de notificación o registro, según el caso), sin que pudieran entrar elementos radicados en su voluntad.

Las circunstancias particulares del procedimiento administrativo y del acto administrativo de transformación de los títulos de telecomunicaciones obtenido bajo la vigencia de la legislación anterior a la Ley Orgánica están, pues, determinados con precisión en la norma legal a que se contrae el artículo 210 de la misma -y en la Resolución n° 93 mediante la cual se estableció el Cronograma para las transformaciones de los títulos-, de manera que CONATEL quedó absolutamente vinculada, sin tener a su disposición poder discrecional alguno ni margen de apreciación para llevar a cabo una valoración de las circunstancias del caso.

Por tanto, al haberse formulado en el plazo establecido la solicitud respectiva de transformación por su titular de un título o concesión de telecomunicaciones anterior al año 2000, y verificado el cumplimiento de la acreditación de los recaudos establecidos por vía de la Resolución n° 93, CONATEL debía necesariamente declarar la adecuación o transformación a la figura o figuras jurídicas establecida en la Ley Orgánica a que hubiera lugar; quedando únicamente a su apreciación la determinación de la figura en que el título de cuya adecuación se tratara debía transformarse, a saber, habilitación administrativa, concesión u obligación de notificación o registro, debiendo atender para ello a la regulación particular de cada una en el articulado de la Ley.

En este sentido, cualquier acto, vía de hecho u omisión mediante la cual se impidan las transformaciones o adecuaciones de los títulos en aquellos casos en que los particulares hubieran cumplido con los requisitos exigidos, constituye una ilegítima restricción a los derechos de esos particulares, erigiéndose en una violación del principio de seguridad jurídica, del derecho a la libertad económica y a su garantía constitucional de la reserva legal.

IV. EL DERECHO DE LOS ANTIGUOS CONCESIONARIOS DE TELECOMUNICACIONES A LA TRANSFORMACIÓN DE SUS TÍTULOS

1. *El derecho y la obligación de la transformación*

Como se ha visto anteriormente, en 2000 se produjo en Venezuela un cambio radical en el régimen legal de las telecomunicaciones, que pasó de ser uno que reservaba al Estado las actividades, que la jurisprudencia calificaba como servicios públicos y que disponía su ejercicio mediante concesiones administrativas; a uno de **conurrencia**, en el cual los particulares tienen **libertad económica**, en el que se califica a las actividades como de interés general y se dispone su ejercicio mediante de habilitaciones o autorizaciones administrativas.

Por ello, para asegurar la materialización del cambio, la Ley Orgánica estableció en su régimen transitorio, un importante régimen de transformación de las antiguas concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registro establecidos en la nueva Ley Orgánica (artículo 210).

El régimen de transformación, basado en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a la habilitaciones administrativas y concesiones previstas en la Ley, debía ceñirse al siguiente marco legal:

1) Los **derechos de uso y explotación** dados en concesión, sobre frecuencias legalmente otorgadas, debían mantenerse en plena vigencia (artículo 210,2);

2) El **objeto, la cobertura y el lapso de vigencia** de las concesiones o permisos vigentes para el momento en el cual entró en vigencia la Ley Orgánica, debían ser respetados (artículo 210,4). Sin embargo, en esta materia, la Ley Orgánica precisó que “**las renovaciones posteriores** de las habilitaciones administrativas o concesiones previstas” en la Ley Orgánica (se entiende, luego de efectuada la transformación) “se seguirán por las reglas generales de ella” (artículo 210,4).

3) Las **obligaciones** que tuvieran los operadores relativas a **metas de calidad, desarrollo, expansión y mantenimiento** de sus redes,

de conformidad con sus respectivos contratos de concesión, debían cumplirse (artículo 210,5);

4) La transformación **no debía implicar el otorgamiento de más facultades** para la prestación de servicios al público que las que tenían los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos (artículo 210,3); y

5) Sólo se debían establecer **limitaciones** que resultasen compatibles con los principios de la ley Orgánica y el desarrollo que de ellos hiciesen los reglamentos respectivos (artículo 210,6).

Esta transformación se reguló en la Ley Orgánica como un derecho de los antiguos concesionarios y como una obligación para la Administración, de manera que en el procedimiento para lograrla se hizo participar a los interesados quienes debían solicitar la transformación del título jurídico dentro del plazo que al efecto estableció CONATEL (artículo 210,7).

Esta obligación de transformación y adaptación de las antiguas concesiones y permisos, debía haberse realizado por las autoridades competentes en la materia, básicamente, por CONATEL en un procedimiento que como se ha visto, debía necesariamente concluir en el **lapso de dos años** siguientes a la publicación de la Ley (2000-2002), con un acto administrativo de transformación dictado por CONATEL, en el cual se debía sustituir la concesión inicial por la habilitación administrativa y concesión conforme a la nueva Ley; siguiendo el principio general de que la transformación no debía implicar “el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que actualmente tienen los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos” (artículo 210,3).

El régimen de transición y transformación, por tanto, al ser un derecho y una obligación, implicaba que tanto los operadores de telecomunicaciones con títulos anteriores, como CONATEL, estaban obligados a seguirlo, pues las normas contenidas en el mismo constituían el régimen jurídico que se les podía aplicar.

Por ello, en primer lugar, la Ley Orgánica dispuso expresamente que “la transformación de los títulos actuales **en modo alguno** supone que los operadores de telecomunicaciones existentes antes de la entrada en vigencia de esta Ley, estén sometidos al procedimiento

general establecido para el otorgamiento de las habilitaciones o a la extinción, revocatoria o suspensión de las concesiones o permisos otorgados bajo el amparo de la anterior legislación, por tal concepto" (artículo 210). Es decir, la transformación implicaba que para la sustitución de los viejos títulos por los nuevos, a los anteriores concesionarios, no se aplicaban las previsiones de la nueva Ley Orgánica.

Además, en segundo lugar, la Ley Orgánica dispuso que "mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridas al amparo de la anterior legislación, **permanecerán en pleno vigor**, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos" (artículo 210). Es decir, durante el proceso de transformación se debían **respetar los derechos adquiridos** por los concesionarios conforme al régimen anterior. Por ejemplo, entre otros aspectos, el plazo de 20 años que había sido establecido directamente en el Decreto n° 1577 de 27-05-1987 (artículos 4 y 1°) para las empresas que para ese momento tenían concesiones otorgadas, plazo que concluía el 27 de mayo de 2007, y el derecho preferente que tenían, al finalizar la concesión en esa fecha, para que **se extendiera** la duración del plazo de la concesión por otro período de 20 años (artículo 2), siempre que se hubiera dado cumplimiento a la normativa establecida en la materia.

2. *El respeto de los derechos adquiridos y el derecho preferente a la extensión de las concesiones*

En efecto, siendo que el derecho al ejercicio de las actividades de telecomunicaciones **es anterior y preexistente a la transformación o adecuación**, y dado que de acuerdo con la disposición normativa transitoria que establece la transformación, **debían respetarse los términos de las concesiones o permisos existentes** antes de la entrada en vigencia de la Ley, en aras de la protección de la garantía de la irretroactividad de la ley, **el acto administrativo de transformación no podía afectar la relación o situación jurídica existente con anterioridad**, debiendo limitarse a acreditarla y adaptarla, pero sin introducir factores de alteración.

Y es que en el supuesto de las transformaciones de títulos y permisos a que se refiere el artículo 210 de la Ley Orgánica no existe ni puede existir finalidad alguna distinta a la prevista en la Ley que se reduce a la **mutación del título preexistente** a la categoría de los títu-

los establecidos por la Ley, agotándose el procedimiento con su emisión.

No se trata de una creación u otorgamiento *ex novo* del derecho a ejercer actividades de telecomunicaciones pues **ya no existe reserva** de la misma al Estado, habiendo además **desaparecido las concesiones** para el ejercicio de la actividad; ni tampoco se trata del levantamiento de los obstáculos existentes para el ejercicio de un derecho preexistente en relación con esas actividades, pues se reconoce su existencia, por lo que no se trata del otorgamiento de habilitaciones *ex novo*.

En este caso, de lo que se trata es de actos administrativos de **rati-ficación y reconocimiento de un derecho preexistente**, es decir, que ya existe para ejecutar actividades de telecomunicaciones; **derecho que se encuentra perfeccionado con anterioridad**, precisamente en virtud de un permiso o concesión otorgado conforme a la legislación aplicable antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica. Por ello, los actos administrativos de transformación de los títulos habidos bajo la vigencia de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no podían modificar o alterar los derechos inherentes a los títulos a transformarse, debiendo mantenerse y respetarse las condiciones preexistentes, salvo lo relativo a la renovación respecto de la cual se aplicaría la nueva Ley Orgánica (artículo 210, 4 de la Ley).

Como ya ha quedado asentado, los actos administrativos de transformación de los títulos habidos bajo el régimen de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, **debían reconocer el derecho de preferencia que estaba expresamente consagrado en el régimen jurídico de las concesiones de telecomunicaciones a transformarse**, y conforme al cual, aquellos concesionarios que al momento del vencimiento de su concesión hubieran dado cumplimiento a la normativa aplicable en materia de telecomunicaciones, tenían un **derecho preferente a que el plazo de su concesión fuera extendido por 20 años más** (artículo 3 del Decreto n° 1.577).

El derecho de preferencia a la extensión del plazo era un derecho adquirido por los concesionarios, que como tal no podía ser desconocido por la Administración al momento de ejecutarse la transformación ordenada por la Ley.

En este sentido, las concesiones (y habilitaciones administrativas asociadas a aquéllas) que resultasen del procedimiento administrativo de transformación de los viejos títulos habilitadores de los operadores de televisión y radiodifusión abierta, **necesariamente tenían que incorporar el derecho de preferencia que tenían conforme al régimen anterior**; derecho que podían ejercer una vez vencido el plazo de las concesiones (27 de abril de 2007), siempre y cuando durante su desempeño como concesionarios hubieran dado cumplimiento a la normativa sobre telecomunicaciones.

Este régimen del **derecho preferente a la extensión** del lapso de duración de las concesiones se había establecido inicialmente en el Reglamento sobre Concesiones para Televisión y Radiodifusoras (Decreto nº 1.983 de 28-12-1976, G.O. nº 31.142 de 30-12-1976), mediante el cual se había establecido un lapso de duración de 12 años; lapso que se extendió a 20 años precisamente en el ates mencionado Decreto nº 1577 de 27 de mayo de 1987, que sustituyó al anterior, y que también estableció que los concesionarios **“tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de 20 años”**, al finalizar la concesión (artículo 3). En consecuencia, las concesiones regularizadas mediante el Decreto nº 1577, y cuyo lapso de duración venció el 27 de mayo de 2007, incluso al ser transformadas en habilitaciones administrativas, llevaron incorporadas el derecho preferente a su extensión por otro período de 20 años a partir del 27 de mayo de 2007, es decir, hasta el 27 de mayo de 2027.

3. *Los elementos formales de los actos de transformación*

En cuanto a los aspectos formales que debían llenar esos actos de transformación, tomando en consideración que conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tanto para el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, como para la prestación de servicios de telecomunicaciones, se requiere ser titular de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria (artículos 5 y 7), el producto de la transformación debía necesariamente consistir en la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico para la frecuencia en uso y las habilitaciones administrativa asociadas a ésta, necesarias para la explotación del servicio de telecomunicaciones de televisión abierta de que se tratase (artículo 110).

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que a pesar de que en el caso de televisión abierta se indica que las habilitaciones administrativas son asociadas a la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, en realidad y en la práctica es al contrario y no por ello pierden su carácter de títulos para el establecimiento y explotación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones (artículo 16 de la Ley y 2 del Reglamento); ya que son sus atributos los que definen las actividades y servicios concretos que pueden prestarse al amparo de las mismas.

En este orden de ideas, las habilitaciones administrativas asociadas a concesiones no deben, por ello, dejar de cumplir con los extremos establecidos en la Ley, en el Reglamento sobre las Condiciones Generales de Radio y Televisión y en la Providencia sobre Concesiones y Habilitaciones, a saber:

Llenar los requisitos que debe contener todo acto administrativo, conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos;

Especificar el tipo de habilitación administrativa de que se trate y los atributos que confiere, tomando en cuenta la tipología establecida por los artículos 3 y 6 del Reglamento de Radio y Televisión;

-Determinar las características de las redes y de los servicios; su zona de cobertura, así como las modalidades de acceso a ellos y distribución de los porcentajes de cobertura mínima uniforme dentro de la zona que le corresponda, si fuere el caso de conformidad con la reglamentación respectiva;

-Establecer el tiempo o plazo durante el cual se otorga;

-Remitir expresamente a las Condiciones Generales de las habilitaciones administrativas establecidas por CONATEL.

Por su parte, la concesión resultante, siendo un acto administrativo mediante el cual se debía recoger el otorgamiento de la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico (artículo 73 de la Ley), también debe cumplir con los extremos legalmente establecidos, y suscribirse el correspondiente contrato.

V. EL RÉGIMEN DE LA EXTENSIÓN Y DE LA RENOVACIÓN DE LAS CONCESIONES

1. *La extensión de las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico transformadas conforme a la nueva Ley Orgánica de 2000.*

Como se ha indicado anteriormente, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 3º del Decreto nº 1577 de 1987, las transformaciones ordenadas por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de las antiguas concesiones en las habilitaciones administrativas y concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico para televisión abierta reguladas en la Ley, debían reconocer e incorporar el derecho preferente de los concesionarios anteriores a que al vencimiento del plazo establecido en el mencionado Decreto, el 27 de mayo de 2007, aquellas se extendieran por otro período de 20 años.

En este orden de ideas, los interesados en hacer valer ese derecho debían dirigirse a la autoridad competente, esto es, el Ministro para el Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el cual tiene la potestad para el otorgamiento inicial de los actos de cuya extensión se trataba, a fin de solicitar formalmente su aplicación; aún cuando a tenor de lo preceptuado en el artículo 89 del Reglamento parcial de la Ley sobre Habilitaciones y Concesiones, la presentación debía cursarse ante CONATEL.

En cuanto a la oportunidad y formalidades inherentes a dicha solicitud, debían seguirse las directrices establecidas por CONATEL de acuerdo con la potestad que le corresponde para disponer los procedimientos inherentes a las solicitudes y recaudos que deben acompañarse a las mismas, cuando se presentan ante dicha entidad. Sin embargo, ante la ausencia de previsiones al respecto, la solicitud debía formularse en los términos establecidos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

En este sentido, expuestos los hechos, razones, fundamentos y pedimentos correspondientes, el solicitante podía aportar o producir en su beneficio todas aquellas actuaciones de las cuales se desprendera el cumplimiento de los extremos establecidos para la operatividad del supuesto de hecho previsto en la norma que consagra el derecho de extensión, esto es, el “cumplimiento de las disposiciones legales establecidas en la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento

de Radiodifusión y demás disposiciones legales" (artículo 3, Decreto nº 1.577), a los efectos de que el derecho preferente a la extensión se trasladarse a las habilitaciones administrativas y concesiones resultantes del procedimiento de transformación.

Y es que para la operatividad del derecho a extensión del plazo de la concesión (y habilitación administrativa asociada a esta) por otro período de 20 años, únicamente correspondía a la Administración comprobar el cumplimiento de los extremos condicionantes de su procedencia, a saber, como se indicó, el cumplimiento de las disposiciones legales establecidas por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales; es decir, de la normativa en materia de telecomunicaciones vigente durante el plazo original de duración de la concesión habida conforme al régimen anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Así, el procedimiento administrativo correspondiente debía sustanciarse a efectos de la demostración de los supuestos de procedencia, siendo innegable la operatividad automática de la extensión del plazo en caso de que no se demostrara la existencia de incumplimientos previamente declarados.

2. *La renovación de las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico previstas en la nueva Ley Orgánica de 2000*

A. *El régimen de las renovaciones*

Por otra parte, debe señalarse que los titulares de habilitaciones administrativas y concesiones habidas como producto de la transformación de sus títulos obtenidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, además del antes mencionado derecho preferente a la extensión del lapso de los títulos, una vez efectuada la transformación, tienen el derecho a la renovación de los mismos, en los términos establecidos en la nueva Ley Orgánica.

Esta renovación es una figura diferente a la extensión, y como tal, su operación procede únicamente, en primer lugar, luego de que se produzca el agotamiento de esta última (de la extensión); en segundo lugar, en caso de que la misma hubiera sido negada o desconocida; y

en tercer lugar, en caso de que su titular hubiera renunciado a ejercer el derecho de preferencia que tenía a hacer valer la extensión.

En este orden de ideas, la renovación de esas habilitaciones administrativas y de las concesiones asociadas a aquellas resultantes del proceso de transformación, se rigen por lo dispuesto al respecto en las distintas normas previstas en la Ley, el Reglamento sobre Habilitaciones y Concesiones y la Providencia Administrativa sobre las Condiciones Generales de las Habilitaciones.

El conocimiento y la resolución de la solicitud de renovación tanto de la habilitación administrativa para televisión abierta como de la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico, corresponde al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, ya que siendo de la competencia de ese Ministro el otorgamiento inicial de las habilitaciones administrativas y concesiones para televisión abierta (artículos 104 de la Ley y 3 del Reglamento), se entiende que la renovación de tales títulos corresponde igualmente a esa autoridad. Por el contrario, la solicitud de renovación de las habilitaciones administrativas especiales asociadas a la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico que hubiera, deben ser resueltas por la autoridad competente para dictarlas, esto es, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

En todo caso, a tenor de lo previsto en el artículo 82 del Reglamento de la Ley sobre Radiodifusión y Televisión, conforme al cual la presentación de solicitudes, recaudos y demás trámites relacionados con las decisiones de la competencia del Ministro, deben efectuarse por ante la CONATEL, las peticiones y solicitudes de renovación de habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico para televisión abierta también tienen que presentarse ante CONATEL, atendiendo a la forma que al respecto indique ese organismo, de ser el caso, de acuerdo con el artículo 79 de ese mismo texto reglamentario.

En cuanto a los parámetros y pasos a seguir a efectos de la renovación tanto de las habilitaciones administrativas como de las concesiones sobre el espectro radioeléctrico, los mismos derivan de diversas normas establecidas tanto en la Ley como en su Reglamento y la Providencia Administrativa sobre Condiciones Generales, en la forma siguiente:

El artículo 21 de la Ley Orgánica, al regular las habilitaciones administrativas, se refiere a su renovación, indicando que:

“La duración de las habilitaciones administrativas no podrá exceder de 25 años; pudiendo ser renovada por iguales períodos siempre que su titular haya cumplido con las disposiciones previstas en esta Ley, en sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en la habilitación respectiva”.

En lo atinente a las concesiones, el artículo 73 únicamente se refiere a las mismas y contempla su renovación, sin indicar plazo alguno al respecto, estableciendo a la letra lo siguiente:

“La concesión de uso del espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral mediante el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), otorga o renueva, por tiempo limitado, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley. Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las relaciones derivadas de una concesión se regularán en el respectivo contrato de concesión” (omissis).

Por otra parte, el Reglamento sobre Habilitaciones y Concesiones también se refiere a la renovación de las habilitaciones y concesiones, destacando los artículos 5, 30 y 80 que disponen al respecto lo siguiente:

“Artículo 5: Las habilitaciones administrativas serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco años, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pudiendo ser renovadas por iguales períodos, en los términos establecidos en el presente Reglamento. Los atributos contenidos en una habilitación administrativa determinada sólo podrán prestarse o explotarse durante la vigencia de la habilitación administrativa que los contenga, con independencia del tiempo en el cual fueron incorporados a la misma.

Artículo 30. Las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del presente Reglamento, serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco años.

Artículo 80: La renovación de las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico o de las habilitaciones administrativas otorgadas de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se regirá por las siguientes disposiciones:

1. Las habilitaciones administrativas otorgadas para la instalación y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones que no requieran la utilización de porciones de espectro radioeléctrico **podrán ser renovadas** mediante solicitud introducida con por lo menos noventa días continuos de anticipación a la fecha de su vencimiento, so pena de requerirse la iniciación de un nuevo procedimiento destinado a la obtención de una nueva habilitación administrativa.
2. Las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico otorgadas por el Ministro de Infraestructura o la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según el caso, **podrán ser renovadas** mediante solicitud introducida por el titular con por lo menos noventa días continuos de anticipación a la fecha de su vencimiento, so pena de requerirse la iniciación de un procedimiento constitutivo para la obtención de una nueva concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico. **A los fines de la renovación se tendrá en cuenta el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión respectiva”.**

Finalmente, la Providencia sobre Radiodifusión y Televisión Abierta se refiere a la renovación de las habilitaciones administrativas en su artículo 9 que establece:

“Las Habilitaciones de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta podrán ser otorgadas **por períodos de hasta veinticinco (25) años**, pudiendo ser **renovadas por iguales períodos** siempre que su titular haya dado cabal cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos, las presentes Condiciones Generales, demás normas aplicables y los títulos correspondientes.

A tales efectos, la solicitud de renovación deberá ser realizada con al menos noventa (90) días continuos de antelación a la fecha del vencimiento de la Habilitación de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta, so pena de requerirse la iniciación de un nuevo procedimiento para la obtención de una nueva habilitación administrativa, en virtud de la expiración del tiempo de duración del título. El órgano competente deberá

decidir lo conducente dentro de los noventa (90) días continuos siguientes a la presentación de la solicitud”.

De la normativa transcrita se deriva el procedimiento y los parámetros establecidos para la renovación de las habilitaciones administrativas y de las concesiones para televisión abierta; a cuyo efecto, los interesados en renovar sus habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico para continuar sus operaciones de televisión abierta deben realizar la solicitud conducente con 90 días continuos de antelación a la fecha del vencimiento de las mismas, por lo menos.

Por otra parte, si bien no está señalado expresamente por disposición alguna, los interesados tienen la posibilidad de producir en su beneficio cualquier evidencia tendiente a demostrar el cumplimiento de las obligaciones derivadas tanto de la respectiva concesión como de las disposiciones previstas en la Ley, en sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas por CONATEL y en las habilitaciones respectivas, ya que de acuerdo con la normativa reguladora, la autoridad competente habría de tomar en consideración estas circunstancias al determinar la procedencia de la renovación.

En relación con el plazo para la resolución de la petición de renovación únicamente aparece regulado el que atañe a las habilitaciones administrativas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Providencia Administrativa sobre Habilitaciones y Concesiones.

Ahora bien, en el caso de las habilitaciones administrativas y concesiones sobre el espectro radioeléctrico para televisión abierta, tanto la Ley como el Reglamento y la Providencia Administrativa se refieren a su otorgamiento conjunto, lo cual permite aplicar la normativa citada a ambas figuras, en virtud del carácter asociado de los títulos en estos casos.

En efecto, la Ley establece de manera expresa que el otorgamiento de una concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico debe venir acompañado de la correspondiente habilitación administrativa asociada a aquélla (artículo 110).

Por su parte, el Reglamento dispone que las concesiones de radiodifusión serán otorgadas sobre las porciones de espectro radioeléctrico necesarias para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión

abierta (artículo 29), relacionando este tipo de concesiones (las de radiodifusión) a la prestación de servicios propios de una habilitación administrativa para radiodifusión sonora y televisión abierta. Así mismo, el artículo 68 de ese instrumento reglamentario prevé el otorgamiento conjunto de las concesiones de uso y explotación de espectro radioeléctrico y de las habilitaciones administrativas asociada a la misma.

De manera similar, la Providencia sobre Condiciones Generales al referirse al otorgamiento de concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico dentro del ámbito de su regulación, también establece el otorgamiento conjunto de las concesiones de radiodifusión y de las habilitaciones administrativas de radiodifusión sonora y televisión abierta asociadas a aquéllas (artículo 16).

En este orden de ideas, el plazo para la tramitación y decisión de la solicitud de renovación es de 90 días continuos siguientes a la presentación de la solicitud respectiva.

En la Ley no se establece expresamente el efecto que puede tener el silencio de la Administración respecto del pronunciamiento debido. Sin embargo, a tenor de la norma contenida en el artículo 204 de la Ley, son aplicables supletoriamente las disposiciones relativas a procedimientos administrativos contenidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), con lo cual, sin menoscabo de la obligación de emitir su decisión, el silencio de la Administración habría de entenderse como una negación de la petición realizada (artículo 4 LOPA).

Por otra parte, la normativa existente sobre la materia no regula la modalidad o contenido de los actos de renovación. En tal sentido, si bien la decisión que se debe producir podría reenviar sus especificaciones a los actos anteriores mediante los cuales se hubieran otorgado *ab initio* tanto las habilitaciones administrativas como las concesiones respectivas que estarían siendo objeto de renovación, sin embargo, tratándose de actos administrativos, necesariamente deben llenar los extremos a que se contrae el artículo 18 de la LOPA.

En particular, los actos de renovación, además de contener la decisión al respecto, indicar a su emisor (con indicación del carácter con que actúa) y destinatario, lugar y fecha, y estar debidamente firma-

dos, deben ser motivados, expresando de manera sucinta los hechos y las razones alegadas así como los fundamentos legales pertinentes.

En sentido similar, los actos administrativos de renovación deben ser legalmente notificados a sus destinatarios, cumpliendo las notificaciones que se practiquen con los requisitos establecidos por el artículo 73 de esa misma ley, so pena de no producir ningún efecto. En este orden de ideas, las notificaciones deben estar dirigidas a los interesados, entregadas en el domicilio o residencia del mismo con recibo firmado, contener el texto íntegro del acto e indicar, si fuera el caso, los recursos que proceden con los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deberían interponerse.

Debe tenerse en consideración que la renovación de las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico en principio no supone una modificación de los parámetros de los actos inicialmente otorgados y en todo caso, por virtud de la ley, debe ser por igual término al de los actos anteriores.

En efecto, como se desprende de las normas citadas anteriormente referidas a la renovación de las habilitaciones administrativas, **la renovación procede por igual tiempo** al de la habilitación administrativa objeto de la misma, debiendo entenderse que el mismo parámetro ha de aplicarse respecto de las concesiones de uso sobre el espectro radioeléctrico, habida cuenta de que aquéllas son asociadas a éstas.

B. El carácter reglado, no discrecional, de la determinación del lapso de renovación de los títulos

Dado el régimen de libertad económica de las actividades de telecomunicaciones que ha resultado del proceso de liberalización de las mismas consagrado en la ley Orgánica, puede decirse que como cuestión de principio y consecuencia lógica del **carácter reglado del otorgamiento de las habilitaciones y concesiones**, el proceso de **renovación de los títulos también debe considerarse como una actividad reglada**, pues el titular de las mismas tiene derecho a realizar la actividad económica que comporta y por tanto, tiene **derecho a la renovación** siempre que acredite el cabal cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas por la Comi-

sión Nacional de Telecomunicaciones y en la habilitación y concesión respectiva.

Como cuestión de principio, por tanto, tanto en el caso de la renovación de los títulos, como en caso de su otorgamiento inicial, no se está en presencia de una actividad discrecional de la Administración, sino de una actividad reglada, dada la liberalización del régimen de las telecomunicaciones.

Esto implica, por tanto, que acreditado el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la actividad autorizada y al uso del espectro radioeléctrico concedido, la renovación debe ser automática, teniendo el titular de la habilitación y concesión derecho a que esa renovación se otorgue **“por iguales períodos”**, se entiende, a los que tenía la habilitación y la concesión cuya renovación se está solicitando.

El lapso de vigencia de las habilitaciones y concesiones de acuerdo con la Ley Orgánica, **no es un período fijo**, como fue la práctica administrativa y reglamentaria antes de la entrada en vigencia de esa Ley, conforme a la cual el lapso de duración era de 20 años. En efecto, conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica, a los artículos 5 y 30 del Reglamento sobre Habilitaciones y Concesiones y al artículo 9 de la Providencia sobre Radiodifusión y Televisión Abierta, ahora se trata de un lapso que puede ser variable **hasta de veinticinco (25) años**.

Este lapso o periodo de las habilitaciones y concesiones, en todo caso, no es un lapso de fijación discrecional por parte la Administración, sino que además de responder a los principios de transparencia e igualdad, tiene que fijarse conforme a las reglas técnicas y, en particular, de la lógica y razonabilidad, de acuerdo con la actividad que se va a realizar y a las inversiones que suponen en el tiempo para su prestación eficiente.

La limitación temporal fijada por el legislador está referida a la máxima extensión del lapso inicial de los títulos, que no puede ser superior a 25 años, por lo que una vez fijado el lapso en la habilitación y concesión iniciales, a su vencimiento, la renovación legal tiene que ser **por periodos iguales**, en el sentido de que la Administración no es libre de reducir el lapso inicial al momento de la renovación de la habilitación y concesión.

C. *Las dudas sobre el carácter discrecional de la renovación de los títulos y la distinción entre Administración reglada y Poder discrecional*

Debe señalarse, en todo caso, que la redacción del artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a pesar del espíritu reglado de sus disposiciones, sin duda podría dar lugar a discusiones sobre el tema de la discrecionalidad, al utilizar el verbo "poder" ("pudiendo") cuando regula la renovación de las habilitaciones administrativas y disponer que "la duración de las habilitaciones administrativas no podrá exceder de 25 años; **pudiendo ser renovada** por iguales períodos siempre que su titular haya cumplido con las disposiciones".

Esta redacción, mediante el uso del verbo "poder", en efecto, podría plantear dudas sobre si la Ley buscó otorgar algún poder discrecional a la Administración, no para fijar o determinar el lapso de renovación que siempre es fijo ("por iguales períodos" que los que existían en la habilitación anterior), sino para adoptar la decisión misma de renovar la habilitación y la concesión a la cual aquélla se encuentra asociada.

En efecto, es bien sabido que el Legislador otorga con frecuencia a la Administración **poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones**, dando origen a la llamada actividad discrecional, como usualmente sucede en aquellos casos en los cuales al facultar a la Administración para obrar, utiliza el verbo "poder" en el sentido de **facultad**. Tal como lo indicó la antigua Corte Federal en sentencia de 6 de noviembre de 1958, ello "indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública" pues "poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho -no el deber ni la obligación-, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" (*Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 22, Caracas 1958, p. 133).

Ello ha sido, precisamente, lo que ha dado origen a la distinción clásica respecto de la actividad administrativa, entre la **administración reglada** y el **poder discrecional**; distinción a la cual se refirió

también hace varias décadas la misma antigua Corte Federal, al expresar que:

“Los actos administrativos son de dos categorías: los *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y los *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley” (sentencia de 17-07-1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 1, Caracas 1953, p. 151).

En este sentido, en otra sentencia la misma antigua Corte Federal estableció la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos, indicando que estriba:

“[...] en que en los *reglados* la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los *discrecionales*, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*”(sentencia de 26-11-1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 26, Caracas 1959, p. 125).

En todo caso, esta posibilidad de emitir actos discrecionales sólo puede ser autorizada expresamente por la Ley, y ello, en general, como lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, ocurre cuando:

“[...] al sancionar[se] una ley, el estado de cosas regulado no llegue a ser previsto en todas las particularidades relevantes para su decisión, dado que la riqueza y multiformidad de la vida impiden que las normas generales puedan regular, en forma completa y justa, todos los casos que se planteen. Por ello, el legislador confía a las autoridades administrativas la facultad de encontrar la decisión concreta, mediante la consideración de las circunstancias del caso especial, potestad esta que se atribu-

ye para determinados casos, conforme al establecimiento de un fin de regulación definido y de acuerdo a límites generales de discrecionalidad administrativa, los cuales suelen estar fijados en la misma norma que habilita para actuar discrecionalmente (sentencia n° 825 de 06-05-2004, en *Revista de Derecho Público*, n° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 187).

El poder discrecional, en consecuencia, siempre se otorga en la ley cuando la autoridad administrativa tiene la potestad de elegir entre varias decisiones conforme a su libre apreciación de las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad; poder que en ningún caso puede ser arbitrario.

En el caso del mencionado artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, puede decirse que dicha norma, a pesar de que usa el verbo "poder", en realidad **no otorga a la Administración la posibilidad de elegir entre varias decisiones**, que serían todas justas, pues en este caso en realidad hay **una sola decisión justa**, y es que si el solicitante ha cumplido con los requisitos y condiciones legales, tiene derecho a que se le otorgue la renovación de su habilitación, en los mismos términos que tuvo derecho a que se lo otorgase inicialmente la habilitación si cumplía con dichas condiciones y requisitos.

D. *Los límites al poder discrecional en el supuesto negado de que la renovación de las habilitaciones administrativas fuera discrecional*

En el supuesto negado de que se pudiera llegar a considerar que por el uso del verbo "poder" en el artículo 21 de la Ley Orgánica, la renovación de las habilitaciones administrativas podría quedar a juicio de la Administración, sin embargo, ello estaría enmarcado dentro de precisos límites, pues como lo indicó la antigua Corte Federal en los años cincuenta, ello no podría implicar "arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin" (*Gaceta Forense*, n° 11, Caracas, 1956, pp. 27-30), y además, "consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" (*Gaceta Forense*, n° 22, Caracas, 1958, pp. 133-134).

Desde estas decisiones, la jurisprudencia contencioso administrativa fue construyendo progresivamente las bases para el control judicial del ejercicio del poder discrecional, fundamentándose en los principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria); el principio de la *proporcionalidad* (la decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar la adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada), y el principio de la *buena fe* (la decisión adoptada no puede falsear la verdad).

En particular, la razonabilidad se ha configurado en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad administrativa (en lugar de "*bonus pater familiae*" el "*bonus magistratus*") y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde; de manera que la actuación irrazonable, por tanto, es arbitraria y puede ser controlada judicialmente; sea por la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria).

Estos límites a la discrecionalidad, además, han encontrado consagración legal en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, al disponer en el artículo 12, que:

"Aún 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".

Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha establecido que:

“[La] discrecionalidad no implica una licencia o posibilidad de actuar arbitrariamente para la Administración, la cual está obligada, de conformidad con lo establecido en los artículos 141 de la Constitución vigente, 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establecen como límites de la discrecionalidad administrativa los principios de racionalidad, proporcionalidad e igualdad en la decisión o medida adoptada, a adecuar la conducta que despliegue a los objetivos que le impone el marco normativo que da cobertura a su actuación” (sentencia n° 825 de 06-05-2004 en *Revista de Derecho Público*, n° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 187).

De lo anterior resulta que el primer límite a la discrecionalidad es la **proporcionalidad**, en el sentido de que “el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo... marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)” (sentencia de la antigua Corte Federal de 24-02-1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, n° 11, Caracas 1956, p. 28). Como lo precisó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo:

“[...] cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto” (sentencia de 21-03-1984, en *Revista de Derecho Público*, N° 18, Caracas, 1984, p. 172).

El otro importante límite al poder discrecional es el derivado del principio de la **racionalidad o razonabilidad**, en el sentido de que la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, debe siempre ejercerse racionalmente, lo que impone a la Administración una actuación lógica y congruente, adoptada con la técnica necesaria, es decir, fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria.

Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, conforme al principio de la **justicia**, las decisiones

discrecionales tienen que ser “justas e imparciales” (sentencia de la antigua Corte Federal de 06-11-1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 22, 1958, p. 132), pues la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia” (sentencia de la antigua Corte Federal de 24-02-1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 11, 1956, p. 28), de manera que la potestad discrecional del funcionario administrativo, “no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad” (sentencia de la antigua Corte Federal de 09-08-1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, nº 17, 1957, p. 135), ni crear situaciones manifiestamente injustas.

SÉPTIMA PARTE
RÉGIMEN MUNICIPAL

§ 17. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RÉGIMEN LOCAL CONFORME A LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL DE 2005*

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución (C.), las actuaciones de los municipios en el ámbito de sus competencias se deben cumplir incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley. Para ello, por supuesto, como antes hemos señalado, el municipio tendía que estar cerca del ciudadano⁵⁴¹, pues de lo contrario, resulta muy difícil implementarla.

* Texto preparado para el **Primer Foro sobre la Ley Orgánica del Poder Público Municipal**, Asociación Civil para la Formación y Estudio FORMES y Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, Porlamar, Edo. Nueva Esparta, 2005.

541 *Cfr.* en general, sobre la participación ciudadana a nivel local, Ana P. Deniz, "La participación ciudadana en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, n° 7, Caracas, Editorial Sherwood, 2003, pp. 115-124; Manuel Feo La Cruz, "La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos", *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. I, Madrid, Universidad central de Venezuela y Thompson-Civitas Ediciones, 2003, pp. 415-429; Yusby S. Méndez-Apolinar, "La obligación ciudadana de participar en los asuntos públicos, como expresión de la cultura democrática", *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. I., *cit.*, pp. 431-437; María A. Grau, "Participación ciudadana en la actividad normativa de la Administración", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 797-814; Fernando Flores Jiménez, "La participación ciudadana en la Constitución venezolana de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, n° 5 Caracas, Editorial Sherwood, 2001, pp. 75-88; Carlos

En todo caso, el artículo 253 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)⁵⁴² también indica que la participación protagónica del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública municipal es el medio necesario para garantizar su completo desarrollo tanto individual como colectivo, dentro del municipio; estableciendo la obligación de las autoridades municipales deberán promover y garantizar la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la gestión pública y facilitar las formas, medios y procedimientos para que los derechos de participación se materialicen de manera efectiva, suficiente y oportuna.

Por ello, en cuanto a la participación ciudadana, la Ley Orgánica la ha regulado, en primer lugar, como un “propósito” o política general de la actuación municipal; y en segundo lugar, mediante el establecimiento de mecanismos específicos para asegurar dicha participación.

I LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO POLÍTICA GENERAL DE LA ACTUACIÓN MUNICIPAL

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en efecto, en primer lugar contiene innumerables declaraciones de propósito o de política general sobre la misma, entre las cuales se destacan las siguientes:

La definición del municipio como unidad política primaria en la organización nacional “para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local” (Art. 1); la exigencia de que en el ejercicio de su autonomía, el municipio debe impulsar y promover la participación ciudadana, en el ejercicio de sus actuaciones (Art. 4,9); la indicación de que los municipios en sus actuaciones, deben incorporar la participación ciudadana de ma-

E. Mouriño V., “Participación ciudadana”, *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 1-38; José Mendoza Angulo, “Democracia, descentralización y participación ciudadana”, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 121-144.

542 *Gaceta Oficial* n° 38.204 del 8 de junio de 2005. Véanse los comentarios de Allan R. Brewer-Carías, Fortunato González, José Ignacio Hernández, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005

nera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados (Art. 2); y la declaración de que el municipio y las demás entidades locales conforman espacios primarios para la participación ciudadana en la planificación, diseño, ejecución, control y evaluación de la gestión pública; a cuyo efecto, los órganos del municipio y demás entes locales, deben crear los mecanismos para garantizar la participación de las comunidades y grupos sociales organizados en su ejercicio de acuerdo a la ley (Art. 7).

La indicación de que las parroquias y las otras entidades locales dentro del territorio municipal, son demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales (Art. 30); razón por la cual . Por ello, la parroquia tiene atribuida facultad expresa para servir como centro de información, producción y promoción de procesos participativos, para la identificación de prioridades presupuestarias; y para promover los principios de corresponsabilidad, protagonismo y participación ciudadana en la gestión pública municipal (Art. 37)

La indicación de que los estatutos de las mancomunidades deben establecer de manera precisa los mecanismos de participación de la ciudadanía, con mención de la rendición de cuentas a la población de los municipios mancomunados (Art. 43).

La exigencia de que en los municipios indígenas, la administración municipal debe garantizar la participación protagónica en el marco de su desarrollo socio cultural (Art. 50), a cuyo efecto, los municipios con población predominantemente indígena deben determinar sus medios de participación en conformidad con su especificidad cultural; agregando que los municipios donde existan comunidades indígenas, deben respetarse sus valores, identidad étnica y sus tradiciones en lo referente a la participación de la comunidad en las decisiones de interés colectivo (Art. 279).

Las obligaciones de los municipios de promover de la participación ciudadana en las diversas áreas de competencias municipales (Art. 56); de promover la constitución de empresas autogestionarias y cogestionarias, para facilitar la participación de los trabajadores y de las comunidades y garantizar la participación ciudadana en la gestión municipal (Art. 70); de establecer en los procesos de desconcentra-

ción, formas efectivas de participación ciudadana (Art. 71); de crear y mantener programas de formación ciudadana dirigidos a fortalecer las capacidades de los integrantes de las comunidades e incorporar a los ciudadanos y ciudadanas y a otras organizaciones de la sociedad que manifiesten su deseo de participar en dichos programas (Art. 256); y además, de favorecer la constitución y desarrollo de las diversas formas de organización de la sociedad, destinadas a la defensa de los intereses colectivos; de facilitar a dichas organizaciones, la información sobre la gestión pública local y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el beneficio de subsidios o aportes para la realización de sus fines; de promover, facilitar y proveer la formación ciudadana a través de programas diseñados a tal fin (Art. 260).

Las obligaciones de los órganos del poder público municipal, en el ejercicio de sus funciones (ejecutiva, deliberante, control fiscal, de planificación), deben incorporar la participación ciudadana en el proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, para lo cual deberán crear los mecanismos que la garanticen (Art. 75); de los alcaldes, de promover la participación ciudadana y la educación para la participación (Art. 88); y de los concejos municipales de promover los mecanismos que legalmente le estén conferidos y que contribuyan a garantizar en forma eficiente, suficiente y oportuna la participación ciudadana en el proceso de formación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública municipal (Art. 95).

La indicación, entre los principios que rigen respecto de la administración pública municipal, de la necesidad de alcanzar mayores niveles de desempeño, atención y participación de los ciudadanos en la gestión, racionalidad de costos y continuidad en el ejercicio de la función pública (Art. 76).

II LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO DERECHO

Además, la Ley Orgánica establece directamente algunos derechos de participación, como los siguientes:

En la elaboración del proyecto de Ley de creación de un Distrito metropolitano se debe hacer con la efectiva participación ciudadana (Art. 22).

Los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones participarán en la formación, instrumentación y evaluación del Plan municipal de desarrollo (Art. 49).

En particular, conforme al artículo 278 LOPPM, se establece el derecho y deber de los ciudadanos de la parroquia de:

- “1. Participar con la junta parroquial en la gestión y fiscalización del mantenimiento y conservación de las plazas, parques, vías públicas y aceras, instalaciones deportivas y recreacionales, asistenciales y cualesquiera otras instalaciones municipales ubicadas en la jurisdicción de la parroquia.
2. Acompañar a la junta parroquial en la promoción y gestión ante las direcciones de la alcaldía, de todo tipo de actividades culturales, recreacionales, deportivas, turísticas, de saneamiento y limpieza ambiental.
3. Participar con las juntas parroquiales en la promoción y en la fiscalización de la ejecución de obras y servicios públicos municipales en sus respectivas jurisdicciones, y solicitar toda la información sobre las obras públicas para proponer reformas y mejoras en la ejecución de dichas obras.
4. Informar a las juntas parroquiales las deficiencias en la prestación de los servicios públicos para la gestión de reclamos ante las autoridades municipales de su jurisdicción.
5. Pedir toda la información necesaria para la organización y formación de las asociaciones vecinales y otras organizaciones comunitarias.
6. Otros derechos y deberes que, de su condición de vecinos residentes, se desprendan”.

Por otra parte, el artículo 258 LOPPM dispone que los ciudadanos tienen derecho a requerir y utilizar los servicios públicos locales y a participar en la formación de los planes y proyectos para su dotación, ejecución, gestión y evaluación; e igualmente, de forma organizada, tienen derecho a la gestión de los servicios públicos conforme a la legislación vigente respectiva. En todo caso, asimismo, están obligados a contribuir al mantenimiento, preservación y mejora de la calidad de los mismos.

Se establece, además, en la Ley Orgánica (Art. 254), el derecho de los ciudadanos a obtener información general y específica sobre las políticas, planes, decisiones, actuaciones, presupuesto, proyectos y cualesquiera otras del ámbito de la actividad pública municipal. Asimismo, el derecho de poder acceder a archivos y registros administrativos, en los términos de la legislación nacional aplicable. Igualmente, tienen derecho a formular peticiones y propuestas; y a recibir oportuna y adecuada respuesta; a la asistencia y apoyo de las autoridades municipales en sus actividades para la capacitación, formación y educación a los fines del desarrollo y consolidación de la cultura de participación democrática y protagónica en los asuntos públicos, sin más limitaciones que las dictadas por el interés público y la salvaguarda del patrimonio público

A los efectos de la Ley Orgánica, el artículo 255 establece que los derechos de participación en la gestión local se ejercen mediante actuaciones de los ciudadanos, y de la sociedad organizada, a través de sus distintas expresiones, entre otras:

- “1. Obteniendo información del programa de gobierno del alcalde o alcaldesa, del Plan municipal de Desarrollo, de los mecanismos para la elaboración y discusión de las ordenanzas, y, en especial, de la formulación y ejecución del presupuesto local; de la aprobación y ejecución de obras y servicios, de los contenidos del informe de gestión y de la rendición de cuentas, en términos comprensibles a los ciudadanos y ciudadanas.
2. Presentando y discutiendo propuestas comunitarias prioritarias en la elaboración del presupuesto de inversión de obras y servicios, a cuyo efecto el gobierno municipal establecerá mecanismos suficientes y oportunos.
3. Participando en la toma de decisiones, a cuyo efecto las autoridades municipales generarán mecanismos de negociación, espacios de información suficiente y necesaria e instancias de evaluación”.

III. LOS MEDIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En cuanto a los medios de participación ciudadana (o del pueblo en ejercicio de su soberanía), de acuerdo con el artículo 260 LOPPM, son aquellos a través de los cuales los ciudadanos pueden, en forma individual o colectiva, manifestar su aprobación, rechazo, observa-

ciones, propuestas, iniciativas, quejas, denuncias y, en general, para expresar su voluntad respecto a asuntos de interés colectivo. Dichos medios de participación son, entre otros, los siguientes: los cabildos abiertos; las asambleas ciudadanas; las consultas públicas; la iniciativa popular; el presupuesto participativo; el control social; los referendos; la iniciativa legislativa; los medios de comunicación social alternativos; las instancias de atención ciudadana; la autogestión; y la cogestión.

El enunciado de estos medios específicos no excluye el reconocimiento y desarrollo de otras formas de participación en la vida política, económica, social y cultural del municipio.

En todo caso, los ciudadanos y sus organizaciones tienen el derecho y el deber de utilizar los medios de participación antes indicados; y los municipios están obligados a legislar acerca de los requisitos exigibles para demostrar el interés legítimo local de aquellos interesados en el ejercicio de alguno de estos medios de participación, sin menoscabo de los derechos y limitaciones que establece la Constitución y la legislación aplicable (Art. 262). En todo caso, los medios de participación deben ser desarrollados de acuerdo a la realidad y condiciones de cada municipio, mediante los instrumentos jurídicos correspondientes para señalar los requisitos, procedimientos, períodos, condiciones y demás elementos que se requieran para hacer efectivo su cumplimiento en el municipio, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la Ley Orgánica y otras normas (Art. 257).

1. *Los concejos parroquiales y comunales*

El artículo 112 LOPPM, al regular a los consejos parroquiales y comunales, los establece como instancias del consejo local de planificación pública que tienen como función, la de servir de centro principal para la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como para viabilizar las ideas y propuestas que la comunidad organizada presente ante el consejo local de planificación pública.

Estas instancias de los consejos locales de planificación en todo caso, deberían generalizarse aún si no están establecidas formalmente las parroquias, incluso en los niveles de las potenciales entidades locales como las urbanizaciones, barrio, aldeas y caseríos.

2. *Los cabildos abiertos*

Los cabildos abiertos se pueden convocar por iniciativa de los concejos municipales, de las juntas parroquiales por acuerdo de la mayoría de sus integrantes; del alcalde y de los ciudadanos de conformidad con lo establecido en la respectiva ordenanza (Art. 263). Se requiere, por tanto, que en las ordenanzas respectivas los concejos municipales regulen la forma de ejercicio de la iniciativa ciudadana para la convocatoria de tales cabildos.

Conforme al artículo 264 LOPPM, las decisiones adoptadas en cabildos abiertos serán válidas con la aprobación de la mayoría de los presentes, siempre y cuando sean sobre asuntos atinentes a su ámbito espacial y sin perjuicio de lo establecido en la legislación respectiva.

3. *Las asambleas de ciudadanos*

Las asambleas de ciudadanos se regulan en el artículo 265 LOPPM como medios de participación en el ámbito local de carácter deliberativo, en la que todos los ciudadanos tienen derecho a participar por sí mismos, y cuyas decisiones serán, como lo indica además la Constitución (Art. 70), de carácter vinculante.

Dispone además el artículo 266 LOPPM, que las asambleas de ciudadanos deberán estar referidas a “las materias que establece la ley correspondiente”, y deben ser convocadas “de manera expresa, anticipada y pública”; repitiendo la norma que si bien sus decisiones tienen carácter vinculante para las autoridades, “deben contribuir a fortalecer la gobernabilidad, impulsar la planificación, la descentralización de servicios y recursos, pero nunca contrarias a la legislación y los fines e intereses de la comunidad y del Estado”.

Agrega, sin embargo, que “todo lo referido a iniciativa, procedimiento, ámbito, materia, validez, efecto vinculante y, comisión de control y seguimiento, será desarrollado por la ley especial que trata la materia”, con lo que, en la práctica, el funcionamiento de las asambleas de ciudadanos, ha quedado supeditado a lo que se regule en una futura legislación que se presume debe ser nacional.

4. *La participación en las sesiones de los concejos*

Dispone el artículo 267 LOPPM que los concejos municipales deben abrir espacios de discusión e intercambios de opiniones a los ciudadanos para considerar materia de interés local. Ello, sin embargo, no significa que en cualquier sesión de un concejo municipal, los ciudadanos o vecinos puedan participar o solicitar un derecho de palabra. Para que pueda ocurrir tal participación ciudadana, es necesario que la misma sea inscrita, por supuesto, con anterioridad a la sesión respectiva del concejo, en el orden del día, a los efectos de que en dicha sesión el público asistente pueda formular preguntas, emitir opiniones y hacer proposiciones. Los concejos municipales deben dar a los vecinos respuesta oportuna y razones a sus planteamientos y solicitudes.

En todo caso, para la celebración de esta reunión, se debe convocar, entre otras, a las organizaciones vecinales, gremiales, sociales, culturales, educativas y deportivas de la comunidad.

Por otra parte, mediante las ordenanzas correspondientes de los concejos municipales, es que se deben regular, según la especificidad y diversidad municipal, las formas y procedimientos para hacer efectivo el ejercicio de este deber legal. En consecuencia, en esta materia, para hacer efectiva la participación vecinal o ciudadana, también se requiere de una normativa local.

5. *Las consultas populares sobre actos normativos*

El artículo 268 LOPPM, siguiendo la orientación de lo dispuesto en el artículo 211 C., impone a los concejos municipales la obligación de consultar a los ciudadanos y a la sociedad organizada, durante el proceso de discusión y aprobación de los proyectos de ordenanzas, a los fines de promover la incorporación de sus propuestas.

Esta consulta se debe hacer a través de diversas modalidades de participación, que garanticen una consulta abierta a los efectos de aprobar su contenido, todo de acuerdo con lo establecido en su Reglamento Interior y de Debates, y demás normativas relativas a la materia de participación. En consecuencia, también queda supeditada la operatividad de estas consultas a lo que se regule en las ordenanzas. Sin embargo, la norma agrega que “el incumplimiento de este

requisito será causal para la nulidad del respectivo instrumento jurídico”.

Por otra parte, en particular respecto de los actos de efectos generales que afecten el desarrollo urbano y la conservación ambiental del municipio o de la parroquia, el artículo 269 LOPPM impone a las autoridades municipales la obligación de consultarlos entre la organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, previamente a su adopción; de manera que “en caso contrario, estarán viciados de nulidad absoluta”.

6. *El asesoramiento vecinal*

Los concejos municipales deben requerir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 LOPPM y con lo que dispongan los reglamentos, la cooperación vecinal para labores de asesoramiento, en comisiones permanentes del propio concejo municipal; y en comisiones de vecinos encargadas de vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos y cualesquiera otras de la competencia prestacional del municipio.

La operatividad de este medio de participación vecinal, de nuevo, se sujeta a lo que se establezca en “los reglamentos”; sin embargo, como éstos son dictados por e los alcaldes, aquí hay una incongruencia, pues no corresponde al alcalde reglamentar el funcionamiento de las comisiones permanentes de los concejos.

7. *El presupuesto participativo*

De acuerdo con el artículo 271 LOPPM, el presupuesto participativo es el resultado de la utilización de los procesos mediante los cuales los ciudadanos del municipio proponen, deliberan y deciden en la formulación, ejecución, control y evaluación del presupuesto de inversión anual municipal; todo ello con el propósito de materializarlo en proyectos que permitan el desarrollo del municipio, atendiendo a las necesidades y propuestas de las comunidades y sus organizaciones en el consejo local de planificación pública.

Ahora bien, esta conforme a la Ley de los Consejo local de planificación pública⁵⁴³, el presupuesto consolidado de inversión municipal se debe elaborar de acuerdo con las necesidades prioritarias que deben presentar las comunidades organizadas, en concordancia con lo estimado por la alcaldía, en el presupuesto destinado al referido sector. Asimismo, se debe elaborar de acuerdo con los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad que demande el municipio (Art. 12).

A fin de orientar el presupuesto de inversión municipal, el alcalde debe presentar al consejo local de planificación pública y a las comunidades organizadas, en reunión extraordinaria que debe efectuarse con 15 días continuos de antelación a la reunión formal del consejo local de planificación pública, la cifra o monto total de inversión de cada sector, incluyendo los detalles a que haya lugar (Art. 13).

Las alcaldías están en la obligación de darle curso a los proyectos que las comunidades organizadas presenten, con cargo a los porcentajes de las asignaciones que correspondan a éstas, por concepto de leyes que otorguen y transfieran recursos para las comunidades organizadas (Art. 14).

En todo caso, conforme al artículo 15 de la Ley, el presupuesto de inversión municipal debe estar dirigido al desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio, tomando en cuenta las variables de población y pobreza de cada comunidad, debiendo cubrir con:

- “1. Los proyectos prioritarios, que presenten las comunidades organizadas.
2. Los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad.
3. El fondo de emergencia, para atender desastres naturales, calamidad pública e imprevistos. Este fondo, será administrado por el alcalde o alcaldesa, previa aprobación del concejo municipal, con participación del consejo local de planificación pública que hará el seguimiento respectivo, para que los recursos sean invertidos en los fines a los que se refiere esta norma. La ordenanza respectiva que regula la materia determinará el porcentaje que le corresponda al fondo de emergencia”.

543 *Gaceta Oficial* n° 37.463 de 12 de junio de 2002.

8. *El control social y las contralorías sociales*

El control social, conforme lo dispone el artículo 272 LOPPM, es un mecanismo a través del cual todo ciudadano, individual o colectivamente participa en la vigilancia y control de la gestión pública municipal, en la ejecución de programas, planes y proyectos, en la prestación de los servicios públicos municipales, así como en la conducta de los funcionarios públicos, para prevenir, racionalizar y promover correctivos.

El artículo 275 LOPPM, por otra parte, repite que los ciudadanos y sus organizaciones deben ejercer el control social sobre la gestión municipal, a cuyo fin, las autoridades municipales deben dar la mayor publicidad a los actos de gestión de interés general, tales como proyectos, licitaciones, contrataciones, costos de las mismas y elementos relevantes.

Para ejercer este control social, los ciudadanos y sus organizaciones pueden solicitar la información y documentación administrativa que sean de interés para la comunidad; y la administración municipal está en la obligación de suministrarlas.

Por otra parte, conforme al artículo 259 LOPPM, los ciudadanos tienen derecho a organizarse en contralorías sociales con el objeto del control del gobierno local. Los contralores municipales tienen la obligación de vincular a la ciudadanía a sus labores de fiscalización de la gestión pública y a la valoración del desempeño de las entidades y los organismos de la administración pública municipal.

9. *La rendición de cuentas*

El artículo 8 LOPPM dispone que las autoridades del municipio, de sus entes descentralizados y de las entidades locales deben presentar informe sobre su gestión y rendir cuentas públicas, transparentes, periódicas y oportunas ante las comunidades de su jurisdicción; a cuyo fin, deben garantizar la información y convocatoria oportuna y los mecanismos de evaluación pertinentes, acerca de los recursos asignados, y los efectivamente dispuestos, con los resultados obtenidos.

Además, de acuerdo con la orientación constitucional, el artículo 274 LOPPM asegura el derecho de los ciudadanos de poder solicitar a

través de alguno de los medios de participación previstos en el municipio, que el alcalde, los concejales y el cuerpo colegiado de las juntas parroquiales rindan cuenta de una gestión determinada, antes de la finalización de su mandato.

10. *Los referendo*

Conforme a la Constitución, en el artículo 276 LOPPM se regula la posibilidad de convocatoria a referendos consultivos, revocatorios, abrogatorios o aprobatorios, para cuya solicitud y validez se debe cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución y en la legislación electoral; y debe hacerse ante el Consejo Nacional Electoral, órgano llamado a organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos a los referendos.

En cuanto a la convocatoria a referendos sobre un proyecto de ordenanza o cualquier materia objeto de consulta, la Ley Orgánica precisa que sólo podrá hacerse una sola vez en el mismo período constitucional.

11. *La iniciativa legislativa*

El artículo 277 LOPPM establece el derecho de los ciudadanos, en un porcentaje no menor al 0,1% de los electores del municipio, de poder presentar proyectos de ordenanzas o de modificación de las ya vigentes ante el concejo municipal.

Tales proyectos, por tanto, deben ser sometidos a la consideración del concejo municipal para su admisión o rechazo, a cuyo efecto, previamente, el concejo municipal debe fijar una reunión con los presentadores de la iniciativa legislativa a fin de discutir su contenido. Una vez examinado el proyecto, el concejo municipal debe pronunciarse sobre su admisión o rechazo dentro de los 30 días siguientes a su presentación.

Admitido el proyecto, el debate del mismo debe iniciarse en un lapso de 30 días siguientes. Si el debate no se inicia dentro dicho lapso, el proyecto se debe someter a consulta popular de conformidad con lo establecido en la legislación electoral. El concejo municipal en todo caso, debe motivar el rechazo a la iniciativa cuando sea el caso.

IV EL ENCASILLAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN UN ÓRGANO PÚBLICO: LOS CONSEJOS LOCALES DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA

El artículo 182 C. creó los consejos locales de planificación pública, presididos en cada municipio por el alcalde e integrado por los concejales, los presidentes de la juntas parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, de conformidad con las disposiciones que establezca la ley, a cuyo efecto, en 2002 se dictó la Ley de los consejos locales de planificación pública⁵⁴⁴.

Esta Ley dispuso, en su artículo 2, en efecto, que el consejo local de planificación pública es el órgano encargado de la planificación integral del gobierno local, para lo cual, se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 55 de Ley Orgánica de Planificación, con el propósito de lograr la integración de las comunidades organizadas y grupos vecinales mediante la participación y el protagonismo dentro de una política general de Estado, descentralización y desconcentración de competencias y recursos, de conformidad con lo establecido en la Constitución.

Por ello, por ejemplo, el artículo 8 de la ley dispone que los consejos locales de planificación pública deben promover la red de consejos parroquiales y comunales en cada uno de los espacios de la sociedad civil que, en general, respondan a la naturaleza propia del municipio cuya función debe ser convertirse en el centro principal de la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como viabilizar ideas y propuestas para que la comunidad organizada las presente ante el consejo local de planificación pública. Una vez aprobadas sus propuestas y convertidas en proyectos, los miembros de los consejos parroquiales y comunales podrán realizar el seguimiento, control y evaluación respectivo.

Por otra parte, cada consejo local de planificación pública debe promover y orientar una tipología de municipio atendiendo a las condiciones de población, nivel de progreso económico, capacidad

544 *Gaceta Oficial* n° 37.463 de 12 de junio de 2002.

para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos, culturales y otros factores relevantes.

El consejo local de planificación pública para el cumplimiento de sus funciones, conforme lo exige el artículo 3 de la Ley, esta conformado por:

- “1. Un presidente, quien será el alcalde.
2. Los concejales del municipio.
3. Los presidentes de las juntas parroquiales.
4. El o los representantes de organizaciones vecinales de las parroquias, el o los representantes, por sectores, de las organizaciones de la sociedad organizada y el o los representantes de las comunidades o pueblos indígenas, donde los hubiere; todos los cuales deben ser electos en asamblea de ciudadanos de la comunidad o sector respectivo, para lo cual, debe ser convocado un representante de la Defensoría del Pueblo, de su jurisdicción, quien debe testificar en el acta de la asamblea de ciudadanos los resultados, de dicha elección (Art. 4). En cuanto a los representantes en el ámbito municipal de los distintos sectores de la sociedad civil organizada: educación, salud, cultura, deporte, producción y comercio, transporte, ecología, servicios y todos aquellos que, en general, respondan a la naturaleza propia del municipio, también deben ser elegidos en asamblea de las comunidades organizadas del sector respectivo, en la forma indicada (Art. 4)”.

Ahora bien, la comunidad organizada, para postular sus representantes al consejo local de planificación pública, debe hacerlo por intermedio de una organización civil creada de acuerdo a la ley, en asamblea de sus miembros, cuyos requisitos conforme al artículo 9 de la Ley, son:

- “1. Estar inscrita en el registro subalterno para determinar su personalidad jurídica.
2. Presentar el libro de actas de reuniones y de asambleas.
3. Presentar constancia de la última elección, de su junta directiva.
4. Presentar un ejemplar de sus estatutos.

5. Presentar nómina actualizada de sus integrantes, contentiva de nombres y apellidos, cédula de identidad y dirección.
6. Inscribirse, para tal fin, en la oficina de control del consejo local de planificación pública”.

Ahora bien, estos consejos locales de planificación pública, sin menoscabo de cualquier otra función conferida al municipio de que se trate, tiene las siguientes funciones enumeradas en el artículo 5 de la Ley:

- “1. Recopilar, procesar y priorizar las propuestas de las comunidades organizadas.
2. Impulsar, coadyuvar, orientar y presentar dentro del plan municipal de desarrollo las políticas de inversión del presupuesto municipal, contempladas en el artículo 178 C. Todo ello, de conformidad con los lineamientos del Plan de la Nación, los planes y políticas del Consejo Federal de Gobierno y del consejo de planificación y coordinación de políticas públicas, con las propuestas de las comunidades organizadas.
3. Presentar propuestas y orientar el plan municipal de desarrollo hacia la atención de las necesidades y capacidades de la población, del desarrollo equilibrado del territorio y del patrimonio municipal.
4. Instar y facilitar la cooperación equilibrada de los sectores públicos y privados para la instrumentación, en el municipio, de los planes suscritos.
5. Controlar y vigilar la ejecución del plan municipal de desarrollo.
6. Formular y promover ante el consejo de planificación y coordinación de políticas públicas o el Consejo Federal de Gobierno los programas de inversión para el municipio.
7. Impulsar la celebración de acuerdos de cooperación entre el municipio y los sectores privados, tendentes a orientar sus esfuerzos al logro de los objetivos del desarrollo de la entidad local.
8. Impulsar y planificar las transferencias de competencia y recursos que el municipio realice hacia la comunidad organizada, de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la Constitución.
9. Impulsar la coordinación con otros consejos locales de planificación pública para coadyuvar en la definición, instrumentación y evalua-

ción de planes para el desarrollo de mancomunidades, solicitando, en su caso, la intervención de los poderes nacionales y de los estados para tales efectos.

10. Atender cualquier información atinente a su competencia que solicite el gobierno nacional, estatal o municipal sobre la situación socioeconómica y sociocultural del municipio.
11. Proponer al gobierno nacional, estatal o municipal las medidas de carácter jurídico, administrativo o financiero, necesarias para el cumplimiento de las funciones y la consecución de los objetivos del municipio y del propio consejo local de planificación pública.
12. Emitir opinión razonada, a solicitud del alcalde o alcaldesa, sobre transferencias de competencia que el Ejecutivo nacional, el estatal o el consejo legislativo estatal, acuerden hacia el municipio.
13. Impulsar con el poder nacional, estatal o municipal, así como con las comunidades organizadas, el plan de seguridad local de personas y bienes.
14. Coordinar, con el consejo de planificación y coordinación de políticas públicas y el Consejo Federal de Gobierno, los planes y proyectos que éstos elaboren en el marco de sus competencias, tomando en cuenta los planes y proyectos locales.
15. Impulsar la organización de las comunidades organizadas integrándolas al consejo local de planificación pública, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.
16. Interactuar, con el consejo municipal de derechos, en todo lo atinente a las políticas de desarrollo del niño, del adolescente y de la familia.
17. Colaborar en la elaboración de los planes locales de desarrollo urbano y las normativas de zonificación cuyas competencias le correspondan al municipio.
18. Elaborar el estudio técnico para la fijación de los emolumentos de los altos funcionarios y funcionarias de los municipios. A tal efecto, el consejo local de planificación pública solicitará la información necesaria referida al número de habitantes, situación económica del municipio, presupuesto municipal consolidado y ejecutado, correspondiente al período fiscal inmediatamente anterior, capacidad recaudadora y disponibilidad presupuestaria municipal para cubrir el concepto de emolumentos, a los órganos que corresponda.

19. Elaborar el mapa de necesidades del municipio.
20. Elaborar un banco de datos que contenga información acerca de proyectos, recursos humanos y técnicos de la sociedad organizada.
21. Evaluar la ejecución de los planes y proyectos e instar a las redes parroquiales y comunales, a ejercer el control social sobre los mismos”.

V. LAS ORGANIZACIONES VECINALES PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En cuanto a las organizaciones para la participación ciudadana, el artículo 273 LOPPM sólo dispone que los ciudadanos pueden organizarse con el objeto de coadyuvar en el ejercicio del control, vigilancia, supervisión y evaluación de la gestión pública municipal; por lo que dichas organizaciones deben ejercer sus actividades sobre cualquier nivel o sector de la administración municipal y sobre particulares que cumplan funciones públicas.

Estas organizaciones deben estar inscritas en un registro sistematizado que, a tal efecto, debe llevar cada municipio.

La norma del artículo 273 LOPPM agrega, que sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación nacional que regula la participación ciudadana, las organizaciones de ciudadanos tendrán, entre otros, los siguientes deberes y obligaciones:

- “1. Comunicar a la ciudadanía los avances y resultados de los procesos de control, vigilancia, supervisión y evaluación realizados.
2. Presentar informe sobre los avances y resultados de sus actividades a los órganos y entidades que ejecutan el programa, proyecto o contrato, realizando las recomendaciones que estimen pertinentes.
3. Remitir el informe de avances y resultados de sus actividades a los órganos de control fiscal y demás organismos públicos competentes.
4. Denunciar ante las autoridades competentes los actos, hechos u omisiones presuntamente irregulares que hubieren detectado”.

La Ley Orgánica de 2005, al establecer estas regulaciones, si bien conservó en diversos artículos la expresión “organizaciones vecina-

les" (p. ej. Arts. 267 y 269), eliminó toda regulación sobre formas específicas de organización para la participación ciudadana y, en particular, eliminó las regulaciones que había establecido la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 sobre las "asociaciones de vecinos", expresión que ni siquiera se encuentra en la nueva Ley Orgánica, la cual, incluso, derogó expresamente el Reglamento parcial n° 1 de la Ley, dictado por decreto n° 3.130 de 6 de marzo de 1979 (Art. 297)⁵⁴⁵.

Sin embargo, aún cuando se haya eliminado dicha regulación, las asociaciones de vecinos continúan siendo formas legítimas de organización para la participación ciudadana en el ámbito municipal⁵⁴⁶, pues son, precisamente, las "organizaciones vecinales" a que se refiere tanto la Ley Orgánica como la ley de los Consejos locales de planificación pública.

545 V., en *Gaceta Oficial* n° 31.692 del 8 de marzo de 1979.

546 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, "La participación política a nivel local", *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, Caracas, Edición 42 aniversario de la creación de las F.A.C., 1980, pp. 35 a 62. Parte de este trabajo se publicó con el título "La participación política en la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal", *Libro-Homenaje a Rafael Pizani*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 45 y ss. Sobre el mismo tema de la participación, V., *íd.*, "El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas", *Revista de Derecho Público*, n° 22, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 5 a 32.

§ 18. EL INICIO DE LA DESMUNICIPALIZACIÓN EN VENEZUELA: LA ORGANIZACIÓN DEL PODER POPULAR PARA ELIMINAR LA DESCENTRALIZACIÓN, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA PARTICIPACIÓN A NIVEL LOCAL*

I. LOS CONSEJOS COMUNALES COMO ESTRUCTURAS PARALELAS AL RÉGIMEN MUNICIPAL

Conforme a la Constitución, el Municipio es la unidad política primaria dentro de la organización pública nacional (Art. 168) que, como parte del sistema constitucional de distribución vertical del Poder Público (Art. 136), en el nivel territorial inferior es la entidad política llamada a hacer efectiva la participación ciudadana. Por ello, el artículo 2º de la ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005⁵⁴⁷ dispuso que las actuaciones del municipio deberían incorporar “la participación ciudadana de manera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados”.

Para ello, resultaba necesario acercar el poder municipal al ciudadano, municipalizándose el territorio, lo que la propia Ley Orgánica impidió. Dicha Ley era, por tanto, la que debía reformarse para

* Estudio publicado en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67

547 V., la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* n° 38.327 de 02-12-2005.

establecer entidades municipales o del municipio cerca de las comunidades. Pero ello no se hizo así, y en su lugar, lo que estableció es un sistema institucional centralizado para la supuesta participación popular, denominado "del Poder Popular", en paralelo e ignorando la propia existencia del régimen municipal, en el cual se concibe a la "comunidad" fuera del mismo Municipio, organizada en Consejos Comunales, que "en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica", se han regulado como "instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos".

Ello ha ocurrido con la Ley de los Consejos Comunales de abril de 2006⁵⁴⁸, establecidos sin relación alguna con los Municipios, en los que se ubicaron las Asambleas de Ciudadanos como la instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal respectivo(Art. 4,5).

Con esta Ley de los Consejos Comunales, se ha comenzado el inconstitucional proceso de desmunicipalización de la participación ciudadana, sustituyéndose al Municipio como la unidad política primaria en la organización nacional que exige la Constitución conforme a un sistema de descentralización política (distribución vertical) del poder, por un sistema de entidades sin autonomía política alguna que se denominan del "Poder Popular" (Consejos Comunales), directamente vinculadas y dependientes en un esquema centralizado del poder, dirigido desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional, por el Presidente de la República mediante una Comisión Presidencial del Poder Popular.

Esta Ley, además, supuestamente abogando por una participación popular, en un esquema completamente antidemocrático, a sustituido la representación que origina el sufragio en entidades políticas como los Municipales, por la organización de entidades denominadas del "Poder Popular" que no tienen origen representativo electoral, en las cuales se pretende ubicar la participación ciudadana, pero sometida al control del vértice del poder central.

548 V., en *Gaceta Oficial* n° 5.806 Extraordinaria del 10-04-2006.

En efecto, en abril de 2006, en lugar de reformarse nuevamente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para municipalizar el país y hacer efectiva la participación ciudadana en un esquema de descentralización política del poder público, se optó por sancionarse la Ley de los Consejos Comunales con el objeto de crear, desarrollar y regular la conformación de dichas supuestas instancias de participación, totalmente desvinculadas de Municipios, parroquias y organizaciones vecinales, estableciéndose su integración, organización y funcionamiento, así como su relación con los órganos del Estado, para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas (Art. 1).

Estos Consejos Comunales, supuestamente “en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica”, se han regulado como se dijo, sin relación alguna con la organización municipal, para en paralelo supuestamente permitir “al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social” (Art. 2).

Se trata, como se dijo, de un esquema organizacional completamente paralelo y desvinculado con la descentralización política o la distribución vertical del poder público, completamente desvinculado de la organización territorial del Estado que establece la Constitución, es decir, desvinculado de los Estados, Municipios y Parroquias.

Por ello, los Consejos Comunales están integrados conforme a un esquema estatal centralizado, que tiene en su cúspide una Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular designada y presidida por el Presidente de la República, la cual, a su vez, designa en cada estado a las Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular, previa aprobación del Presidente de la República (Art. 31); y designa además, en cada municipio, las Comisiones Locales Presidencial del Poder Popular, también previa aprobación del Presidente de la República (Art. 32); sin participación alguna de los Gobernadores de estado ni de los Alcaldes municipales.

En todo caso, la Ley dispone que la organización, funcionamiento y acción de dichos consejos comunales “se rige conforme a los principios de corresponsabilidad, cooperación, solidaridad, transparencia, rendición de cuentas, honestidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad

social, control social, equidad, justicia e igualdad social y de género”(Art. 3).

II. LA “COMUNIDAD” COMO LA UNIDAD BÁSICA DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO

1. *Definición*

La Ley establece como unidad social básica para el funcionamiento de los Consejos Comunales a la “comunidad” la cual se define como “el conglomerado social de familias, ciudadanos y ciudadanas que habitan en un área geográfica determinada, que comparten una historia e intereses comunes, se conocen y relacionan entre sí, usan los mismos servicios públicos y comparten necesidades y potencialidades similares: económicas, sociales, urbanísticas y de otra índole (Art. 4,1). Ella, en realidad, debería haber sido el nuevo municipio que debía haberse creado en otra concepción democrática y participativa del mismo.

En cuanto a las Comunidades Indígenas las mismas se definen como “grupos humanos formados por familias indígenas asociadas entre sí, pertenecientes a uno o más pueblos indígenas, que están ubicados en un determinado espacio geográfico y organizados según las pautas culturales propias de cada pueblo, con o sin modificaciones provenientes de otras culturas (Art. 4,2).

2. *Los elementos de la comunidad*

La Ley de los Consejos Comunales (LCC) establece tres elementos claves para identificar a la comunidad como organización social, que son los que conforman las entidades políticas, es decir, un territorio, una población y una organización política.

En cuanto al territorio, el de las comunidades debe estar formado por el área geográfica atribuida a la misma, conformado por el Territorio que ocupan sus habitantes, cuyos límites geográficos se deben establecer en Asamblea de Ciudadanos dentro de los cuales debe funcionar el Consejo Comunal. El área geográfica debe ser decidida por la Asamblea de Ciudadanos de acuerdo con las particularidades de cada comunidad (Art. 4,3).

En cuanto a la población, a los efectos de “la participación protagónica, la planificación y la gobernabilidad de los consejos comunales”, la misma se determina conforme a una “base poblacional de la comunidad” haciendo la Ley referencia a los criterios técnicos y sociológicos que señalan -en cierto sentido similar a los que se utilizaron en la vieja Ley de Régimen Municipal para las asociaciones de vecinos- que las comunidades se agrupan en familias, entre 200 y 400 en el área urbana y a partir de 20 familias en el área rural y a partir de 10 familias en las comunidades indígenas.

La base poblacional debe ser decidida por la Asamblea de Ciudadanos de acuerdo con las particularidades de cada comunidad, tomando en cuenta las comunidades aledañas. (art 4,4).

En cuanto a la organización política de las Comunidades, la Ley establece las siguientes estructuras básicas de la comunidad: la Asamblea de Ciudadanos, el Consejo Comunal y sus órganos ejecutivo, financiero y de control, y las demás organizaciones comunitarias. Estas últimas son las que “existen o pueden existir en las comunidades y que agrupan a un conjunto de ciudadanos y ciudadanas con base en objetivos e intereses comunes, tales como: comités de tierras, comités de salud, mesas técnicas de agua, grupos culturales, clubes deportivos, puntos de encuentro y organizaciones de mujeres, sindicatos y organizaciones de trabajadores y trabajadoras, organizaciones juveniles o estudiantiles, asociaciones civiles, cooperativas, entre otras” (Art. 4,8).

III. LAS ASAMBLEAS DE CIUDADANOS

1. *Carácter*

La Ley de los Consejos Comunales -en paralelo al Municipio como la unidad primaria para la participación- también concibe a la Asamblea de Ciudadanos como la instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal respectivo.(Art. 4,5). Esta Asamblea de Ciudadanos se la regula como “la máxima instancia de decisión del Consejo Comunal”, integrada por los habitantes de la comunidad, mayores de 15 años.

2. *Constitución: La Asamblea Constituyente Comunal y la Comisión Promotora*

La Asamblea de Ciudadanos en la cual se deben elegir, por primera vez, los voceros (y voceras) de los comités de trabajo y demás integrantes de los órganos económico-financiero y de control del Consejo Comunal, se concibe en el artículo 19 LCC como una “Asamblea Constituyente Comunitaria”, que se debe considerar válidamente conformada con la asistencia de al menos el 20% de los miembros de la comunidad, mayores de 15 años.

La convocatoria, conducción y organización de la Asamblea Constituyente Comunitaria, corresponde a una comisión promotora que debe estar integrada por un número variable de miembros quienes deben ser electos, no por sufragio universal, directo y secreto, sino en Asambleas de Ciudadanos de acuerdo a lo establecido en la propia LCC y en su reglamento (Art. 16).

A tal efecto, (“a los efectos de la primera elección de los voceros de los comités de trabajo e integrantes de los órganos contralor y económico-financiero), el artículo 15 LCC dispone que se debe organizar una Comisión Promotora provisional que debe tener como función organizar la elección de la comisión promotora y de la Comisión Electoral, de acuerdo al procedimiento siguiente:

- “1. Conformación de un equipo promotor provisional, el cual debe estar integrado por ciudadanos (y ciudadanas) de la comunidad que asuman esta iniciativa, con la participación de un representante designado por la Comisión Presidencial del Poder Popular respectivo, dejando constancia escrita en el acta que se debe llevar para tal fin.
2. Organización y coordinación de la realización del censo demográfico de la comunidad.
3. Convocatoria de una Asamblea de Ciudadanos por parte del equipo promotor provisional, en un lapso no mayor de 30 días a partir de su conformación, que debe elegir la comisión promotora y la comisión electoral con la participación mínima del 10% de la población mayor de 15 años de la comunidad respectiva. Las Comisiones Promotora y Electoral, deben realizar un trabajo articulado y coordinado a fin de garantizar la efectiva realización de la Asamblea Constituyente Comunitaria”.

La Comisión promotora, para el cumplimiento de estas funciones conforme al artículo 17 LCC, debe realizar lo siguiente:

- “1. Difundir entre los habitantes de la comunidad el alcance, objeto y fines de los Consejos Comunales.
2. Elaborar un croquis del área geográfica de la comunidad.
3. Recabar la información de la historia de la comunidad.
4. Organizar y coordinar la realización del censo demográfico y socioeconómico comunitario.
5. Convocar a la Asamblea Constituyente Comunitaria en un lapso no mayor de 90 días, contados a partir de su constitución”.

La Comisión Promotora debe cesar en sus funciones al momento de la conformación del Consejo Comunal.

En cuanto a la Comisión Electoral, conforme al artículo 18 LCC, es la instancia encargada de organizar y conducir el proceso de elección de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal. Esta competencia estimamos que viola las que corresponden en forma exclusiva al Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) conforme a la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral. La LCC dispone que esta comisión electoral debe estar integrada por 5 habitantes de la comunidad, quienes deben ser electos -no por sufragio universal, directo y secreto- sino en Asambleas de Ciudadanos, de acuerdo a lo establecido en la propia LCC y su Reglamento. Quienes integren la Comisión Electoral no pueden postularse a los órganos del Consejo Comunal

La Comisión Electoral, conforme a la LCC tiene las siguientes tareas:

- “1. Elaborar un registro electoral -que nada que ver tiene con el registro Electoral permanente que se atribuye como competencia exclusiva al Poder Electoral-, conforme a lo establecido en la LCC y su Reglamento.
2. Hacer del conocimiento de la comunidad todo lo relativo a la elección de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal.
3. Elaborar el material electoral necesario.

4. Escrutar y totalizar los votos.
5. Proclamar y juramentar a los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal electos.
6. Levantar un acta del proceso de elección y sus resultados”.

Una vez cumplidas estas tareas, la Comisión Electoral cesa en sus funciones.

3. *Atribuciones de la Asamblea de Ciudadanos*

La Asamblea de Ciudadanos conforme al artículo 6 LCC, tiene las siguientes atribuciones:

- “1. Aprobar las normas de convivencia de la comunidad.
2. Aprobar los estatutos y el acta constitutiva del Consejo Comunal, la cual debe contener el nombre del Consejo Comunal; el área geográfica que ocupa; el número de familias que lo integran; el listado de asistentes a la Asamblea (nombre y apellido, cédula de identidad); el lugar, fecha y hora de la Asamblea; los acuerdos de la misma; resultados de la elección de los voceros, y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal.
3. Aprobar el Plan de Desarrollo de la Comunidad.
4. Aprobar los proyectos presentados al Consejo Comunal en beneficio de la comunidad, así como la integración de los proyectos para resolver las necesidades afines con otras comunidades e instancias de gobierno, bajo la orientación sostenible y sustentable del desarrollo endógeno.
5. Ejercer la contraloría social.
6. Adoptar las decisiones esenciales de la vida comunitaria.
7. Elegir los integrantes de la Comisión Promotora.
8. Elegir los integrantes de la Comisión Electoral.
9. Elegir los voceros del órgano ejecutivo.
10. Elegir a los integrantes de la Unidad de Contraloría Social.
11. Elegir a los integrantes de la Unidad de Gestión Financiera.

12. Revocar el mandato de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal, conforme con lo que establezca el Reglamento de la presente Ley.
 13. Evaluar y aprobar la gestión financiera.
 14. Definir y aprobar los mecanismos necesarios para el funcionamiento del Consejo Comunal”.
4. *Los grupos de trabajo y los voceros de los comités de trabajo del Consejo Comunal*

Corresponde a la Asamblea de Ciudadanos determinar y elegir el número de voceros de los diversos comités de trabajo, de acuerdo a la cantidad que se conformen en la comunidad (Art. 9)

La LCC establece que en la comunidad, las áreas de trabajo se deben constituir en relación con las particularidades y los problemas más relevantes de la comunidad, por lo que el número y contenido de las áreas de trabajo debe depender de la realidad de cada comunidad, pudiendo ser: de economía popular y desarrollo endógeno; desarrollo social integral; vivienda, hábitat e infraestructura; y cualquier otra que defina la comunidad. Las áreas de trabajo deberán agrupar varios comités de trabajo.

En cuanto a los comités de trabajo, los mismos, conforme al artículo 9 LCC pueden ser los siguientes: 1. Comité de Salud. 2. Comité de Educación. 3. Comité de Tierra Urbana o Rural. 4. Comité de Vivienda y Hábitat. 5. Comité de Protección e Igualdad Social. 6. Comité de Economía Popular. 7. Comité de Cultura. 8. Comité de Seguridad Integral. 9. Comité de Medios de Comunicación e Información. 10. Comité de Recreación y Deportes. 11. Comité de Alimentación. 12. Mesa Técnica de Agua. 13. Mesa Técnica de Energía y Gas. 14. Comité de Servicios. 15. Cualquier otro que considere la comunidad de acuerdo a sus necesidades.

Por otra parte, en cuanto a los voceros (y voceras), son las persona electas para cada comité de trabajo, en Asamblea de Ciudadanos, de reconocida solvencia moral, trabajo comunitario, con capacidad de trabajo colectivo, espíritu unitario y compromiso con los intereses de la comunidad, a fin de coordinar todo lo relacionado con el funcionamiento del Consejo Comunal, la instrumentación de sus decisiones

y la comunicación de las mismas ante las instancias correspondientes (Art. 4,9).

Estos voceros de los comités de trabajo, conforme al artículo 12 LCC, deben ser electos en votaciones directas y secretas por la Asamblea de Ciudadanos. Quienes se postulen no pueden ser electos en más de un órgano del Consejo Comunal, durarán dos años en sus funciones y podrán ser reelectos. El carácter de su ejercicio es *ad honorem*.

Los pueblos y comunidades indígenas también deben elegir los órganos de los consejos comunales, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones, y por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Conforme al artículo 13 LCC, para ser electo o electa vocero de los grupos de trabajo se requiere: 1. Ser habitante de la comunidad, con al menos 6 meses de residencia en la misma, salvo en los casos de comunidades recién constituidas o circunstancias de fuerza mayor. 2. Mayor de 15 años. 3. Disposición y tiempo para el trabajo comunitario. 4. Estar inscrito en el Registro Electoral Permanente, en el caso de ser mayor de edad. 5. No ocupar cargos de elección popular.

IV. LOS CONSEJOS COMUNALES

1. Integración

El Consejo Comunal, a los fines de su funcionamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 LCC, está integrado por los siguientes órganos:

- “1. El órgano ejecutivo, integrado por los voceros de cada comité de trabajo.
2. La Unidad de Gestión Financiera, como órgano económico- financiero.
3. La Unidad de Contraloría Social, como órgano de control”.

El Consejo Comunal, además, conforme al artículo 4,6 LCC, debe tener un Comité de trabajo, concebido como un colectivo o grupo de personas organizadas para ejercer funciones específicas, atender necesidades y desarrollar las potencialidades de cada comunidad. El

comité de trabajo, debe articular y promover la participación e integración de las organizaciones comunitarias, movimientos sociales y habitantes de la comunidad.

A los efectos de una adecuada articulación de su trabajo, el artículo 24 LCC dispone que los órganos ejecutivo, de control y económico financiero del Consejo Comunal, deberán realizar reuniones de coordinación y seguimiento, al menos mensualmente, según los parámetros que establezca el Reglamento de la LCC. Los gastos que se generen por concepto de la actividad de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal, deben ser compensados por el fondo de gastos de funcionamiento del Consejo Comunal. En el Reglamento de la LCC es el que debe establecer los topes máximos para cubrir dichos gastos.

La Ley establece como deber de los ciudadanos integrantes de los consejos comunales: la corresponsabilidad social, la rendición de cuentas, el manejo transparente, oportuno y eficaz de los recursos que dispongan, bien sea por asignación del Estado o cualquier otra vía de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (Art. 5).

2. El registro y la personalidad jurídica de los Consejos Comunales

El artículo 20 LCC exige que los consejos comunales sean registrados ante la Comisión Local Presidencial del Poder Popular, para lo cual deben hacer entrega de los estatutos y acta constitutiva aprobados por la Asamblea de Ciudadanos. Copia del registro debe ser consignada ante el Consejo Local de Planificación Pública correspondiente, a los efectos de lograr la articulación con el Sistema Nacional de Planificación Pública.

El registro de los Consejos Comunales, ante la Comisión Presidencial del Poder Popular respectiva, les reviste de personalidad jurídica para todos los efectos relacionados con esta Ley. Esta personalidad jurídica, en todo caso, debería en realidad ser de la Comunidad y no del Consejo Comunal, ya que éste es sólo un órgano de aquella. La personalidad jurídica aquí regulada, en todo caso, es una personalidad jurídica territorial de derecho público

Conforme a la Disposición Transitoria Única, los Consejos Comunales constituidos antes de la publicación de la LCC, deben ser objeto de un proceso de legitimación, regularización y adecuación a

las disposiciones en ella establecidas. La Comisión Presidencial del Poder Popular debe realizar este proceso en un lapso no mayor de 90 días continuos a partir de la publicación de la Ley, lo que ocurrió el 7 de abril de 2006.

3. *El órgano ejecutivo del Consejo Comunal*

A *Integración*

El órgano ejecutivo del Consejo Comunal, que está integrado por los voceros de cada comité de trabajo (Art. 7), está concebido como la instancia del Consejo Comunal encargada de promover y articular la participación organizada de los integrantes de la comunidad, los grupos sociales y organizaciones comunitarias en los diferentes comités de trabajo. Se debe reunir a fin de planificar la ejecución de las decisiones de la Asamblea de Ciudadanos, así como conocer las actividades de cada uno de los comités y de las áreas de trabajo (Art. 8).

B. *Funciones del Órgano Ejecutivo*

Conforme al artículo 21 LCC, el Consejo Comunal, a través de su órgano ejecutivo, tiene las siguientes funciones:

- “1. Ejecutar las decisiones de la Asamblea de Ciudadanos.
2. Articular con las organizaciones sociales presentes en la comunidad y promover la creación de nuevas organizaciones donde sea necesario, en defensa del interés colectivo y el desarrollo integral, sostenible y sustentable de las comunidades.
3. Elaborar planes de trabajo para solventar los problemas que la comunidad pueda resolver con sus propios recursos y evaluar sus resultados.
4. Organizar el voluntariado social en cada uno de los comités de trabajo.
5. Formalizar su registro ante la respectiva Comisión Presidencial del Poder Popular.
6. Organizar el Sistema de Información Comunitaria.

7. Promover la solicitud de transferencias de servicios, participación en los procesos económicos, gestión de empresas públicas y recuperación de empresas paralizadas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.
8. Promover el ejercicio de la iniciativa legislativa y participar en los procesos de consulta en el marco del parlamentarismo social.
9. Promover el ejercicio y defensa de la soberanía e integridad territorial de la Nación.
10. Elaborar el Plan de Desarrollo de la Comunidad a través del diagnóstico participativo, en el marco de la estrategia endógena.
11. Las demás funciones establecidas el Reglamento de la LCC y las que sean aprobadas por la Asamblea de Ciudadanos”.

4. *La Unidad de Gestión Financiera: el Banco Comunal*

A. *El Banco Comunal*

La unidad de gestión financiera del Consejo Comunal, conforme al artículo 10 LCC, es un órgano integrado por 5 habitantes de la comunidad electos por la Asamblea de Ciudadanos, que funciona como un ente de ejecución financiera de los consejos comunales para administrar recursos financieros y no financieros, servir de ente de inversión y de crédito, y realizar intermediación financiera con los fondos generados, asignados o captados.

A los efectos de la Ley, la unidad de gestión financiera se denomina Banco Comunal, el cual se define como la forma de organización y gestión económico-financiera de los recursos de los consejos comunales. Se trata de una organización que debe ser flexible, abierta, democrática, solidaria y participativa. (Art. 4,10).

El Banco Comunal debe pertenecer a un Consejo Comunal o a una Mancomunidad de consejos comunales, de acuerdo con el desarrollo de los mismos y a las necesidades por ellos establecidas.

Son socios del Banco Comunal todos los ciudadanos que habiten en el ámbito geográfico definido por la Asamblea de Ciudadanos y que conforman el Consejo Comunal o la Mancomunidad de consejos comunales.

El Banco Comunal debe adquirir la figura jurídica de cooperativa y se rige por la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero y otras leyes aplicables, así como por la LCC y su Reglamento.

Dispone expresamente el artículo 10 LCC que los Bancos Comunales quedarán exceptuados de la regulación de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

B. Elección de los integrantes de la unidad de gestión financiera

Conforme al mencionado artículo 12 LCC, los integrantes de los órganos económico-financiero serán electos en votaciones directas y secretas por la Asamblea de Ciudadanos. Quienes se postulen no pueden ser electos en más de un órgano del Consejo Comunal, durar 2 años en sus funciones y pueden ser reelectos. El carácter de su ejercicio también es *ad honorem*.

Para ser electo como integrante de la Unidad de Gestión Financiera, el artículo 14 LCC requiere que la persona propuesta:

- “1. Sea habitante de la comunidad, con al menos, 6 meses de residencia en la misma, salvo en los casos de comunidades recién constituidas o circunstancias de fuerza mayor.
2. Sea mayor de edad.
3. Tenga disposición y tiempo para el trabajo comunitario.
4. Este inscrito en el Registro Electoral Permanente.
5. No ocupe cargos de elección popular”.

Conforme al artículo 27 LCC, los integrantes del Órgano Económico Financiero, deben presentar declaración jurada de patrimonio por ante la Comisión Presidencial del Poder Popular. Lógicamente, ello no debería excluir la presentación de declaración jurada de patrimonio por ante la Contraloría general de la República.

C. Funciones del Banco Comunal

El artículo 22 LCC asigna al Banco Comunal las siguientes funciones:

- “1. Administrar los recursos asignados, generados o captados tanto financieros como no financieros.
2. Promover la constitución de cooperativas para la elaboración de proyectos de desarrollo endógeno, sostenibles y sustentables.
3. Impulsar el diagnóstico y el presupuesto participativo, sensible al género, jerarquizando las necesidades de la comunidad.
4. Promover formas alternativas de intercambio, que permitan fortalecer las economías locales.
5. Articularse con el resto de las organizaciones que conforman el sistema microfinanciero de la economía popular.
6. Promover el desarrollo local, los núcleos de desarrollo endógeno y cualquier otra iniciativa que promueva la economía popular y solidaria.
7. Rendir cuenta pública anualmente o cuando le sea requerido por la Asamblea de Ciudadanos.
8. Prestar servicios no financieros en el área de su competencia.
9. Prestar asistencia social.
10. Realizar la intermediación financiera.
11. Rendir cuenta ante el Fondo Nacional de los Consejos Comunales anualmente o cuando este así lo requiera.
12. Promover formas económicas alternativas y solidarias, para el intercambio de bienes y servicios”.

5. *La Unidad de Contraloría Social*

La Unidad de Contraloría Social conforme al artículo 11 LCC, es un órgano conformado por 5 habitantes de la comunidad, electos por la Asamblea de Ciudadanos para realizar la contraloría social y la fiscalización, control y supervisión del manejo de los recursos asignados, recibidos o generados por el consejo comunal, así como sobre los programas y proyectos de inversión pública presupuestados y ejecutados por el gobierno nacional, regional o municipal.

La elección de los integrantes de la Unidad de Control del Consejo Comunal se rige por los mismos requisitos antes señalados con-

forme al artículo 14 LCC para la elección de los integrantes de la unidad de gestión financiera.

El artículo 23 LCC, enumera las siguientes funciones del órgano de control del Consejo Comunal:

- “1. Dar seguimiento a las actividades administrativas y de funcionamiento ordinario del Consejo Comunal en su conjunto.
 2. Ejercer la coordinación en materia de contraloría social comunitaria.
 3. Ejercer el control, fiscalización y vigilancia de la ejecución del plan de desarrollo comunitario.
 4. Ejercer el control, fiscalización y vigilancia del proceso de consulta, planificación, desarrollo, ejecución y seguimiento de los proyectos comunitarios.
 5. Rendir cuenta pública de manera periódica, según lo disponga el Reglamento de la LCC”.
6. *El régimen de la gestión y administración de los recursos del Consejo Comunal*

A. Los recursos directos

El artículo 25 LCC dispone que los Consejos Comunales deben recibir de manera directa los siguientes recursos:

- “1. Los que sean transferidos por la República, los estados y los municipios.
2. Los que provengan de lo dispuesto en la Ley de Creación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y la Ley de Asignaciones Económicas Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos (LAEE).
3. Los que provengan de la administración de los servicios públicos que les sean transferidos por el Estado.
4. Los generados por su actividad propia, incluido el producto del manejo financiero de todos sus recursos.

5. Los recursos provenientes de donaciones de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.
6. Cualquier otro generado de actividad financiera que permita la Constitución y la ley”.

B. *El manejo de los recursos*

El manejo de los recursos financieros, establecidos en la Ley, como se ordena en el artículo 26 LCC, debe orientarse de acuerdo a las decisiones aprobadas en Asamblea de Ciudadanos. Tales decisiones deben ser recogidas en actas que deben contener al menos la firma de la mayoría simple de las y los asistentes a la Asamblea de Ciudadanos del Consejo Comunal.

En consecuencia, quienes administren los recursos a los que se refiere la LCC, estarán obligados a llevar un registro de la administración, con los soportes que demuestren los ingresos y desembolsos efectuados y tenerlos a disposición de la Unidad de Contraloría Social y demás miembros de la comunidad, a través del procedimiento que debe ser establecido en el Reglamento de la LCC (Art. 27).

Los integrantes del órgano económico financiero, incurrirán en responsabilidad civil, penal o administrativa por los actos, hechos u omisiones contrarios a las disposiciones legales que regulen la materia.

V. LOS ORGANISMOS NACIONALES PARA LA CONDUCCIÓN DE LA GESTIÓN COMUNAL

1. *El Fondo Nacional de los Consejos Comunales*

El artículo 28 LCC crea el Fondo Nacional de los Consejos Comunales, como servicio autónomo sin personalidad jurídica, el cual debe estar adscrito al Ministerio de Finanzas y se rige por las disposiciones contenidas en la LCC y su Reglamento.

El Fondo tendrá una junta directiva conformada por un presidente, 3 miembros principales y 3 suplentes, designados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

Este Fondo Nacional de los Consejos Comunales, conforme al artículo 29 LCC, tiene por objeto financiar los proyectos comunitarios,

sociales y productivos, presentados por la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular en sus componentes financieros y no financieros.

La transferencia de los recursos financieros se debe hacer a través de las unidades de gestión financieras, es decir, los Bancos Comunales, creadas por los consejos comunales.

2. *La Comisión Presidencial del Poder Popular*

El artículo 30 LCC crea la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular, designada por el Presidente de la República de conformidad con el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, a los fines de:

- “1. Orientar, coordinar y evaluar el desarrollo de los Consejos Comunales a nivel nacional, regional y local.
2. Fortalecer el impulso del poder popular en el marco de la democracia participativa y protagónica, y el desarrollo endógeno, dando impulso al desarrollo humano integral que eleve la calidad de vida de las comunidades.
3. Generar mecanismos de formación y capacitación.
4. Recabar los diversos proyectos aprobados por los consejos comunales.
5. Tramitar los recursos técnicos, financieros y no financieros necesarios para la ejecución de los proyectos de acuerdo a los recursos disponibles en el Fondo Nacional de los Consejos Comunales.
6. Crear en las comunidades donde se amerite o considere necesario, Equipos Promotores Externos para impulsar la conformación de los Consejos Comunales, de acuerdo a lo establecido en la LCC y su Reglamento”.

La participación de los voceros de los Consejos Comunales en la Comisión Presidencial del Poder Popular en sus instancias nacional, estatal o municipal, se hará conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la LCC.

3. *Las Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular*

El artículo 31 LCC regula unas Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular por cada estado, designadas por la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular previa aprobación del Presidente de la República.

4. *Las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular*

El artículo 32 LCC también dispone que la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular es la que debe designar las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular por cada municipio, previa aprobación del Presidente de la República.

5. *La Comisión Especial de la Asamblea Nacional*

Además, conforme al artículo 33 LCC, la Asamblea Nacional debe designar una comisión especial para que conjuntamente con las comisiones presidenciales respectivas, realicen una evaluación del proceso de constitución y funcionamiento de los consejos comunales. Dicha comisión presentará el primer informe en un lapso no mayor de 90 días continuos contados a partir de la fecha de su conformación, y en lo sucesivo en el mismo período.

ÍNDICE GENERAL

NOTA EXPLICATIVA	7
------------------------	---

PRIMERA PARTE

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA.....	15
--	----

I. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS, Y LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.	16
II. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO: LA DISTRIBUCIÓN VER- TICAL DEL PODER PÚBLICO Y LAS PERSONAS JURIDICAS ESTATALES	21
III. LA SEPARACIÓN ORGÁNICA (HORIZONTAL) DEL PODER PÚBLICO Y EL CARÁCTER ÍTERORGÁNICO DE LA ADMI- NISTRACIÓN PÚBLICA.....	27
IV. LAS FUNCIONES DEL ESTADO, SU EJERCICIO INTER- ORGÁNICO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	35
V. LOS ACTOS ESTATALES, SU CARÁCTER INTERFUNCIONAL Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	46
VI. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	52

§ 2. LOS PODERES, ÓRGANOS Y FUNCIONES DEL ESTADO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	65
I. EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES.....	66
II. EL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	68
III. EL CARÁCTER INTERFUNCIONAL DE LOS ACTOS ESTATALES Y DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	75

SEGUNDA PARTE

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§ 3. EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA	85
I. EL PRINCIPIO DEL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO.....	86
1. <i>El sometimiento al derecho y sus fuentes</i>	86
2. <i>El carácter sublegal de la actividad administrativa</i>	92
A. <i>El respeto a la legalidad</i>	92
B. <i>El respeto a la reserva legal</i>	93
II. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	95
1. <i>El régimen legal del procedimiento</i>	95
A. <i>El ámbito de aplicación</i>	95
a. <i>El principio de la generalidad</i>	95
b. <i>El principio de extensión</i>	97
c. <i>Los procedimientos excluidos</i>	101
B. <i>Los procedimientos especiales y el principio de supletoriedad</i> ...	102
C. <i>El régimen supletorio del procedimiento civil</i>	103
D. <i>El principio de exclusividad</i>	104
2. <i>La obligatoriedad del procedimiento</i>	104
A. <i>El principio de la imperatividad</i>	104
B. <i>Las clases de procedimiento</i>	105
C. <i>El principio de la responsabilidad</i>	106

3.	<i>El principio del paralelismo de las formas</i>	107
4.	<i>La proscripción de las vías de hecho</i>	108

§ 4. LA TÉCNICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO MECANISMO DE CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	111
--	------------

§ 5. NOTAS SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA, Y SOBRE SU DELIMITACIÓN Y SUS LÍMITES.....	133
--	------------

I.	LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: ENTRE LA ACTIVIDAD REGLADA Y EL PODER DISCRECIONAL	133
II.	LA REDUCCIÓN DEL CÍRCULO DE LA DISCRECIONALIDAD POR LA IDENTIFICACIÓN DE LO QUE NO ES DISCRECIONALIDAD: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	138
III.	LOS ASPECTOS REGULADOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DONDE NO TIENE CABIDA LA DISCRECIONALIDAD .	150
1.	<i>Las exigencias impuestas por la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional y la forma de apreciación de los hechos</i>	152
A.	<i>La comprobación de los hechos</i>	153
B.	<i>La calificación de los presupuestos de hecho</i>	154
2.	<i>Las exigencias impuestas por el principio de la finalidad</i>	157
3.	<i>Las exigencias impuestas por el principio de la igualdad</i>	159
4.	<i>La motivación de los actos administrativos y el control de la discrecionalidad</i>	160
IV.	LOS LÍMITES PROPIAMENTE DICHOS AL PODER DISCRECIONAL.....	161
1.	<i>Los principios generales del derecho</i>	163
2.	<i>La progresión legislativa y jurisprudencial</i>	167
3.	<i>Los límites impuestos por el principio de la proporcionalidad</i>	170
4.	<i>Los límites impuestos por el principio de la racionalidad</i>	175
5.	<i>Los límites impuestos por el principio de la justicia</i>	177

TERCERA PARTE
SOBRE EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE
LAS PERSONAS

§ 6. RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD Y	
CIUDADANÍA	183
INTRODUCCIÓN	183
I. EL REGIMEN DE LA NACIONALIDAD VENEZOLANA	187
1. <i>La nacionalidad venezolana originaria o por nacimiento</i>	<i>188</i>
2. <i>La nacionalidad venezolana derivada o por naturalización</i>	<i>190</i>
A. <i>Régimen constitucional y legal.....</i>	<i>190</i>
B. <i>Efectos personales de la naturalización y su excepción</i>	<i>191</i>
3. <i>El principio de la doble nacionalidad</i>	<i>192</i>
A. <i>El derecho a la doble nacionalidad y sus restricciones</i>	<i>192</i>
B. <i>El Certificado de Nacionalidad Venezolana por nacimiento.....</i>	<i>194</i>
4. <i>La prueba de la nacionalidad</i>	<i>194</i>
II. EL RÉGIMEN DE LA NATURALIZACIÓN	195
1. <i>La obtención de la Carta de Naturaleza.....</i>	<i>195</i>
2. <i>Las circunstancias favorables</i>	<i>195</i>
3. <i>El procedimiento para la Naturalización</i>	<i>196</i>
A. <i>Solicitud de naturalización.....</i>	<i>196</i>
B. <i>La revisión de la documentación.....</i>	<i>196</i>
C. <i>La decisión de otorgamiento de la Carta de Naturaleza.....</i>	<i>197</i>
D. <i>La negativa de la nacionalidad.....</i>	<i>197</i>
E. <i>El registro de solicitudes otorgadas y negadas</i>	<i>198</i>
4. <i>El procedimiento "expedito" y extraordinario para la naturalización de extranjeros que se encontraban en situación irregular en el territorio nacional en 2004</i>	<i>198</i>
A. <i>El régimen de excepción</i>	<i>198</i>
B. <i>Los principios rectores del régimen de excepción.....</i>	<i>199</i>
C. <i>El órgano competente</i>	<i>200</i>
D. <i>La simplificación de trámites</i>	<i>200</i>
E. <i>La obtención de la nacionalidad venezolana por naturalización por extranjeros en situación irregular</i>	<i>200</i>

III. LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD	202
1. <i>Los supuestos de pérdida de la nacionalidad</i>	202
2. <i>La renuncia de la nacionalidad</i>	202
A. <i>Requisitos para la renuncia</i>	203
a. <i>Requisitos para la renuncia a la nacionalidad venezolana por nacimiento</i>	203
b. <i>Requisitos para la renuncia de la nacionalidad venezolana por naturalización</i>	204
B. <i>La recuperación de la nacionalidad renunciada</i>	204
3. <i>La revocación judicial de la nacionalidad venezolana por naturalización</i>	205
A. <i>La causales de la revocación judicial</i>	206
a. <i>Por actos contra la República, contra sus instituciones y contra la seguridad de la Nación</i>	206
a' <i>Actos realizados en el extranjero contra los intereses de la República</i>	206
b'. <i>Actos realizados sustrayéndose de la jurisdicción de los tribunales venezolanos.</i>	206
b. <i>Por adquisición de la nacionalidad con fraude a la ley</i>	207
c. <i>Por adquisición de la nacionalidad en fraude a la ley</i>	209
B. <i>El procedimiento</i>	209
a. <i>La competencia judicial: jurisdicción contencioso administrativa</i>	209
b. <i>La legitimación activa</i>	210
c. <i>Contenido de la demanda de revocatoria</i>	210
d. <i>La representación en juicio</i>	211
e. <i>El supuesto de la acción de nulidad de las Cartas de Naturaleza adquiridas en fraude a la ley</i>	211
IV. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA EXTRADICIÓN DE VENEZOLANOS.....	212
V. EL RÉGIMEN DE LA CIUDADANÍA.....	212
1. <i>El ciudadano</i>	212
2. <i>Los derechos políticos y los ciudadanos</i>	214
A. <i>El régimen general</i>	214
B. <i>La igualdad entre venezolanos por nacimiento y venezolanos por naturalización</i>	214

C. <i>Las excepciones</i>	216
D. <i>La equiparación absoluta en cuanto a los venezolanos</i>	218
3. <i>La suspensión de la ciudadanía</i>	219
4. <i>La pérdida de la ciudadanía</i>	221
§ 7. EL RÉGIMEN DE LOS EXTRANJEROS	
I. LOS EXTRANJEROS Y SU RÉGIMEN LEGAL	223
1. <i>La definición de extranjero</i>	223
2. <i>Ámbito de aplicación</i>	224
3. <i>Ámbito territorial de aplicación de la ley</i>	224
4. <i>La autoridad competente para la aplicación de la ley</i>	225
A. <i>El Ministerio del Interior y Justicia</i>	225
B. <i>La Comisión Nacional de Migración</i>	225
C. <i>Secretario Ejecutivo</i>	225
II. LAS CATEGORÍAS DE EXTRANJEROS	226
1. <i>Los extranjeros no migrantes</i>	226
2. <i>Los extranjeros migrantes temporales</i>	226
3. <i>Los extranjeros migrantes permanentes</i>	227
4. <i>Los extranjeros refugiados</i>	227
III. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE EXTRANJEROS	227
1. <i>El régimen de la admisión</i>	227
A. <i>Los requisitos de admisión</i>	227
B. <i>Los casos en los que se debe negar la admisión</i>	227
2. <i>Los lugares de ingreso y salida de los extranjeros</i>	228
3. <i>El Registro Nacional de Extranjeros</i>	229
4. <i>Los deberes de control</i>	229
A. <i>El control de ingreso de extranjeros</i>	229
B. <i>La participación de cambio de estado civil de las personas extranjeras</i>	229
C. <i>La participación de la reclusión de personas extranjeras</i>	229
D. <i>El deber de los empleadores de personas extranjeras</i>	230
E. <i>El deber de los propietarios o administradores de hoteles, pensiones o sitios de hospedaje</i>	230

F.	<i>El deber de los propietarios o administradores de empresas de transporte</i>	230
G.	<i>El mantenimiento de las estadísticas oficiales</i>	230
5.	<i>El régimen de regularización "expedita" de los extranjeros en situación irregular (2004)</i>	231
V.	LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS EXTRANJEROS	232
1.	<i>El régimen de los derechos</i>	232
2.	<i>La referencia particular al derecho a la tutela judicial efectiva</i>	233
3.	<i>El régimen de las autorizaciones laborales</i>	233
A.	<i>La autorización laboral</i>	233
B.	<i>Las excepciones a la autorización laboral</i>	234
C.	<i>El procedimiento para la contratación de trabajadores extranjeros</i>	234
D.	<i>La contratación por empresas del Estado</i>	234
4.	<i>El régimen de la extradición</i>	235
5.	<i>El régimen de los deberes</i>	235
VI.	EL RÉGIMEN SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO	236
1.	<i>Órgano competente para imponer sanciones y sus atribuciones</i>	236
2.	<i>Las multas</i>	236
3.	<i>Liquidación de las multas</i>	237
4.	<i>La deportación y expulsión de extranjeros</i>	237
A.	<i>Las causas de la deportación</i>	237
B.	<i>Las causas de expulsión</i>	237
C.	<i>El procedimiento</i>	238
a.	<i>La obligación de notificar a la autoridad</i>	238
b.	<i>El inicio del procedimiento administrativo</i>	238
c.	<i>Las medidas cautelares</i>	239
d.	<i>El contenido de la notificación de inicio del procedimiento</i>	239
e.	<i>La audiencia oral ante la autoridad competente</i>	240
f.	<i>La decisión administrativa</i>	240
g.	<i>El recurso jerárquico</i>	241
h.	<i>La revocatoria de la visa o del documento de ingreso</i>	241
i.	<i>Ejecución forzosa de la medida de expulsión</i>	241

D.	<i>Los derechos de los extranjeros en los casos de deportación o expulsión</i>	242
a.	<i>El derecho a trasladar bienes adquiridos</i>	242
b.	<i>El derecho a percibir beneficios laborales</i>	242
VII.	EL RÉGIMEN DE LOS DELITOS Y DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	242
1.	<i>Los delitos</i>	242
2.	<i>La responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	243
VIII.	EL RÉGIMEN DE LOS REFUGIADOS Y ASILADOS	244
1.	<i>Régimen constitucional y legal</i>	244
2.	<i>El derecho de asilo y el régimen de los asilados</i>	246
A.	<i>La condición de asilado</i>	246
B.	<i>El acto de otorgamiento del asilo</i>	247
C.	<i>Los casos de negativa del asilo</i>	247
D.	<i>Las obligaciones de los asilados</i>	247
3.	<i>El régimen de los refugiados</i>	248
A.	<i>La condición de refugiado</i>	248
a.	<i>La definición legal</i>	248
b.	<i>El derecho de los refugiados a no ser sancionados ni devueltos por el ingreso ilegal</i>	249
c.	<i>Las excepciones al reconocimiento de la condición de refugiado</i>	249
d.	<i>La cesación de la condición de refugiado</i>	250
B.	<i>La Comisión Nacional para los Refugiados</i>	251
C.	<i>El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado</i>	252
a.	<i>La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado</i>	252
b.	<i>El principio de la no devolución</i>	253
c.	<i>El documento de permanencia temporal</i>	254
d.	<i>La verificación de la información y confidencialidad</i>	254
e.	<i>La decisión y la identificación del refugiado</i>	255
f.	<i>Los recursos</i>	255
D.	<i>Los derechos y obligaciones de los refugiados</i>	256
E.	<i>La expulsión de los refugiados</i>	257

F.	<i>La repatriación voluntaria</i>	257
G.	<i>Las afluencias masivas</i>	258
§ 8. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MIGRANTES...		261
I.	LOS EXTRANJEROS MIGRANTES Y SU RÉGIMEN LEGAL	261
1.	<i>La definición de migrante</i>	261
2.	<i>Régimen legal</i>	262
II.	EL RÉGIMEN DEL INGRESO DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES.	262
1.	<i>Documentos necesarios para la admisión</i>	262
2.	<i>El control del ingreso de extranjeros</i>	263
3.	<i>Los lugares de ingreso y salida de los extranjeros</i>	263
4.	<i>La negativa a la admisión de extranjeros</i>	264
III.	EL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES LABORALES	264
1.	<i>La prohibición de realizar trabajo remunerado a los extranjeros no migrantes</i>	264
2.	<i>La autorización laboral en los casos de los extranjeros trabajadores migrantes</i>	265
IV.	EL CONTROL DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES	266
1.	<i>La Administración competente para la aplicación de la ley</i>	266
A.	<i>El Ministerio del Interior y Justicia</i>	266
B.	<i>La Comisión Nacional de Migración</i>	266
2.	<i>El Registro Nacional de Extranjeros</i>	267
3.	<i>Las participaciones obligatorias</i>	267
A.	<i>El deber de los propietarios o administradores de hoteles, pensiones o sitios de hospedaje</i>	267
B.	<i>El deber de los propietarios o administradores de empresas de transporte</i>	267
C.	<i>Los deberes de los empleadores de personas extranjeras</i>	267
D.	<i>El deber de las autoridades de registro civil</i>	268
E.	<i>El deber de los centros penitenciarios</i>	268
V.	LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES.	268
1.	<i>El régimen de los derechos</i>	268
2.	<i>La referencia particular al derecho a la tutela judicial efectiva</i>	269
3.	<i>El régimen de los deberes</i>	270

VI	EL RÉGIMEN SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO	271
1.	<i>Órgano competente para imponer sanciones y sus atribuciones</i>	271
2.	<i>Las multas</i>	271
3.	<i>La deportación y expulsión de extranjeros</i>	272
A.	<i>Las causas de la deportación</i>	272
B.	<i>Las causas de expulsión</i>	272
C.	<i>El procedimiento</i>	273
a.	<i>La obligación de notificar a la autoridad</i>	273
b.	<i>El inicio del procedimiento administrativo</i>	273
c.	<i>Las medidas cautelares</i>	274
d.	<i>La audiencia oral ante la autoridad competente</i>	275
f.	<i>La decisión administrativa</i>	275
g.	<i>El recurso jerárquico</i>	276
h.	<i>La revocatoria de la visa o del documento de ingreso</i>	276
i.	<i>Ejecución forzosa de la medida de expulsión</i>	276
D.	<i>Los derechos de los extranjeros en los casos de deportación o expulsión</i>	276
a.	<i>El derecho a trasladar bienes adquiridos</i>	276
b.	<i>El derecho a percibir beneficios laborales</i>	277
VII.	EL RÉGIMEN DE LOS DELITOS Y DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	277
1.	<i>Los delitos</i>	277
2.	<i>La responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	278

CUARTA PARTE

SOBRE EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS BIENES

§ 9. LAS LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA PROPIEDAD POR RAZONES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN VENEZUELA, Y EL CURIOSO CASO DE UNA LEY SANCIONADA QUE NUNCA ENTRÓ EN VIGENCIA...	281
---	-----

I.	LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA PROPIEDAD	284
1.	<i>El régimen en la Constitución de 1999</i>	284
2.	<i>Antecedentes constitucionales inmediatos</i>	287

3.	<i>La garantía constitucional de la propiedad y la reserva legal</i>	291
4.	<i>Las limitaciones al uso de la propiedad por razones de ordenación territorial y urbana</i>	293
II.	EL RÉGIMEN LEGISLATIVO DE LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD POR RAZONES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANA	295
1.	<i>El régimen en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983</i>	295
A.	<i>El régimen general como limitación legal a la propiedad</i>	295
B.	<i>La vinculación de la propiedad a los planes de ordenación urbanística</i>	297
C.	<i>Los medios de control: las aprobaciones y autorizaciones administrativas</i>	298
a.	<i>Las aprobaciones administrativas</i>	298
b.	<i>Las autorizaciones administrativas</i>	300
2.	<i>El régimen en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987</i>	302
A.	<i>Las limitaciones a la propiedad privada</i>	302
B.	<i>La vinculación de la propiedad al plan</i>	303
C.	<i>Las variables urbanas fundamentales y las zonificaciones</i>	305
D.	<i>La urbanización y la edificación</i>	307
E.	<i>Los proyectos y la responsabilidad de los profesionales</i>	308
F.	<i>El control administrativo del desarrollo urbanístico</i>	309
a.	<i>Las consultas preliminares</i>	310
b.	<i>Las constancias de conformidad con las variables urbanas fundamentales</i>	312
G.	<i>El procedimiento para la obtención de la constancia</i>	312
a.	<i>La notificación previa de la intención de construir (solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas fundamentales)</i>	312
b.	<i>Las certificaciones de capacidad de los servicios públicos</i> ..	313
c.	<i>La respuesta a la solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas fundamentales</i>	314
H.	<i>La naturaleza autorizatoria de las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales</i>	316
3.	<i>La fallida intención de derogar y sustituir el régimen legal establecido en las Leyes Orgánicas de 1983 y 1988</i>	316

III. LAS PROYECTADAS LIMITACIONES AL USO DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL COMO CONSECUENCIA DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA LEY ORGÁNICA DE 2005 QUE NUNCA ENTRÓ EN VIGENCIA	317
1. <i>Régimen general de la vinculación de la propiedad a los planes de ordenación</i>	317
2. <i>El régimen de la ejecución de actividades y las "constancias de uso conforme" como mecanismo de control</i>	318
IV. LAS PROYECTADAS LIMITACIONES AL USO DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL COMO CONSECUENCIA DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA CONFORME A LA LEY ORGÁNICA QUE NUNCA ENTRÓ EN VIGENCIA.....	320
1. <i>Las limitaciones a la propiedad privada y la vinculatoriedad de los planes.....</i>	320
2. <i>El régimen de la ejecución del desarrollo urbanístico, el ajuste las variables urbanas fundamentales y las autorizaciones municipales..</i>	321
3. <i>Las técnicas municipales de control que se proponían</i>	323
APRECIACIÓN FINAL.....	325
§ 10. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS Y LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA SOBRE TIERRAS RURALES EN VENEZUELA.....	
INTRODUCCIÓN	327
I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS BIENES DEL ESTADO	332
1. <i>Los bienes del Estado: dominio público y dominio privado</i>	332
2. <i>Sobre la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes</i>	334
A. <i>La enajenación y la inalienabilidad de bienes</i>	334
B. <i>La usucapibilidad y la imprescriptibilidad de los bienes.....</i>	336
II. LAS TIERRAS BALDÍAS HISTÓRICAMENTE CONSIDERADAS COMO BIENES DEL DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO	337
1. <i>Régimen general histórico de las tierras baldías</i>	337
2. <i>Sobre la enajenabilidad y la prescriptibilidad de las tierras baldías...</i>	340
IV. EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS REALENGAS DURANTE LA ÉPOCA COLONIAL Y DE LAS TIERRAS BALDÍAS AL INICIO DE LA REPÚBLICA	342

1.	<i>El régimen de los realengos durante la Colonia.....</i>	342
2.	<i>El régimen de los baldíos en la Primera República: confiscación y reparto.....</i>	344
3.	<i>Las leyes de reparto y de regularización de los baldíos en la República de Colombia</i>	346
V.	LA REGULARIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS EN LA LEY DE 13 DE OCTUBRE DE 1848.....	350
1.	<i>La regularización legal de las tierras baldías en 1848</i>	350
2.	<i>El régimen del decreto reglamentario sobre tierras baldías de 30 de junio de 1865 sobre recompensas militares</i>	352
VI.	EL RÉGIMEN DE LOS BALDÍOS A PARTIR DEL CÓDIGO CIVIL DE 1867 HASTA 1904.....	354
1.	<i>El régimen de los bienes patrimoniales del Estado en los Códigos Civiles.....</i>	354
2.	<i>El régimen legal de las tierras baldías durante el Siglo XIX.....</i>	355
VII.	EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS ENTRE 1904 Y 1909: LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.....	357
VIII.	EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS A PARTIR DE 1909: ENAJENABILIDAD Y PRESCRIPTIBILIDAD	360
IX.	EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS EN LA LEY DE 1936..	369
1.	<i>La definición de los baldíos y su titularidad</i>	369
2.	<i>La prescriptibilidad de los baldíos y sus limitaciones</i>	369
3.	<i>La enajenabilidad de las tierras baldías</i>	371
4.	<i>El saneamiento respecto de las adquisiciones de baldíos.....</i>	371
	APRECIACIÓN FINAL.....	371

**§ 11. EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS EN VENEZUELA.
EFECTOS DE SU DECLARATORIA GENERAL Y
CONSTITUCIONAL COMO BIENES DEL DOMINIO
PÚBLICO**

I.	EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO.....	375
II.	LOS RASGOS GENERALES DEL RÉGIMEN PRECONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS HASTA 1999.....	380
1.	<i>La evolución del régimen de las aguas en Venezuela</i>	380
2.	<i>Las aguas del dominio público.....</i>	385

A.	<i>Principio</i>	385
B.	<i>Derechos a la apropiabilidad de las aguas del dominio público..</i>	386
a.	<i>La apropiación de las aguas del dominio público con fines agrícolas e industriales</i>	386
b.	<i>El aprovechamiento de las aguas de los ríos que nazcan en un fundo, mientras lo atraviesen</i>	388
c.	<i>El aprovechamiento de los ríos como consecuencia de concesiones mineras</i>	388
C.	<i>Apreciación general</i>	388
4.	<i>Las aguas de propiedad privada.....</i>	389
A.	<i>La propiedad privada de los manantiales.....</i>	389
B.	<i>La propiedad de los arroyos</i>	391
C.	<i>La propiedad de las aguas pluviales.....</i>	392
D.	<i>La cuestión de la propiedad de las aguas subterráneas</i>	394
III.	EFFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE TODAS LAS AGUAS COMO DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	397
1.	<i>La unidad del ciclo hidrológico y la unidad del régimen jurídico de las aguas</i>	397
2.	<i>Las implicaciones de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público</i>	399
A.	<i>La cesación de los derechos de propiedad privada sobre las aguas.....</i>	399
a.	<i>La exclusión de las aguas del ámbito de la propiedad privada.....</i>	399
b.	<i>La extinción de derechos adquiridos al aprovechamiento de aguas del dominio público</i>	400
B.	<i>La regulación de los usos y aprovechamientos.....</i>	401
3.	<i>Los efectos de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público</i>	403
A.	<i>Efectos de la declaratoria de las aguas como del dominio público sobre los derechos al aprovechamiento de aguas del dominio público</i>	403
B.	<i>Efectos de la declaración de las aguas como del dominio público en relación con los antiguos derechos de propiedad de las aguas</i>	405

QUINTA PARTE

RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 12. NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO EN VENEZUELA..... 417

- I. LOS CONTRATOS DEL ESTADO..... 417
- II. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES 420
- III. LOS CONTRATOS ESTATALES, EL INTERÉS PÚBLICO Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS 428
- IV. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... 433
- V. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES O LOS PODERES EXTRAORDINARIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS..... 443

§ 13. ALGUNOS COMENTARIOS A LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES: CONTRATOS PÚBLICOS Y JURISDICCIÓN 453

- I. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES Y LA ESTABILIDAD JURÍDICA..... 453
- II. LAS GARANTÍAS LEGALES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES 454
- III. LOS CONTRATOS ESTATALES DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LAS INVERSIONES..... 456
- IV. LAS NORMAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS..... 458

SEXTA PARTE

RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

§ 14. EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LA INDUSTRIA PETROLERA: DESNACIONALIZACIÓN, TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN DE LA "APERTURA PETROLERA" Y LA MIGRACIÓN A EMPRESAS MIXTAS .. 465

- INTRODUCCIÓN 465
- I. LA NACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN 1975..... 472

1.	<i>El régimen de la reserva al Estado de industrias y la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975</i>	472
2.	<i>La participación del capital privado en la industria petrolera y el régimen de los Convenios de asociación</i>	473
3.	<i>La naturaleza "administrativa" de los Convenios de asociación</i>	477
4.	<i>El control del Estado en la ejecución de los Contratos de asociación.</i>	478
II.	LA DESNACIONALIZACIÓN PARCIAL DE LA INDUSTRIA PETROLERA.....	480
1.	<i>El fundamento de la desnacionalización en la Constitución de 1999</i>	480
2.	<i>La reducción del ámbito de las actividades de la industria petrolera reservadas al Estado</i>	482
	A. <i>La reserva respecto de las actividades primarias y la participación del capital privado en las mismas a través de empresas mixtas.....</i>	483
	a. <i>El ámbito de la reserva.....</i>	483
	b. <i>La posibilidad de participación del capital privado en las actividades primarias a través de las Empresas Operadoras mixtas.....</i>	483
	c. <i>La aprobación parlamentaria</i>	485
	d. <i>La selección de la Empresa Operadora.....</i>	485
	e. <i>Las condiciones mínimas</i>	485
	B. <i>La reserva al Estado de las instalaciones de las refinerías existentes de propiedad pública</i>	486
	C. <i>La reserva de las actividades de comercialización de hidrocarburos naturales, y de comercialización de productos derivados que hayan sido reservadas mediante Decreto</i>	487
3.	<i>La posibilidad de participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera de carácter concurrente (que no están reservadas) y sus modalidades (licencias y permisos)</i>	488
	A. <i>La participación del capital privado en las actividades de refinación de hidrocarburos naturales mediante licencia.....</i>	488
	a. <i>La licencia del Ministerio de Energía y Minas</i>	489
	b. <i>El registro en el Ministerio de Energía y Minas</i>	490
	c. <i>Las instalaciones para la refinación</i>	490
	B. <i>Las actividades de industrialización de hidrocarburos refinados mediante permisos</i>	491

a.	<i>El régimen general</i>	491
b.	<i>Los permisos</i>	492
c.	<i>El registro en el MEM</i>	492
C.	<i>Las actividades de comercialización de productos derivados de los hidrocarburos mediante permisos</i>	492
a.	<i>Régimen general</i>	492
b.	<i>Las actividades de servicios públicos en relación con los productos derivados y su prestación por los particulares ..</i>	493
c.	<i>Los permisos para realizar la actividad</i>	494
d.	<i>Las autorizaciones para la construcción, modificación o destrucción de obras:</i>	494
e.	<i>La revocatoria del permiso</i>	494
E.	<i>Las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados mediante licencia</i>	495
a.	<i>Régimen general relativo a los hidrocarburos no gaseosos</i>	495
b.	<i>La licencia para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados:</i>	496
c.	<i>Los requisitos para la obtención de las licencias</i>	496
d.	<i>La revocación de la licencia</i>	497
F.	<i>Las actividades relativas a hidrocarburos gaseosos distintas a la exploración y explotación, mediante permisos</i>	498
a.	<i>Las diversas actividades relativas a hidrocarburos gaseosos producidos por otros</i>	498
b.	<i>Las actividades consideradas como servicio público</i>	499
c.	<i>Las actividades de industrialización</i>	499
d.	<i>Los permisos</i>	500
e.	<i>La revocación del permiso</i>	501
III.	LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA (2006-2007) DE LOS “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS” OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN PETROLEROS	501
1.	<i>La apertura petrolera y los Convenios de asociación</i>	502
2.	<i>La terminación anticipada y unilateral de los Convenios Operativos y de Asociación que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias sucritos antes de 2002</i>	503
3.	<i>La extinción de los Convenios Operativos</i>	504

4.	<i>La terminación anticipada y unilateral de los convenios de asociación y de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas y la posibilidad de su transformación en empresas mixtas</i>	506
A.	<i>La terminación anticipada de los convenios de asociación y la búsqueda de su migración a empresas mixtas</i>	507
B.	<i>La asunción inmediata de la operación por el Estado</i>	509
C.	<i>El plazo para que las empresas privadas decidieran su incorporación a las empresas mixtas</i>	511
D.	<i>Los derechos de las nuevas empresas mixtas</i>	512
E.	<i>El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción</i>	512

§ 15. LAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LA INDUSTRIA MINERA..... 515

I.	LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE MINAS.....	516
1.	<i>La Reserva</i>	516
2.	<i>La concesión</i>	517
3.	<i>La autorización o permiso.....</i>	517
A.	<i>Las autorizaciones o permisos para determinados actos jurídicos que puede realizar el concesionario.....</i>	518
B.	<i>Las autorizaciones de explotación para la pequeña minería</i>	519
4.	<i>El permiso para actividades en las cercanías de infraestructuras de servicios públicos</i>	520
5.	<i>Las aprobaciones respecto de las mancomunidades mineras</i>	520
II.	LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ESTABLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE MINAS	521
1.	<i>El registro de la minería artesanal.....</i>	521
2.	<i>El registro de los comerciantes de minerales</i>	522
3.	<i>El Registro de otras actividades conexas o auxiliares de la minería ..</i>	523

§ 16. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LAS TELECOMUNICACIONES 525

INTRODUCCIÓN	525
I. ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LAS ACTIVIDADES PARTICULARES PARA SU PRESTACIÓN.....	527

1.	<i>Definición del servicio público</i>	528
2.	<i>El servicio público como obligación prestacional del Estado</i>	531
3.	<i>Las diversas categorías de servicios públicos</i>	533
	A. <i>Los servicios públicos reservados al Estado</i>	534
	a. <i>Los servicios públicos reservados al Estado en forma exclusiva y excluyente</i>	534
	a'. <i>Los servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación.....</i>	535
	a''. <i>Los servicios de defensa y seguridad: la Fuerza Armada</i>	535
	b''. <i>El servicio exterior</i>	536
	c''. <i>Los servicios relativos a la gestión macro-económica.....</i>	536
	b'. <i>Los servicios públicos vinculados a los fines del Estado</i>	537
	a''. <i>El servicio de seguridad ciudadana: servicio de policía.....</i>	538
	b''. <i>El servicio público de justicia.....</i>	540
	b. <i>Los servicios públicos reservados al Estado, exclusivos pero no excluyentes, concedibles u otorgables a los particulares</i>	540
	a'. <i>Los servicios públicos para la circulación</i>	543
	a''. <i>Los servicios públicos de vialidad.....</i>	543
	b''. <i>Los servicios públicos de transporte público</i>	544
	b'. <i>Los servicios públicos para la calidad de vida: servicios públicos domiciliarios.....</i>	545
	B. <i>Los servicios públicos concurrentes.....</i>	546
	a. <i>Los servicios públicos sociales.....</i>	548
	a' <i>Los servicios públicos de asistencia y protección social</i>	548
	b'. <i>Los servicios públicos de salud y sanidad</i>	549
	c'. <i>Los servicios públicos de seguridad social.....</i>	550
	d'. <i>Los servicios públicos de educación</i>	550
	e'. <i>Los servicios públicos de vivienda.....</i>	551
	f'. <i>Los servicios públicos de empleo</i>	552
	g'. <i>Los servicios públicos culturales</i>	552
	h'. <i>Los servicios públicos deportivos y de recreación</i>	553

b.	<i>Los servicios públicos de información y comunicación</i>	554
c.	<i>Los servicios públicos vinculados al desarrollo económico</i>	555
d.	<i>Los servicios públicos de protección ambiental</i>	556
4.	<i>Las actividades particulares en materia de servicios públicos</i>	557
5.	<i>El régimen de las actividades o servicios de telecomunicaciones como servicios públicos concurrentes o actividades de interés público</i>	559
II.	ASPECTOS DEL RÉGIMEN DEL DOMINIO PÚBLICO Y SOBRE SU UTILIZACIÓN POR LOS PARTICULARES	559
1.	<i>El régimen general de los bienes del Estado: dominio público y dominio privado.....</i>	559
2.	<i>Los bienes del dominio público</i>	560
A.	<i>Definición</i>	560
B.	<i>Sobre la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes...</i>	562
C.	<i>La usucapibilidad y la imprescriptibilidad de los bienes.....</i>	563
D.	<i>La titularidad de los bienes del dominio público de uso público</i>	564
3.	<i>El uso del dominio público por los particulares.....</i>	565
4.	<i>El espectro radioeléctrico como bien del dominio público</i>	566
5.	<i>El régimen internacional de los usos de bienes del dominio público de uso público</i>	567
III.	EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES	568
1.	<i>Los condicionantes generales de las actividades económicas privadas</i>	568
A.	<i>La reserva o no de la actividad al Estado</i>	569
B.	<i>El uso o no de bienes del dominio público de uso público</i>	570
C.	<i>La situación en las actividades de telecomunicaciones</i>	571
2.	<i>Evolución del régimen de las telecomunicaciones en España</i>	571
A.	<i>El inicio: Las actividades de telecomunicaciones como actividades de servicio público reservadas al Estado</i>	572
B.	<i>La liberalización del régimen de las telecomunicaciones, su consideración como servicios de interés público y la exclusión de la radiodifusión y de la televisión</i>	574
C.	<i>Las formas de realización de las actividades privadas en materia de telecomunicaciones: títulos habilitantes y concesiones de uso del espectro radioeléctrico.....</i>	576

D.	<i>El régimen de transición de las antiguas concesiones a los títulos habilitantes</i>	576
3.	<i>Evolución del régimen de las telecomunicaciones en Venezuela</i>	576
A.	<i>El inicio: Las actividades de telecomunicaciones como actividades reservadas al Estado y sus implicaciones</i>	576
B.	<i>La liberalización del régimen de las telecomunicaciones y su consideración como servicios de interés público, incluyendo la radiodifusión y de la televisión</i>	578
C.	<i>Las formas de realización de las actividades privadas en materia de telecomunicaciones: títulos habilitantes y concesiones de uso del espectro radioeléctrico</i>	581
D.	<i>El régimen de transformación de las antiguas concesiones para la prestación de los servicios, en las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico previstas en la Ley Orgánica</i>	583
a.	<i>La obligación de la transformación</i>	583
b.	<i>La situación general por el incumplimiento de la obligación de CONATEL de transformar las concesiones y adaptarlas como habilitaciones</i>	585
c.	<i>La naturaleza jurídica de los actos de transformación o adecuación</i>	586
IV.	EL DERECHO DE LOS ANTIGUOS CONCESIONARIOS DE TELECOMUNICACIONES A LA TRANSFORMACIÓN DE SUS TÍTULOS	590
1.	<i>El derecho y la obligación de la transformación</i>	590
2.	<i>El respeto de los derechos adquiridos y el derecho preferente a la extensión de las concesiones</i>	592
3.	<i>Los elementos formales de los actos de transformación</i>	594
V.	EL RÉGIMEN DE LA EXTENSIÓN Y DE LA RENOVACIÓN DE LAS CONCESIONES	596
1.	<i>La extensión de las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico transformadas conforme a la nueva Ley Orgánica de 2000</i>	596
2.	<i>La renovación de las habilitaciones administrativas y concesiones de uso del espectro radioeléctrico previstas en la nueva ley orgánica de 2000</i>	597

A. <i>El régimen de las renovaciones</i>	597
B. <i>El carácter reglado, no discrecional, de la determinación del lapso de renovación de los títulos</i>	603
C. <i>Las dudas sobre el carácter discrecional de la renovación de los títulos y la distinción entre Administración reglada y Poder discrecional</i>	605
D. <i>Los límites al poder discrecional en el supuesto negado de que la renovación de las habilitaciones administrativas fuera discrecional</i>	607

SÉPTIMA PARTE

RÉGIMEN MUNICIPAL

§ 17. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RÉGIMEN LOCAL CONFORME A LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL DE 2005	613
--	-----

I	LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO POLÍTICA GENERAL DE LA ACTUACIÓN MUNICIPAL.....	614
II	LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO DERECHO.....	616
III.	LOS MEDIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	618
	1. <i>Los concejos parroquiales y comunales</i>	619
	2. <i>Los cabildos abiertos</i>	620
	3. <i>Las asambleas de ciudadanos</i>	620
	4. <i>La participación en las sesiones de los concejos</i>	621
	5. <i>Las consultas populares sobre actos normativos</i>	621
	6. <i>El asesoramiento vecinal</i>	622
	7. <i>El presupuesto participativo</i>	622
	8. <i>El control social y las contralorías sociales</i>	624
	9. <i>La rendición de cuentas</i>	624
	10. <i>Los referendo</i>	625
	11. <i>La iniciativa legislativa</i>	625
IV	EL ENCASILLAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN UN ÓRGANO PÚBLICO: LOS CONSEJOS LOCALES DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA.....	626
V.	LAS ORGANIZACIONES VECINALES PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	630

**§18. EL INICIO DE LA DESMUNICIPALIZACIÓN EN
VENEZUELA: LA ORGANIZACIÓN DEL PODER
POPULAR PARA ELIMINAR LA DESCENTRALIZACIÓN,
LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y
LA PARTICIPACIÓN A NIVEL LOCAL 633**

I.	LOS CONSEJOS COMUNALES COMO ESTRUCTURAS PARALELAS AL RÉGIMEN MUNICIPAL	633
II.	LA "COMUNIDAD" COMO LA UNIDAD BÁSICA DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO	636
	1. <i>Definición</i>	636
	2. <i>Los elementos de la comunidad</i>	636
III.	LAS ASAMBLEAS DE CIUDADANOS	637
	1. <i>Carácter</i>	637
	2. <i>Constitución: La Asamblea Constituyente Comunal y la Comisión Promotora</i>	638
	3. <i>Atribuciones de la Asamblea de Ciudadanos</i>	640
	4. <i>Los grupos de trabajo y los voceros de los comités de trabajo del Consejo Comunal</i>	641
IV.	LOS CONSEJOS COMUNALES	642
	1. <i>Integración</i>	642
	2. <i>El registro y la personalidad jurídica de los Consejos Comunales</i>	643
	3. <i>El órgano ejecutivo del Consejo Comunal</i>	644
	A. <i>Integración</i>	644
	B. <i>Funciones del Órgano Ejecutivo</i>	644
	4. <i>La Unidad de Gestión Financiera: el Banco Comunal</i>	645
	A. <i>El Banco Comunal</i>	645
	B. <i>Elección de los integrantes de la unidad de gestión financiera</i> ..	646
	C. <i>Funciones del Banco Comunal</i>	646
	5. <i>La Unidad de Contraloría Social</i>	647
	6. <i>El régimen de la gestión y administración de los recursos del Consejo Comunal</i>	648
	A. <i>Los recursos directos</i>	648
	B. <i>El manejo de los recursos</i>	649

V. LOS ORGANISMOS NACIONALES PARA LA CONDUCCIÓN DE LA GESTIÓN COMUNAL	649
1. <i>El Fondo Nacional de los Consejos Comunales</i>	649
2. <i>La Comisión Presidencial del Poder Popular</i>	650
3. <i>Las Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular</i>	651
4. <i>Las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular</i>	651
5. <i>La Comisión Especial de la Asamblea Nacional</i>	651

ESTE LIBRO SE TERMINÓ
DE IMPRIMIR EN CARACAS
EN LOS TALLERES DE
sabias palabras c.a.
DURANTE EL MES DE
OCTUBRE DEL AÑO
DOS MIL SIETE